

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

JOSÉ CARLOS DE CASTRO

Orientadora: Professora Dra. ANA LUCIA SABADELL DA SILVA

Piracicaba/SP

Agosto de 2006

**UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

JOSÉ CARLOS DE CASTRO

Orientadora: Professora Dra. ANA LUCIA SABADELL DA SILVA

Piracicaba/SP

Agosto de 2006

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

JOSÉ CARLOS DE CASTRO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito – UNIMEP (Universidade Metodista de Piracicaba/SP), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito

Orientadora: Professora Dra. ANA LUCIA SABADELL DA SILVA

Piracicaba, 01 de Agosto de 2006

UNIVERSIDADE

Data da Apresentação: 18 de Agosto de 2006

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Orientadora: Professora Dra. ANA LUCIA SABADELL DA SILVA

**Dissertação apresentada à
Universidade Metodista de
Piracicaba/SP, como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre.**

BANCA EXAMINADORA

DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho à minha família,
que me apoiou nos momentos mais
difíceis.*

AGRADECIMENTOS

À toda equipe de professores que souberam transmitir seus conhecimentos e sobretudo sabedoria durante o curso.

À professora Dra. ANA LÚCIA SABADELL DA SILVA, pela orientação deste trabalho e pela atenção dispensada no convívio acadêmico.

Aos colegas da turma pelo companheirismo, amizade e excelente convivência, proporcionando momentos gratificantes passados em sala de aulas.

PENSAMENTO

Desde que não se tirem aos homens os bens nem a honra, vivem estes satisfeitos, e só se deverá combater a ambição de poucos, a qual se pode sofrear de muitos modos e com facilidade. Fá-lo desprezível o ser considerado volúvel, leviano, efeminado, pusilânime, irresoluto. E essas são coisas que devem ser evitadas pelo príncipe como um nauta evita um rochedo. Deve ele procurar que em suas ações se reconheça grandeza, coragem, gravidade e fortaleza, e quanto às ações privadas de seus súditos deve fazer com que a sua sentença seja irrevogável, conduzindo-se de tal forma que a ninguém passe pela mente enganá-lo nem em fazê-lo mudar de idéia.

O príncipe que conseguir formar tal opinião de si adquire grande reputação; e contra quem é reputado dificilmente se conspira e dificilmente é atacado enquanto for tido como excelente e reverenciado pelos seus.

Maquiavel

RESUMO

Durante a história da humanidade, a corrupção dos governantes foi comum. Desde a época do descobrimento do Brasil, os governantes usurpam ou desviam verbas públicas para o seu proveito próprio. Neste trabalho será estudado no segundo capítulo, sobre a improbidade administrativa, fazendo um histórico, dando conceitos e conhecendo melhor a origem da corrupção. Serão dados conceitos da administração pública, falando um pouco sobre os princípios que devem reger os atos dos governantes, como são feitas as licitações e a falta delas ou a manipulação de resultados demonstrado como crimes, isto será estudado no terceiro capítulo. No quarto capítulo será falado sobre a improbidade propriamente dita, sobre a ação popular, quem pode utilizá-la, será falado sobre a Convenção Internacional Interamericana da OEA, descrevendo como acontece a improbidade administrativa, a lei de responsabilidade fiscal e sobre os crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores. No quinto capítulo será feito um estudo sobre o desvio de rendas públicas, fazendo uma análise geral sobre o tema. No sexto capítulo será estudada como são aplicadas as penas de prisão contra a administração pública. No sétimo capítulo será visto quem está sujeito ao ato de improbidade administrativa. No oitavo capítulo o estudo será a corrupção ativa. No nono capítulo o tema será o crime de dano contra o patrimônio. No nono capítulo, será estudado sobre os aspectos criminais na lei de licitações, como também os aspectos processuais. No décimo primeiro capítulo o estudo será a impunibilidade. No décimo segundo será visto sobre o funcionamento do Ministério Público e qual a sua forma de atuação. Assim, após o estudo efetuado, será feita uma conclusão geral sobre o tema.

ABSTRACT

During the history of the humanity, the corruption of the governing was common. Since the time of the discovery of Brazil, the governing usurp or deviate public mounts of money for its proper advantage. In this work it will be studied in as the chapter, on the administrative improbity, making a description, giving concepts and better knowing the origin of the corruption. Concepts of the public administration will be given, saying a little on the principles that must conduct the acts of the governing, as are made the licitations and the lack of them or the manipulation of results demonstrated as crimes, this will be studied in the third chapter. In the room chapter it will be spoken on the improbity properly said, on the public interest action, who can use it, will be said on the Inter-American International Convention of the OEA, describing as the administrative improbity, the law of fiscal responsibility happens and on the crimes of responsibility of mayors and councilmen. In the fifth chapter a study on the shunting line of public revenues will be made, making a general analysis on the subject. In the sixth chapter it will be studied as the punishments by confinement against the public administration are applied. In the seventh chapter who will be seen is subject to the act of administrative improbity. In the eighth chapter the study it will be the active corruption. In the nineth chapter the subject will be the crime of damage against the patrimony. In the nineth chapter, it will be studied on the criminal aspects in the law of licitations, as also the procedural aspects. In the tenth first chapter the study it will be the impunity. In the tenth second it will be seen on the functioning of the Public prosecution service and which its form of performance. Thus, after the effected study, a general conclusion on the subject will be made.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	05
2 CORRUPÇÃO	08
2.1 Conceito	08
2.2 Origem.....	09
3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	15
3.1 Sobre a Licitação	17
3.2 Discricionariedade dos Atos.....	20
3.3 Princípios da Administração Pública	23
3.3.1 Princípio da Legalidade.....	24
3.3.2 Princípio da Moralidade Administrativa	26
3.3.3 Princípio da Probidade Administrativa	29
3.3.4 Princípio da Razoabilidade	31
3.3.5 Princípio do Interesse Público	32
3.4 Conclusão Parcial.....	34
4 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	34
4.1 Quando Acontece a Improbidade Administrativa	37
4.2 Bem Jurídico Tutelado nos Casos de Improbidade	41
4.3 Ação Popular	44
4.4 Convenção Internacional Interamericana da OEA	46
4.5 Lei de Responsabilidade Fiscal.....	47
4.6 Crime de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores.....	48
4.7 Condutas.....	49
4.8 Consumação	50
4.9 Ação Penal Cabível.....	51

4.10 Competência para Julgamento.....	52
4.11 Condenação após o Término do Mandato e Julgamento de Vice-Prefeitos.....	53

5 DO CRIME DE DESVIO OU APLICAÇÃO INDEVIDA DE RENDAS OU VERBAS PÚBLICAS..... 54

5.1 Consumação	55
5.2 Perda de Cargo ou Inabilitação em caso de Condenação Definitiva	55
5.3 Julgamento dos Crimes de Improbidade Administrativa	56

6 AS PENAS DE PRISÃO NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO..... 61

6.1 Conceito de Delito contra a Administração Pública	64
6.2 Conceito de Agente Público	65
6.3 Corrupção Ativa e Passiva	66
6.4 Vantagem Indevida, Pecuniária ou Outra	70

7 QUEM ESTÁ SUJEITO AO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA..... 71

7.1 Sujeitos do Crime.....	71
7.2 Sujeito Passivo: Subvenção, Benefício ou Incentivo Fiscal ou Creditício	73
7.2.1 Sujeito Passivo: Terceiro Setor.....	74
7.2.2 Sujeito Passivo: Entidades Custeadas pelo Erário	75

8 CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA 76

8.1 Bem Jurídico Tutelado	77
8.1.1 O Princípio da Insignificância	80
8.2 Adequação Típica: Tipo Objetivo.....	81
8.2.1 Oferecem Vantagem Indevida	81

8.2.2 O Funcionário Público	82
8.2.3 Para determiná-lo a praticar ato de ofício	83
8.3 Tipo Subjetivo – Adequação Típica	84
8.3.1 Elemento Subjetivo Especial do Tipo	86
8.4 Consumação e Tentativa	87
8.5 Classificação Doutrinária	87
8.6 Figura Majorada.....	88
8.7 Questões Especiais.....	88
8.8 Pena e Ação Penal.....	88
8.8.1 Elevação da Pena de Prisão	88
9 CRIME DE DANO CONTRA O PATRIMÔNIMO	89
9.1 Dano: Breve Histórico	89
9.2 Bem Jurídico Tutelado	90
9.3 Sujeitos Ativo e Passivo.....	91
9.4 Adequação Típica: Tipo Objetivo.....	92
9.5 Adequação Típica: Tipo Subjetivo.. ..	95
9.6 Dano Qualificado.....	96
9.7 Contra Patrimônio da União, Estado, Município, Empresa Concessionária de Serviços Públicos ou Sociedade de Economia Mista	98
10 ASPECTOS CRIMINAIS NA LEI DE LICITAÇÕES	100
10.1 Aspectos Gerais	100
10.1.1 Conceito e Fundamentação Legal.....	100
10.1.2 Princípios	101
10.1.3 Fases da Licitação	101
10.1.4 Dispensa e Inexigibilidade.....	102
10.2 Aspectos Criminais	104
10.2.1 A Tutela Penal à Licitação e ao Contrato Administrativo.....	104
10.2.2 A Natureza das Penas Cominadas.....	105

10.2.3 A Especialidade das Normas	105
10.2.4 Os Tipos Subjetivos	106
10.2.5 Teoria Finalista da Ação Penal aplicada ao caso.....	107
10.2.6 O Elemento Jurídico na Composição do Tipo.....	108
10.3 Aspectos Processuais	109
11 A IMPUNIBILIDADE	110
11.1 Escândalo e Corrupção.....	114
11.2 Proteção contra a Corrupção	115
11.3 Solução para a Improbidade Administrativa	118
11.4 Motivos.....	120
12 O MINISTÉRIO PÚBLICO	121
12.1 Atividade Investigativa do Ministério Público	123
13. O INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO EM COTEJO COM A AÇÃO C. PÚBLICA	129
14 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	138
REFERÊNCIAS.....	143

1 INTRODUÇÃO

Improbidade Administrativa é um tipo de corrupção. Corrupção se refere ao ato de corromper, produzir adulteração, perversão e prevaricação.

Segundo Marino Pazzaglini Filho¹, a improbidade administrativa é um termo técnico para designar corrupção administrativa, adquirindo vantagens indevidas, exercendo funções nocivas e fornecendo empregos públicos a parentes, utilizando para isso o *tráfico de influência* nas esferas da Administração Pública, favorecendo poucos em detrimento dos interesses da sociedade, concedendo favores e privilégios ilícitos.

É visto que o administrador público que cometer ato de improbidade administrativa terá julgamento judicial pela Lei de Improbidade Administrativa, além de outros julgamentos cabíveis, como um julgamento judicial criminal pelo Código Penal e as leis penais esparsas.

Existe também o suborno, que difere da corrupção, embora sejam termos estreitamente ligados. Subornar significa induzir alguém a um mau procedimento, um aliciamento para a prática de ações contrárias ao direito ou ao dever; seduzir ou enganar, utilizando meios contrários à legalidade. Assim, o ato de subornar demonstra a corrupção da pessoa por meios ilícitos.

Sendo assim, o corrupto é aquele que tem comportamento ilegal no desempenho de uma função na estrutura do Estado, utilizando desta para atender

¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ELIAS ROSA, Márcio Fernando e FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade Administrativa, São Paulo: Atlas, 1996, pág. 35.

finalidade diversa daquela que lhe cabe. Percebe-se assim que a corrupção não é considerada em termos de moralidade ou imoralidade, mas sim de legalidade ou ilegalidade. Então, nota-se que é uma espécie de troca entre quem corrompe e quem se deixa corromper.

A corrupção se relaciona à promessa de uma recompensa ou benefício em troca de favores que interessem ao corruptor. É uma forma particular de se exercer influência. O comportamento corrupto acaba sendo moldado ao funcionamento de um sistema, interferindo no modo como se tomam as decisões.

O primeiro fator a se considerar é o âmbito de institucionalização de certas práticas: quanto maior a institucionalização, maiores serão as possibilidades de corrupção. Por isso, quanto maior a esfera de atuação do setor público em relação ao privado, maiores as chances de verificação do comportamento corrupto. Mas não é só a amplitude do setor público que deve ser levada em conta: também há de ser considerado o ritmo com que ele se expande e a própria cultura das elites e das massas.

A participação popular é necessária, enquanto princípio constitucional, e também é direito de participação política, de decidir junto, de compartilhar a administração, de opinar sobre as prioridades e fiscalizar a aplicação dos recursos públicos e ao afirmar que o povo exerce diretamente o poder, entrega a este a possibilidade de se tornar membro efetivo do controle social da administração pública.

A democracia será consolidada na medida em que os cidadãos possam utilizar possibilidades de participar do contexto público e com isso, ampliar ainda mais o dever dos governantes de ouvir a sociedade e prestar contas de suas gestões.

É importante que exista uma *transparência* no governo para que as informações fluam para o governante e para o cidadão. Enfim, deve haver um

sistema estruturado e eficiente que leve em conta esta forma de obtenção de informações de maneira a coordenar as informações produzidas internamente para que seja possível a exploração de suas potencialidades

É assim que, reconhecendo a importância de um conhecimento mais aprofundado sobre a improbidade e como ela é punida, foi feito um estudo para um melhor conhecimento sobre esse tema.

Este estudo pretende apresentar a importância de um maior conhecimento acerca da improbidade administrativa, tendo como objetivo geral identificar e conhecer à luz de quais idéias, princípios e teorias acontece a improbidade administrativa e como elas podem ser punidas.

Por sua vez, os objetivos específicos pretendido é o de avaliar se a improbidade administrativa está sendo punida; se deve ser punida e por quais métodos; bem como conhecer melhor todo o processo da improbidade administrativa.

A metodologia utilizada para a elaboração do estudo consistiu basicamente na utilização do Recolhimento da documentação existente sobre a improbidade administrativa, utilizando para isso uma pesquisa bibliográfica, com base nas obras existentes, lastreando-se principalmente nas obras de grandes estudiosos do Direito, além de algumas jurisprudências, que também deverão ser alvos de consulta.

Em relação a Estrutura, o desenvolvimento do presente estudo se encontra distribuídos em treze capítulos, onde são tratados sob a ótica de diversos estudiosos do Direito, dados sobre o tema em comento.

Nas considerações finais procura-se sintetizar as colocações trabalhadas neste estudo, acrescentando-se algumas reflexões que se somam ao enfoque selecionado acerca da questão da Improbidade Administrativa.

2 CORRUPÇÃO

2.1 Conceito

Corrupção, segundo a Enciclopédia Larousse² é: “Ação ou efeito de corromper, de fazer degenerar; depravação. Ação de seduzir por dinheiro, presentes, etc., levando alguém a afastar-se da retidão; suborno.”

Edmundo Oliveira³ explica que a corrupção pode apresentar duas versões diferentes: perversão e suborno. Assim, na primeira versão, ele diz que: “corromper é induzir à libertinagem”. Na versão de suborno, ele explica que: “corromper é pagar ou prometer algo não devido para conseguir realização de ato de ofício; ser corrompido é aceitar vantagem patrimonial indébita”.

Os gregos afirmavam que as pessoas que impedissem o perfeito desenvolvimento da justiça era corrupto. Faziam a classificação de alguns crimes cometidos por funcionários, ou terceiros, contra a administração pública, como:

- Peculato – crimes contra o patrimônio;
- Abuso de Poder – injustiças das autoridades;
- Corrupção – prática ativa ou passiva que são cometidas por funcionários públicos.⁴

As ações populares já eram utilizadas pelos cidadãos desde essa época, para manifestarem-se contra os atos delituosos.

A palavra corrupção vem do latim *corruptio*, que significa, segundo Aristóteles, "a mudança que vai de algo ao não-ser desse algo".⁵

² LAROUSSE Cultural. N° 7. 1998, p. 1646

³ OLIVEIRA, Edmundo. Crimes de Corrupção. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1994, p. 38

⁴ Idem Ibidem

⁵ ABAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.25

Isso significa que a corrupção altera o estado das coisas, modifica, é um desvio de conduta quando se trata das relações humanas, indicando uma decadência moral e espiritual.

A corrupção também está na Bíblia Sagrada, onde Adão, o primeiro homem do mundo, foi corrompido pela serpente, que lhe ofereceu uma maçã e o tirou do *bom caminho*, fazendo um jogo de sedução.

Colocando esse caso dentro dos dias atuais, seria como se uma pessoa, motivado por alguma vantagem (a sedução da serpente), agisse modificando a natureza de determinada situação ou objeto, contrariando aquilo que é visto como certo e justo (as ordens de Deus).

Na verdade, a sociedade estabelece padrões de conduta, que são colocados em livros, chamados de normas jurídicas, que todas as pessoas devem seguir. Quanto ao administrador público, ele deve seguir os princípios que norteiam essas normas, para que possa administrar com transparência e legitimidade.

Quando ocorrer a deturpação de um objeto, através de um comportamento que não segue às normas exigidas, simplesmente pelo desejo de conseguir vantagens indevidas, caracteriza-se aí a corrupção.

2.2 Origem

Esse tipo de conduta existe no Brasil desde a época do descobrimento, onde o Brasil era mero fornecedor de riquezas. Existia o contrabando, onde muitos estrangeiros, auxiliado por nativos e emissários de Portugal, sonegavam os tributos da Coroa, facilmente praticado, pela dificuldade em fiscalizar o território.⁶

⁶ HABIB, Sérgio. Brasil: Quinhentos Anos de Corrupção : enfoque sócio-histórico-jurídico-penal. Porto Alegre: Safe, 1994.

A traição à Corte era um crime, sendo que o Rei confiscava os bens do acusado e o entregava aos Tribunais da Inquisição, que naquela época era o método escolhido para punir quem traía o Estado.

Percebe-se que a corrupção, embora seja uma prática contrária aos bons costumes, é uma prática antiga na história brasileira. As autoridades públicas sempre buscaram tirar proveito de seus cargos, passando a vida planejando maneiras de burlar a Lei e se apoderar de bens públicos, traindo assim a confiança da população.

Desde a época do descobrimento do Brasil, foram constatadas diversas formas de corrupção, onde os governantes portugueses determinaram um tipo de conduta moral, inclusive através de cortesãos, eticamente contestáveis e enraizadas dentro da cultura brasileira.⁷

Segundo Miguel Seabra Fagundes⁸, essa determinação de uma conduta moral, acontecia para que

(...) a administração pública fosse poupada a escândalos, não somente a grandeza moral dos estadistas que fizeram a independência e consolidaram o Estado brasileiro, como a presença austera do segundo Imperador, a impor, mediante atos oficiais, comportamento probo na gestão da coisa pública, e a oferecer exemplo pessoal de comedimento nas próprias despesas da Coroa.

⁷ HABIB, Sérgio. Ibidem

⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. O Contrato Jurisdicional dos Atos Administrativos. São Paulo. Editora Saraiva. 1982, p. 16

Esse tipo de conduta, fez com que a imagem de D. Pedro I fosse preservada até hoje como um homem íntegro e que fez uma administração com probidade.

Marco Antonio Villa⁹ dá um exemplo de um caso de corrupção no segundo reinado, em 1866, onde “José Rodrigues, que exercia uma função de confiança no Ministério da Fazenda, falsificou a assinatura do ministro Conselheiro Carrão. Depois que foi descoberto, foi condenado a vinte anos de prisão”.

Percebe-se assim que a corrupção fazia parte da cultura administrativa desde essa época. Mesmo depois da independência, a corrupção não foi eliminada e sim modificada, onde as pessoas encontravam maneiras diferentes de burlar a Lei, como dar privilégios a parentes em negociações, lesando com isso os cofres públicos.

Surgiu o coronelismo, propiciando que os Presidentes firmassem pactos com os manda-chuvas locais. Os coronéis garantiam-lhes votos nas eleições e estes ouviam-no para quaisquer nomeações, como polícia, justiça, educação, etc., formando assim um tráfico de influências.¹⁰

Foi assim que começou a crescer a classe dos funcionários públicos, pois existiam muitas nomeações, por ser uma excelente moeda de troca para os políticos. Isso também contribuiu muito para a corrupção, pois o apadrinhamento e o clientelismo eram comuns. Esse comportamento moralmente enfraquecido, proliferou-se da década de 30 a 60, período marcado pela corrupção exacerbada.

Muitas matérias jornalísticas dessa época eram pagas pelo governo, que exigiam que sempre saíssem notas com elogios e que prezassem pela boa imagem do governo, que sempre estavam envolvidos em escândalos.

⁹ VILLA, Marco Antônio. A queda do Império. São Paulo. Editora Ática. 1996, p. 104

¹⁰ HABIB, Sérgio. Ibidem

Em 1934 foi instituída a Constituição Federal, que introduziu a ação popular estabelecendo que: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou a anulação de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”.¹¹ A ação popular deu a todo cidadão a oportunidade de pleitear, juridicamente, o direito de combater governantes desonestos.

Com a ditadura de 1937, Getúlio Vargas detinha todos os direitos aos cargos públicos, bem como todos os benefícios privados pretendidos pelo uso dos recursos públicos dependiam de um parecer seu. Assim, a Lei Máxima de 1937 apresentava, segundo Cláudio Vicentino e Gianpaolo Dorigo¹², as seguintes características: “ (...) centralização política, com o fortalecimento do poder do presidente; extinção do legislativo, cujas funções passariam a ser exercidas pelo executivo; subordinação do judiciário ao executivo (...)”

Muitos Presidentes passaram pelo Brasil, e alguns trouxeram promessas de moralização da Administração, como Getúlio Vargas, Juscelino Kubitschek, Jânio Quadros e João Goulart, porém nada de concreto aparentemente foi realizado, menos por má-fé do que por falta de apoio e determinação para enfrentar o que já estava implantado há tantos anos e que tinha virado hábito.

Em 1961, o Governo era então presidido por Jânio Quadros, que lutava pela moralidade e estava disposto a combater a corrupção. Seu lema sempre foi o de varrer toda a corrupção da cidade, mais tarde do Estado e finalmente do País, sendo que de relevância não foram observadas medidas com cunho de estancar a corrupção existente.

¹¹ CONSTITUIÇÃO Federativa do Brasil de 1934

¹² VICENTINO, Cláudio e DORIGO, Gianpaolo. História do Brasil. 1ª ed. São Paulo. Editora Sciofone Ltda. 1998, p. 364

No governo de João Goulart, que presidiu o País em 1963, o ambiente era hostil, pois existia um confronto entre Direita e Esquerda no bojo da Nação, fato que culminou com a derrubada do governo.

O golpe ocorrido foi implantado pelos militares, que prometiam extirpar os subversivos e a corrupção do governo, prometendo uma cruzada contra a corrupção. Sabe-se atualmente, que esse golpe só serviu para os militares enrijecerem o sistema vigente na época.

Com isso, foi aumentando o número de empresas estatais e obras faraônicas que oportunizou o crescimento do funcionalismo público, levando a Administração Pública ao descrédito. Existia muito abuso de poder, pois este se concentrava nas mãos de poucos e a publicidade somente podia favorecer o governo e seus partidários.¹³

O regime autoritário oportunizou a proliferação da corrupção. Segundo Sérgio Habib¹⁴, *“(...) num regime forte as instituições democráticas de nada valem para combatê-la, e as denúncias, quando ocorrem, são facilmente controladas pela censura que é imposta pelo Sistema.”*

A Constituição de 1967 manteve a ação popular, mas mencionava apenas “entidades públicas” aquelas que deveriam ser impugnadas, não esclarecendo quais seriam essas entidades. A Carta Magna de 67 agravou a penalidade, cassando direitos políticos daqueles que abusassem das garantias individuais.

¹³ HABIB, Sérgio. Ibidem

¹⁴ HABIB, Sérgio. Ibidem p.384

Em 1968, a Constituição Federal de 1967 sofre um ataque chamado Ato Institucional (AI-5), com o objetivo declarado de busca pelo bem moral. Na verdade, o que ocorreu foi que o Presidente da República voltou a deter todos os poderes, diminuindo assim a influência dos outros Poderes.

A esperança de moralização do País chegou com a democracia na década de 80, com a posse de Tancredo Neves. Porém não viveu para concretizá-la, deixando isso a cargo de seu vice, José Sarney, que instaurou as CPI's (Comissões Parlamentares de Inquérito), tentando assim, apurar as denúncias que surgiam, afastando aqueles que eram escolhidos para ser punido em nome de todos, deixando um rastro de impunidade nos crimes apurados.

Nessa época surgiu Fernando Collor de Melo, o “*caçador de marajás*”, prometendo erradicar as mordomias de funcionários públicos e prometendo moralizar o Governo no Estado de Alagoas. Com isso, ganhou a simpatia popular e se elegeu Presidente da República, onde se tornou o primeiro Presidente brasileiro a perder o mandato em decorrência de “*impeachment*”.¹⁵

Depois desse escândalo, muitos outros começaram a vir a público, como desfalque na Previdência, desvio de numerário para o combate a seca, tráfico de influências em leilões de privatização, envolvimento de magistrados com desvio de verbas de obras públicas faraônicas, etc, e com isso, a população começou a tomar ciência dos tantos casos de corrupção nos diversos setores do Estado, com a formação de verdadeiras quadrilhas de corruptos, usufruindo do bem público.

Com a Constituição Federal de 1988, o princípio da moralidade administrativa foi expressamente adotado, responsabilizando assim o Presidente da República e todos os governantes pelos atos irregulares que vierem a cometer, sendo passíveis de punição penal.

¹⁵ HABIB, Sérgio. *Ibidem*

A probidade administrativa é uma administração voltada para ações que beneficiem o erário. Todos os agentes públicos deveriam governar com probidade administrativa, com uma conduta íntegra e honesta para atingir um bem comum, que é o desenvolvimento da sociedade e do País.

Se o ato do governante atentar contra o princípio da probidade administrativa, ele estará incorrendo num crime de responsabilidade. Segundo Hely Lopes Meirelles¹⁶, “(...) o dever do probo está constitucionalmente integrado na conduta do administrador público, como elemento necessário à legitimidade de seus atos.”

Percebe-se que as várias denominações ou os inúmeros sentidos para a palavra *corrupção* estão sempre ligados de alguma maneira em ilegalidades praticadas por pessoas relacionadas, direta ou indiretamente, a órgãos governamentais ou a empresas públicas e privadas.

3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dentro da administração pública estão compreendidas as atividades executivas e legislativas, que são exercidas por poderes públicos nas três esferas de governo: federal, estadual e municipal e também em nível de administração geral e descentralizada.

Os poderes constituídos são três: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. A tripartição de poderes existe para um controle das ações e um contrapeso entre os Poderes. O Poder Executivo é o que está incumbido de governar, o Poder Legislativo de criar as Leis e Fiscalizar o Poder Executivo, enquanto ao Poder Judiciário cabe a tarefa de julgar os conflitos de interesses entre

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo. Malheiros Editora. 2000, p. 91

cidadãos e entre cidadãos e o próprio Estado, zelando pelo equilíbrio Constitucional das Leis.

Quando o Estado pratica algum ato administrativo, legislativo ou judicial, pode vir a causar algum dano patrimonial ou moral para a sociedade, devendo portanto, existir uma responsabilidade civil na administração pública. Essa responsabilidade civil é semelhante a existente no direito privado, onde quem comete atos lesivos deve reparar terceiros que foram vítimas do dano.

Para Henry Mintzberg¹⁷, para avaliar as atividades mais comuns do governo requer um julgamento brando, pois segundo esse autor, algumas dessas atividades estão no setor público pelo motivo de problemas de medição, pois se tudo fosse claro e transparente como um cristal e cada benefício tão facilmente atribuível, muitas delas já estariam no setor privado há muito tempo.

O artigo 927 do Código Civil se referem à responsabilidade civil do Estado, que são aplicáveis à administração pública: “Artigo 927 - Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Assim sendo, é de responsabilidade do Estado o controle dos atos discricionários dos governantes, pois uma administração pública corrupta acarreta prejuízo moral para o Estado, afetando seu funcionamento.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁸, a definição para responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado é “(...) reparar os danos lesivos à esfera juridicamente garantida a outrem e que sejam imputáveis a esta,

¹⁷ MINTZBERG, Henry. Administrando Governos, Governando Administrações. Revista do Serviço Público, Ano 49, Número 4, out-dez 1998. p. 159

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 876.

decorrente de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”.

Quando o ato lesivo do administrador público for atribuído diretamente a ele, o Estado não têm responsabilidade civil pelo ato, segundo Diógenes Gasparini¹⁹.

Um dos atos que o administrador público pode ter, que demonstra uma corrupção política são, segundo Henry Mintzberg²⁰, as indicações para cargos em comissão que é vista como corrupção política. Não que seja tecnicamente ilegal, mas não deixa de ser corrupção de um serviço público dedicado e experiente.

3.1 Sobre a licitação

A administração pública realiza atos administrativos, por onde ela realiza suas ações, mas, como já foi visto, deve sempre ter como norteador os princípios de direito administrativo.

O Professor José dos Santos Carvalho Filho²¹ define que os princípios “são postulados que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública”.

Na Constituição Federal de 1988, no seu inciso XXI do art. 37, dispõe sobre a lei que diz que as obras, serviços, compras e alienações públicas deverão ser feitas por meio de processo licitatório, garantindo com isso igualdade de condições a todos os concorrentes.

¹⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8º ed, São Paulo: Saraiva, 2003. p. 840

²⁰ MINTZBERG, Henry. Op. cit. p. 164

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Lumens Juris, 10a. ed. 2003. p. 127

Licitação é um procedimento administrativo formal, regulamentado sob o regime de Direito Público obrigando a qualquer contratação realizada pela Administração Pública seja submetida à Lei 8.666/93. (Artigo 37, XXI da C.F.)

O referido inciso do artigo 37²² diz que:

XXI - Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigação de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

É dever da administração pública fazer licitação para obras serviços e alienações, conforme dispõe o artigo 37 da Constituição Federal.

A licitação nada mais é que um procedimento que é feito pela administração pública e realizado sob o regime de direito público, anterior a uma contratação, pelo qual a administração selecionará o futuro contratado e definir as condições que regularão essa relação jurídica futura.

A referida Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, foi atualizada pelas Leis nº 8.883, de 8 de junho de 1994, 9.648, de 27 de maio de 1998 e pela Lei 9.854, de 27 de outubro de 1999, é a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.

No artigo 1º. da Lei 8.666/93, ficou estabelecidas normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União,

²² CONSTITUIÇÃO Federal artigo 37, XXI

dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo que o Artigo 3º da Lei supra proclama:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.²³

Esta lei estabelece cinco modalidades de licitação, que são:

- Concorrência: acontece entre qualquer interessado que comprove possuir requisitos mínimos de qualificação, que são exigidos no edital para execução de seu objeto, na fase preliminar da licitação;
- Tomada de Preços: acontece entre interessados cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento, até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, devendo os mesmos atenderem à qualificação necessária;
- Convite: ocorre entre interessados do ramo referente ao seu objeto, podendo ser cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três, pela unidade administrativa, que afixará, em local próprio, uma cópia do instrumento de convocação e que o estenderá aos demais cadastrados na mesma especialidade, que manifestarem seu interesse com antecedência de até vinte e quatro horas da apresentação das propostas;
- Concurso: acontece entre qualquer interessado para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, sendo que a instituição fornecerá prêmios ou remuneração aos vencedores, seguindo os critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de quarenta e cinco dias.

²³ Art.3º Lei Federal 8.666/93 da Constituição Federal

- Leilão: pode ocorrer entre qualquer interessado para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.²⁴

São subordinados ao regime da Lei 8666, os órgãos da Administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distritos Federais e Municípios.²⁵

No artigo 70 da Constituição Federal, após Emenda Constitucional, determina a prestação de contas de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária.²⁶ Assim, estes entes, embora, privados, devem prestar contas junto ao Tribunal de Contas.

3.2 Discricionariedade dos atos

Apesar da obrigação dos governantes de fazerem licitações para obras e serviços, muitas vezes eles não o fazem e se fazem, é de uma maneira manipuladora, para que ganhe aquele prestador de serviços que mais interessa.

A discricionariedade fica à margem da liberdade de escolha entre dois comportamentos ou mesmo, é uma escolha entre muitas possíveis, entre casos concretos objetivando proporcionar a melhor solução para uma finalidade legal, ou

²⁴ Art. 22 da Lei 8666/93 C.F

²⁵ Art. 1º. da Lei 8666

²⁶ artigo 12 da Emenda Constitucional 19, de 5 de junho de 1998

mesmo quando dela não se possa tirar objetivamente uma solução única para uma situação corrente, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello²⁷.

Assim sendo, o administrador público têm liberdade para fazer escolhas, dadas a ele por lei, sendo que muitas vezes, essas escolhas não tem a ver com a melhor solução para uma finalidade legal.

Segundo Celso Bandeira de Mello²⁸, “é difícil conceber ou apreender racionalmente a noção de Discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem da lei e do sistema legal como um todo [...].

A finalidade da atividade discricionária deve ser o interesse público, sendo que jamais deverá se desvirtuar da essência da intenção de seguir os princípios da Administração Pública.

A liberdade conferida ao administrador público para os atos discricionários, em alguns casos, é preciso que a conduta do administrador atinja a finalidade contida na lei, sendo que haverá casos em que tal conduta não poderá ser empregada, sob pena de burla ao princípio da segurança jurídica.

Conforme José de Mello Neto²⁹

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. Malheiros. São Paulo: 2003, p. 831.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ibidem*, p. 832

²⁹ MELLO NETO, José Baptista de. *O Tribunal de Contas no Exercício do Controle dos Atos de Admissão de Pessoal*: um instrumento de garantia dos direitos do cidadão. Dissertação não publicada: UFPE/CCJ/FD, 2003, p, 16.

(...)o princípio constitucional capital da legalidade deverá servir como referencial maior para a Administração Pública. [...] muito mais que a mera conformação do atuar da Administração Pública com a norma posta, o dito princípio deve ser visto, a bem da cidadania, como um instrumento de verificação da conformidade do funcionamento da máquina estatal com o Direito.

O Poder Judiciário pode controlar a legalidade dos atos discricionários dos administradores públicos, porque a legalidade dos atos discricionários deve ser respeitada, sendo que a condição primordial para a validade do ato administrativo é a adequação aos princípios jurídicos exteriorizados na norma.

A Constituição Federal, art. 1º, parágrafo único, dispõe que:

"Todo o poder emana do povo que o exerce por meio de seus representantes (...)".

Assim sendo, a autoridade administrativa não é detentora de poderes arbitrários, nem muito menos proprietário da coisa pública. Por isso seus atos são limitados.

Conforme Hely Lopes Meirelles³⁰ “O mérito do ato administrativo se fortalece na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração que se incumbiu de sua prática, quando autorizada sobre a decisão de sua conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar”.

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed. Malheiros. São Paulo: 2003.p. 152-153

Os atos discricionários dependem de uma interpretação das Leis que regem a conduta do administrador público, pois muitas delas dão margem à diversas interpretações, fazendo com que haja maneiras de burlá-las.

Segundo Hans Kelsen³¹, a essência de uma interpretação seria “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”.

A administração pública, direta ou indireta, deverá obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, expressos na Constituição Federal de 1988.

3.3 Princípios da Administração Pública

A administração Pública é regida por princípios, que são delimitados pelo Estado Constitucional Democrático de Direito, que é aquele onde o direito é regido através do estado, delimitando o poder por meio de uma lei superior, fruto da vontade popular.

O artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa dispõe sobre os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

A influência das regras morais sobre as regras do direito é um assunto discutido há muito tempo. Entretanto é crescente na doutrina e no meio social a idéia de que as normas positivadas se aproximam cada vez mais das regras morais, atribuindo-lhes suas peculiaridades.

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. De João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.387

Manoel Gonçalves Ferreira Filho³² diz que a corrupção existe desde a antiguidade. Ele fala que foram feitos estudos que detectaram a existência da corrupção há três milênios, mostrando que a “corrupção não é um fenômeno somente do passado, nem está localizado”, ela existe “em todos os tempos, todos os lugares e todas as culturas.” Sobre corrupção sobre a coisa pública, o autor diz que corrupção é “um mal muito grave, que balança os alicerces do Estado e ameaça a sociedade”³³.

A Constituição Federal é a Lei suprema de País, e deve ser compreendida como um sistema normativo, que é composto por princípios e normas jurídicas, que devem ser seguidos.

A administração pública deve seguir os princípios da Constituição Brasileira, que são os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e mais recentemente, com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, o princípio da eficiência.³⁴

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello *apud* Marino Pazzaglini³⁵, “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma, pois a desatenção aos princípios, poderá implicar ofensa a um mandamento específico e obrigatório, como também a todo o sistema de comandos”.

Neste capítulo, serão mencionados os princípios que se referem mais ao tema em questão.

³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e democracia. Revista de Direito Administrativo. out/dez. 2001. n° 226. Rio de Janeiro. p. 213

³³ Idem Ibidem

³⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]

³⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. In: FILHO, Marino Pazzaglini. *Princípios constitucionais reguladores da Administração Pública*. São Paulo: Editora Atlas, 2000. p. 17.

3.3.1 Princípio da Legalidade

Hely Lopes Meirelles³⁶, sobre o significado do princípio da legalidade, ensina que:

(...) o administrador público está, durante toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, como também às exigências do bem-comum, não podendo se afastar deste, nem se desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

O princípio da legalidade mostra como o administrador público deve se sujeitar às Leis e fazer exatamente o que ela autoriza. A validade da atividade administrativa está condicionada ao atendimento à Lei. Este princípio é uma característica do Estado de Direito, cujo objetivo é controlar qualquer excesso dos administradores.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁷ diz que:

Este princípio e o controle da administração pelo poder judiciário, se iniciou com o Estado de Direito constituindo-se em uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais, pois a lei, ao mesmo tempo que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

A restrição de direitos dos administradores públicos é feita em benefício da sociedade pois a sociedade, como uma democracia deve ser, deve estar atenta para perceber se o administrador público está ou não cumprindo esses princípios.

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Ed. Revista dos Tribunais, 15ª edição, 1990, p. 79

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, p. 61

Conforme Celso Ribeiro Bastos³⁸,

Este princípio se cruza com a própria noção de Estado de Direito, que é aquele que se submete ao próprio Direito que criou, razão pela qual não deve ser motivo de surpresa constituir-se o princípio da legalidade um dos sustentáculos fundamentais do Estado de Direito.

É o Estado que faz as Leis, as impõe e as observa, com vistas na democracia. Se quem faz as Leis não impô-las e não cumpri-las, estará cometendo uma arbitrariedade. Nesse sentido, Diógenes Gasparini³⁹

O princípio da legalidade significa que a administração pública está, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, e deles não podem se afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade do seu autor. Toda ação estatal sem o devido calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação.

Percebe-se assim que o Princípio da Legalidade é mais do a simples aplicação das leis de forma diferente da realidade social, mas sim uma norma que o administrador público deve guiar-se, pois têm valores que estão inseridos em princípios jurídicos e extra-jurídicos, sendo que a sociedade exige ações que sejam materialmente justas, não apenas formalmente justas.

3.3.2 Princípio da Moralidade Administrativa

Este princípio exige que o administrador público aja em conformidade com a moral administrativa, isto é, devem agir de acordo com as regras que ditam que os administradores públicos devem agir, acima de tudo, dentro da Lei, da moral, dos bons costumes, devem seguir as regras da boa administração e da boa-fé. Se não forem seguidas essas normas, o ato emanado do administrador público não terá validade.

³⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 35

Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira⁴⁰, moral significa: “[...] regras de conduta consideradas como válidas, tanto de modo absoluto para qualquer tempo ou lugar, como para grupo ou pessoa determinada. [...] conjunto de faculdades morais; brio, vergonha”.

A moralidade administrativa é o princípio que rege as ações administrativas, dentro do que seja honesto, justo. Conforme Hely Lopes de Meirelles⁴¹, “a moralidade do ato administrativo, como também a sua legalidade e finalidade, são pressupostos de validade, sem os quais a atividade pública será ilegítima.”

Juarez Freitas⁴² ensina que o princípio da moralidade administrativa pode ser identificado com o da justiça, conforme suas palavras:

(...) esse princípio poderia ser identificado com o da justiça, determinando que se trate o outro do mesmo modo que gostaria de ser tratado. Esse outro é a sociedade, pois o princípio da moralidade exige que, fundamentada e racionalmente, os atos, contratos e procedimentos administrativos venham a ser contemplados à luz da orientação decisiva e substancial, que prescreve o dever de a Administração Pública observar, com pronunciado rigor e a maior objetividade possível, os referenciais valorativos basilares vigentes, cumprindo, de maneira precípua até, proteger e vivificar, exemplarmente, a lealdade e a boa-fé para com a sociedade, bem como travar o combate contra toda e qualquer lesão moral provocada por ações públicas destituídas de probidade e honradez.

Caio Tácito⁴³ diz que com o Decreto 19.398/30 fez com que surgisse a observância à moralidade pública no ordenamento jurídico “salvo os que submetidos a revisão, contra venham o interesse público e a moralidade administrativa.”. Segundo o autor, a moralidade no âmbito público tem como meta a

³⁹ GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 1995. p. 6

⁴⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1.158.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op cit p. 80.

⁴² FREITAS, Juarez. O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 67-68.

obrigação da boa administração, a preservação dos bons costumes e o ideal de equidade na relação do interesse público com o privado⁴⁴.

A conceituação de moralidade administrativa e o seu controle jurisdicional são igualmente difíceis. Essas dificuldades conceituais dão espaço para algumas interpretações subjetivas, que, transportadas para decisões judiciais, implicam julgamentos por equidade e as notórias imprecisões e insegurança jurídica que delas decorrem. O controle da moralidade administrativa é feito pela caracterização das condutas ilícitas.

Todo administrador público precisa perceber que a lei é um símbolo que traduz valores eleitos pela sociedade, cabendo a ele, portanto, executá-la de acordo com estes valores expressos através da letra da lei.

Muitos estudiosos, como Sócrates, Platão e Aristóteles já falavam sobre a ética e a moralidade. Sócrates sempre acreditou nas leis, como pensador capaz de por em prova o próprio subjetivo, e com isso, questionava estas, causando um descontentamento aos conservadores da época. Se isso ainda é um questionamento, está nos argumentos conservadores do poder, que assevera: "*as leis existem para serem obedecidas e não para serem justificadas.*"⁴⁵

Já Platão⁴⁶ vê a sabedoria como algo que não está expresso no saber pelo saber, ou melhor, não se identifica o sábio pelos grandes conhecimentos teóricos, mas pela grandeza de virtudes, pois o homem virtuoso tende a encontrar e contemplar o mundo ideal.

Aristóteles⁴⁷ acreditava na relação entre ser e o bem, enfatizando que não é um único bem, mas vários bens, e que esse bem deverá variar de acordo

⁴³ TÁCITO, Caio. *Moralidade Administrativa*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. v. 218. out/dez. 1999. p. 1

⁴⁴ TÁCITO, Caio. *Ibidem*. p. 2.

⁴⁵ VALLS, Álvaro L. M. , *O que é Ética*, Coleção primeiros passos, 3^a edição, São Paulo: Ed.brasiliense, 1989. p. 7

⁴⁶ PLATÃO (427-347 a.C.)

⁴⁷ ARISTÓTELES (384-322 a.C.)

com a complexidade do ser. Para o homem, existe a necessidade de se ter vários bens, para que este consiga alcançar a felicidade humana.

Assim sendo, percebe-se que o administrador público pode ser ético e cumpridor das Leis, desde que se proponha a isso, pois segundo Georges Ripert⁴⁸:

(...) se uma lei corresponde ao ideal moral, a sua observância será facilmente assegurada; o respeito pela lei apoiar-se-á sobre a execução voluntária e contente do dever, a sanção será eficaz porque ela atingirá os membros da sociedade reconhecidamente rebeldes ao dever. Se, ao contrário, a lei fere o ideal moral da sociedade, ela não será senão imperfeitamente obedecida até o dia em que, malgrado sua aplicação difícil, ela conseguir deformar o ideal moral e aparecer ela mesma como a tradução de um outro ideal.

A Lei e a Justiça devem sempre caminhar juntas, pois deve-se sempre ter em mente que ser justo é o natural.

3.3.3 Princípio da Proibição Administrativa

Este princípio se baseia na honestidade ao cumprir os deveres atribuídos ao cargo dentro da Lei. Esse princípio está diretamente ligado ao princípio da moralidade administrativa. O administrador, ao praticar um ato, deve dar prioridade a busca da moral, da ética, do bom senso, mas deve guiar-se não só

⁴⁸ RIPERT, Georges *apud* CARLOS, Larissa Freitas. Moralidade e proibição administrativa: parâmetros de definição e esferas de atuação. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=353>>. Acesso em: 03.05.2006.

pelos preceitos vigentes, como também pela moral comum, sabendo das fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto.

A diferença entre moralidade e probidade é que a primeira é a congregação de costumes, deveres e modo de proceder dos homens para com os seus semelhantes, o corpo de preceitos e regras para dirigir as ações humanas segundo a justiça e a equidade natural e a segunda, a probidade, consiste em honradez, integridade de caráter, honestidade.

A moralidade administrativa é um tipo de comportamento que a sociedade espera da administração pública enquanto estiverem ocupando seus cargos políticos, pois seus atos devem se guiar pelo interesse coletivo, a probidade na administração é o agir em conformidade com esses valores, propiciando assim uma administração de boa qualidade.

O enriquecimento ilícito proveniente do não cumprimento dos princípios da administração pública é um enriquecimento sem causa, sem comprovação jurídica. Segundo o Min. Waldemar Zveiter⁴⁹ :

ENRIQUECIMENTO ILÍCITO (OU SEM CAUSA) - PRESCRIÇÃO - CORREÇÃO MONETÁRIA - I. Não se há negar que o enriquecimento sem causa é fonte de obrigações, embora não venha expresso no Código Civil, o fato é que o simples deslocamento de parcela patrimonial de um acervo que se empobrece para outro que se enriquece é o bastante para criar efeitos obrigacionais. II. Norma que estabelece o elenco de causas interruptivas da prescrição inclui também como tal qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do direito pelo devedor. Inteligência do art. 172 do Código Civil.

⁴⁹ STJ - Resp 11.025 - SP - 3ª T - Rel. Min. Waldemar Zveiter - DJU 24.02.92

Sendo assim, o enriquecimento ilícito é um ato de improbidade administrativa, pois é um desvio do patrimônio público. Se o enriquecimento não tem como ser provado pelo acusado, ele será ilícito, e portanto, passível de punição.

O enriquecimento ilícito vai contra os princípios éticos e morais da sociedade, pois o político foi eleito pelo voto popular para administrar os bens patrimoniais da população e agindo dessa maneira, o político estará agindo contra esses princípios.

Nicolai Maquiavel⁵⁰ via a corrupção como uma tuberculose, pois ela

[...] no início, é fácil de curar e difícil de diagnosticar. Com o passar do tempo, não tendo sido reconhecida nem medicada, se torna fácil o diagnóstico e difícil sua cura. Nos assuntos de Estado acontece a mesma coisa. Prevendo os males que nascem, o que só é permitido a um sábio, estes são curados rapidamente. Mas quando se permite que cresçam, por não havê-los previsto, todos os reconhecem, porém não há mais remédio.

Percebe-se que a corrupção, ou a improbidade administrativa é de difícil constatação e a solução, parece que não depende somente da edição de leis e de punição rigorosa aos malfeitores.

A mudança de mentalidade deve começar pelo maior interessado, que é o povo, pois a melhor arma para o combate à corrupção é a reprovação popular. Se o povo estiver atento fica mais fácil combater os maus administradores.

3.3.4 Princípio da Razoabilidade

Este princípio encontra-se inserido na Constituição Federal, assegurando aos jurisdicionados o direito ao devido processo legal⁵¹. Entretanto,

⁵⁰ MAQUIAVEL, Nicolai. O príncipe. trad. de Maria Lúcia Cumo. 2. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 22

esse princípio é um pouco tímido pois muitos juristas acabam utilizando o princípio da proporcionalidade para emitir um juízo de valor a respeito de um determinado caso.

Para Pierre Muller *apud* Paulo Bonavides⁵², a proporcionalidade é a regra fundamental que devem obedecer, tanto os que exercem quanto os que padecem o poder.

Conclui-se que para que esse princípio seja utilizado, é preciso que os meios destinados a realizar determinado fim não sejam adequados, ou ainda, quando haja uma desproporção entre eles.

Segundo Luiz Roberto Barroso⁵³, "O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça".

Percebe-se que esse princípio é bem conceituado nos ordenamentos jurídicos, sendo de fundamental importância a sua aplicação em casos que existe evidência de dissonância entre os fins pretendidos.

3.3.5 Princípio do Interesse Público

⁵¹ art. 5º, LIV

⁵² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 356

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 215

O Princípio do Interesse Público são os bens públicos que não estão disponíveis para o administrador fazer o que quiser dele. Aplicando os princípios poderá ser feita a idealização da construção de um sistema jurídico com alguma cientificidade, pois os princípios são diretrizes que subsidiam a hermenêutica jurídica como também, possuem marcante ingerência sobre a própria ordem normativa, vez que também estão impregnados de força normativa.

Segundo Norberto Bobbio⁵⁴, para a sustentabilidade dos princípios, define-se que:

[...] se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. A função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E porque não deveriam ser normas?

As normas devem ser seguidas, os atos administrativos devem ser controlados e os princípios do interesse público devem nortear todos os atos dos governantes.

O artigo 37 da Constituição Federal dispõe apenas sobre os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, não fazendo nenhuma menção ao princípio do interesse público, mas apesar disso, sua adoção encontra implícita recepção no ordenamento brasileiro, assumindo, de igual parte, *status* constitucional, na medida em que todas as ações adotadas pelo administrador público devem ter como motivação de fundo a obediência ao interesse da coletividade.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 9ª edição, Brasília, UNB, 1997, p. 158/159.

O princípio da legalidade está associado à idéia de atender ao interesse público, pois o princípio existe para atender os interesses da sociedade como um todo, sendo que os atos administrativos devem ser submetidos à Lei para que esse princípio seja cumprido.

Rui Cirne Lima⁵⁵ diz que o princípio do interesse público é o princípio da utilidade pública, pois esta é a “finalidade própria da administração pública, pois provê à segurança do Estado, à manutenção da ordem pública e à satisfação de todas as necessidades da sociedade”.

Em determinada decisão proferida pelo Colendo STF, figurando como Relatora a íclita Ministra **Ellen Gracie Northfleet**, assim restou proferido:⁵⁶

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tendo disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.

Percebe-se que o princípio do interesse público deve, em muitos casos, ser observado, pois a indisponibilidade do interesse público pode ser quebrado se for tomada uma decisão que seja a melhor para esse interesse.

⁵⁵ LIMA, RUI CIRNE. *Princípios do Direito Administrativo*. 5ª edição. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1982, p. 15/16.

⁵⁶ STF – 1ª Turma; RE nº 253885/MG; Recurso Extraordinário, Relatora Ministra Ellen Gracie Northfleet, julgado em 04/06/02

3.4 Conclusão Parcial

A administração pública engloba diversas entidades, como já foi visto, e em todas é preciso haver licitação para adquirir serviços, materiais, etc.

Para que se possa identificar a moralidade dos atos dos administradores públicos como prefeitos, vereadores, governadores, etc., é preciso que seja analisado o motivo e o objeto do ato com o interesse público, verificando sua finalidade, para que se possa identificar possíveis vícios discricionários ou mesmo a presença de abuso de poder.

Segundo Marcelo Caetano⁵⁷, o administrador público precisa "servir a Administração com honestidade, exercendo suas funções sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer."

4. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Improbidade Administrativa se relaciona com a desonestidade na conduta do administrador público, podendo ser praticada também por pessoa que não é servidor e que infringe a moralidade pública.

A lei é clara e deve ser seguida, pelas deliberações constitucionais, pelo zelo aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

⁵⁷ CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*, Rio: Forense, 1970, p. 684

A improbidade administrativa é o contrário de probidade, que significa integridade de caráter, honradez. Sendo assim, a definição mais clara de improbidade é desonestidade, mau caráter.

Quando um governante comete ato de improbidade administrativa, esse ato afeta a vida da sociedade causando descrédito da atividade pública e revolta nos cidadãos, pois a improbidade mina os princípios estruturais do Estado Democrático de Direito.

Alguns pronunciamentos jurisdicionais são de natureza híbrida e a improbidade administrativa é um deles. Isso acontece porque num mesmo momento processual o juiz pode praticar, por exemplo, um despacho e uma decisão interlocutória ou uma decisão interlocutória e uma sentença. O pronunciamento é um apenas na forma e não substância. É preciso, então, definir critérios norteadores do aplicador do direito quanto à recorribilidade destes pronunciamentos jurisdicionais de natureza jurídica híbrida.

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, dispõe sobre as sanções aplicadas aos agentes públicos em casos de enriquecimento ilícito quando do exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

A Lei de improbidade administrativa é uma lei de direito material, afastando com isso qualquer incompatibilidade com a ação civil pública, que é eminentemente instrumental. Assim, se for considerado que a todo um direito (lei de improbidade) corresponde uma ação (ação civil pública),

será possível utilizar a ação civil pública para aplicar as sanções da lei de improbidade administrativa.

O artigo 37 da referida Lei, § 4º, assim disciplina:

Art. 37

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

Segundo Fábio Konder Comparato (1999), esclarecendo o artigo acima citado, explicando 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.⁵⁸

O artigo 12 da referida Lei, dispõe que Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações (...).”

É visto que o administrador público que cometer ato de improbidade administrativa terá julgamento judicial pela Lei de Improbidade Administrativa, além de outros julgamentos cabíveis, como um julgamento judicial criminal pelo Código Penal e as leis penais esparsas.

⁵⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Ação de Improbidade : Lei 8429/92 – Competência ao juízo de 1.º grau, in Boletim dos Procuradores da República, n.º 9, jan/99. p.8.

Pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, proferiu-se o seguinte julgamento:

Improbidade administrativa (Constituição, art. 37, § 4º, Cód. Civil, arts. 159 e 1.518, Leis nºs 7.347/85 e 8.429/92). Inquérito civil, ação cautelar inominada e ação civil pública. Foro por prerrogativa de função (membro de TRT). Competência. Reclamação.

1. Segundo disposições constitucional, legal e regimental, cabe a reclamação da parte interessada para preservar a competência do STJ.

2. Competência não se presume (Maximiliano, *Hermenêutica*, 265), é indisponível e típica (Canotilho, in REsp-28.848, DJ de 02.08.93). Admite-se, porém, competência por força de compreensão, ou por interpretação lógico-extensiva.

3. Conquanto caiba ao STJ processar e julgar, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho (Constituição, art. 105, I, a), não lhe compete, porém, explicitamente, processá-los e julgá-los por atos de improbidade administrativa. Implicitamente, sequer, admite-se tal competência, porquanto, aqui, trata-se de ação civil, em virtude de investigação de natureza civil. Competência, portanto, de juiz de primeiro grau.

4. De lege ferenda, impõe-se a urgente revisão das competências jurisdicionais. À míngua de competência explícita e expressa do STJ, a Corte Especial, por maioria de votos, julgou improcedente a reclamação.⁵⁹

Segundo Consuelo Yatsuda M. Yoshida *apud* Rodolfo Mancuso⁶⁰, questiona-se a validade desta distinção:

Se houver lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público, deixa de haver interesse meramente estatal, o chamado interesse público secundário, e

⁵⁹ RCL 591/SP, DJ DATA:15/05/2000, PG: 00112, rel. Min. NILSON NAVES, julgamento de 01/12/1999. CE – CORTE ESPECIAL

⁶⁰ BOLETIM dos Procuradores da República, out. 1999, n.18, p.12 *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 4. Ed. São Paulo : RT, 2001, p. 105.

surge então o interesse público primário ou interesse social, ou, ainda, interesse difuso, de toda a coletividade, cuja defesa é função institucional do Ministério Público, entre outros legitimados.

4.1 Quando acontece a Improbidade Administrativa

A Improbidade Administrativa acontece quando a administração do administrador público resulta em enriquecimento ilícito, quando causa prejuízo ao erário e quando atenta contra os princípios da administração pública.

No caso de enriquecimento ilícito, ele acontece quando o administrador público tem qualquer tipo de vantagem patrimonial em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade, como contratos supervalorizados com empreiteiras ou prestadores de serviço, uso de equipamentos públicos em benefício próprio, recebimento de propina ou qualquer vantagem que possa tirar de seu cargo de administrador público.

O artigo 9º da Lei 8.429, dispõe sobre o enriquecimento ilícito, estando ali estatuídos todos os seus requisitos. Em suma, o citado dispositivo preleciona que o administrador público pratica improbidade administrativa quando dá vantagem econômica indevida, para si ou para outrem, utilizando para isso o exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade pública, atuando de maneira dolosa, pois o enriquecimento ilícito pressupõe que, conforme Marino Pazzaglini⁶¹ “uma consciência efetiva da antijuridicidade do resultado pretendido”.

⁶¹ PAZZAGLINI, Marino. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 56

No caso de causar prejuízo ao erário, se refere a determinado tipo de ação ou omissão que possa trazer perda patrimonial ao setor público, com atitudes como desvio, apropriação, dilapidação de bens ou haveres do patrimônio público. A utilização de bens, rendas ou valores podem estar incluídos na condição de indisponíveis. Não é permitido ao prefeito dispor do bem público como bem entender.

O artigo 10º da citada Lei 8429/92 esclarece os atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário público, mostrando-se pertinente salientar que tal dispositivo tem por objetivo proteger, segundo Marino Pazzaglini⁶² “o conjunto de órgãos administrativos que se encarregam da movimentação econômico-financeira do Estado”.

Se atentar contra os princípios da administração pública, serão violados os deveres impostos por eles, quais sejam os de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade. Os tipos de violação mais comuns são os atos proibidos em lei, o retardamento ou não execução de ato de ofício, revelação de segredo necessário para obtenção de um resultado, ilicitude ou fraude de concurso público, além de outros.

Já o artigo 11 da Lei em comento disciplina os atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, mostrando que a improbidade administrativa acontece quando o ato praticado pelo agente público afasta-se das regras inerentes à Administração Pública e não que não esteja em conformidade com a honestidade, lealdade e imparcialidade.

Desse modo, o dano moral foi instituído em face da Administração Pública, porque com a violação do art. 11 pode ser que não traga qualquer prejuízo ao erário, mas acentua-se um grau de desonestidade de quem viola ou mesmo

mostra a deslealdade com o poder público, justificando a imposição da multa civil dentro dos prazos prescricionais contidos no art. 23, I e II da lei retroaludida.

Na Lei 8.429/92 existem três formas previstas de medidas cautelares específicas, que são:

- A indisponibilidade de bens, prevista no artigo 7º da referida Lei:

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.

- O sequestro de bens, previsto no artigo 16º:

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.

- Afastamento provisório do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, previsto no artigo 20º, parágrafo único:

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.

Se o administrador público abusar de seu poder, terá as medidas cautelares acima citadas para punir seus atos.

A moralidade administrativa como um dos princípios norteadores da administração pública, induz que se não for cumprido, vai haver ofensa à legalidade, que, segundo Marcelo Figueiredo⁶³ "a moralidade é uma excelente aliada na busca da finalidade do ato, do interesse público, do ato discricionário, na análise de desvios de finalidade". Assim, se a moralidade administrativa não for cumprida, vai haver violação do postulado e com isso, justifica a identificação de lesão à probidade administrativa prezada pelo texto constitucional.

4.2 Bem Jurídico Tutelado nos caso de Improbidade em suas diversas formas

Em primeiros tópicos, cabe destacar que o Objeto Jurídico Tutelado na espécie é a própria Administração Pública, seja indireta ou indireta, aí compreendendo toda atividade do Estado e demais entidades públicas, tais como as Fundações, bem como o Poder Legislativo em suas quatro esferas de poder.

De outro tanto, também o Patrimônio Público e as Finanças Públicas, bem como os diversos Princípios da Administração Públicas (legalidade,

⁶³ FIGUEIREDO, Marcelo. O controle da moralidade na Constituição. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 91

moralidade, probidade, razoabilidade, eficiência e impessoalidade), encartados no artigo 37 da Constituição Federal, são os Bens Jurídicos Tutelados trazidos no caso vertente, podendo-se afirmar que reportando-se como ilícito praticado contra a Administração Pública, *lato sensu*, o objetivo maior da normativa, além dos retroaludidos, é o bom funcionamento dos serviços prestados, da boa imagem da Pessoa Pública e seu conseqüente prestígio.

Uma vez configurado o Dano pelo Agente causador, não restam dúvidas de que nasce a obrigação indissolúvel de indenizar, conforme inclusive estabelecido na própria Lei 8429/92, além do Código Civil, é claro, cabendo ao agente infrator reparar os prejuízos acarretados à Administração Pública.

Especificamente em relação aos Crimes de Responsabilidade cometidos pelos diversos Agentes Políticos, o certo e lúdimo é que com a discussão acerca da aprovação ou não da Reclamação 2381-6/90-DF que ora tramita junto STF, referente a possibilidade ou não de prerrogativa de foro aos Agentes Políticos pela prática de Improbidade, vem procrastinando o fortalecimento da Administração Pública, na medida que os processos movidos principalmente contra os Agentes Públicos máximos do Poder Executivo Municipal ficam paralisados ou suspensos, na espera da decisão final, que ora tem cinco votos a zero favoráveis estabelecendo foro privilegiado aos Agentes Políticos, não se olvidando que eventual decisão final trará um sério dano ao Estado.

Com efeito, na hipótese da Reclamação vir a ser aprovada, estará contemplado um foro privilegiado às autoridades maiores da administração pública, tais como prefeitos, os quais, quando vierem a ser processadas por improbidade administrativa, não serão julgados pelo juízo comum, e sim de acordo com a prerrogativa de Foro já estabelecida na lei dos Crimes de Responsabilidade (entendeu o Relator que a Improbidade estaria encampada pelo Crime de Responsabilidade), o que afigura-se como uma heresia jurídica, a par da decisão parcial do STF.

Realmente, a verdade concreta é que Carta Magna estabelece o foro privilegiado somente nas hipóteses de crimes de responsabilidade, mas, para o

Relator da Reclamação, Ministro Nelson Jobim, também em relação aos casos de Improbidade Administrativa, aos Agentes Políticos também seria garantido o famigerado foro privilegiado.

Tal entendimento extrapola o bom senso e o estado legal de direito, até porque o foro privilegiado previsto na Carta Magna possui escope apenas de abrangência criminal, sendo que os casos de cariz civil não são contemplados no texto constitucional, trazendo como corolário óbvio e ululante que não se poderia majorar a regra contida na Constituição para os casos de foro privilegiado, exclusiva para assuntos de órbita penal.

Hoje, a lei maior assevera que nos casos de ação de improbidade, os processos devem ser analisados e apreciados por juiz monocrático, permitindo um controle maior da sociedade e do próprio Ministério Público, fiscal da Lei, garantido um Estado legal de direito, não se olvidando, por oportuno, que uma vez estabelecido o foro privilegiado nos casos de improbidade administrativa, os processos serão julgados pelos Tribunais, distante da comunidade e comprometendo o bom andamento das apurações, até em função da cediça falta de estrutura e número de processos que tramitam perante os diversos Tribunais do País.

Nesse diapasão, ultrapassados os escólios acima, uma vez ratificada a decisão parcial que impera no julgamento da Rcl 2381-6, ventilada alhures, a Objeto Jurídico Tutelado pela norma estará fragilizado, sem condições de garantir à proteção do patrimônio público, das finanças públicas e da Administração Pública como um todo, vez que estarão ao alcance da Lei de Improbidade somente os detentores dos escalões menores da administração pública, exercentes de cargos ou funções inferiores.

Nessa linha, v.g, os Prefeitos Municipais ficarão ilesos da Lei de Improbidade, respondendo somente por crime de responsabilidade junto às Câmaras de Vereadores. Destarte, em confirmando-se a decisão parcial do Supremo no julgamento da Reclamação dita alhures, as sanções encartadas na Lei 8429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), tais como suspensão dos direitos

políticos e de benefícios fiscais, perda da função pública, multa, proibição de firmar contrato com o Poder Público, não mais poderão atingir os agentes políticos, sejam prefeitos, governadores, presidente da república, deputados, senadores, e outrens, afrouxando-se os instrumentos de controle e fiscalização dos agentes públicos que ajam com improbidade.

Isto posto, parece certo que a Administração Pública, e por conseqüência, a própria sociedade, perderá um poderoso instrumento de combate aos desmandos dos Agentes Políticos, alijando e espancando qualquer intenção contida por ocasião da promulgação da Lei de Improbidade, que era de penalizar os agentes políticos e públicos contra as falcatruas perpetradas contra o Estado.

4.3 Ação Popular

A Constituição de 1937 contemplou a ação popular e em 1946, com a Constituição vigente, a ação popular passou a ser dispositivo legal, regulada pela Lei 4.717/65. O art. 5º da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre:

(...) qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Teori Albino Zavascki⁶⁴ ensina que:

Um instrumento de defesa de interesses difusos e coletivos é a ação popular, prevista em nossa legislação infra constitucional na Lei nº 4.717, de 1965. Com a configuração que lhe deu a CF de 1988, esta ação visa a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Legitima-se como demandante o cidadão, ou seja, pessoa física que esteja no gozo dos seus direitos políticos. Admite-se não apenas pretensão anulatória do ato lesivo, mas igualmente a de tutela preventiva tendente a impedir sua prática e, ainda, se for o caso, a de tutela cautelar para suspender-lhe a execução. A coisa julgada tem eficácia erga omnes, salvo em caso de improcedência por insuficiência de provas. O autor da ação popular legitima-se como tal porque, ainda quando esteja imediatamente demandando proteção a direito titularizado em nome de determinada pessoa jurídica, está, na verdade, defendendo mediatamente interesses da sociedade, a quem pertencem, em última análise, os bens tutelados. É por isso que se afirma que também a ação popular, sob este aspecto, constitui instrumento de defesa de interesses coletivos, e não individuais.

Percebe-se assim que a ação popular é um meio pelo qual qualquer cidadão pode se valer para comparecer perante o juiz, referente à existência de ato que lesa ao patrimônio público, em qualquer lugar onde esteja e independente de quem o detenha, estendendo-se ao ataque à imoralidade administrativa ou que venha a ferir qualquer outro bem entre os que pertencem ao grupo dos interesses sociais ou individuais que estejam indisponíveis.

Esse tipo de ação tem as mesmas características que todas as que se recorrem ao Poder Judiciário em busca do reconhecimento da detenção de um direito, ou da tutela de qualquer dos bens assim juridicamente considerados. Toda

⁶⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos. RJ 212 – jun/95, pp. 16/33.

ação pressupõe que seu autor tenha interesse e legitimidade para agir. Assim sendo, requere-se apenas uma condição da parte de quem a quiser ajuizar e cuja comprovação é exigida no ato: que seja eleitor.

A ação popular protege o interesse geral, o patrimônio público e a moralidade administrativa em casos de improbidade e também em determinados interesses difusos como patrimônio histórico e cultural e meio ambiente.

Através deste tipo de ação são amparados os interesses da comunidade, sendo que quem se beneficia diretamente da ação é o povo, enquanto titular do direito subjetivo ao governo honesto. A ação popular tem fins de repressão e prevenção da atividade administrativa que lesa o patrimônio público.

Com essa ação, pleiteia-se sentença para anular atos diretos ou indiretos da Administração Pública, quando do conhecimento de algum ato de improbidade administrativa.

4.4 - Convenção Internacional Interamericana da OEA

A Convenção Interamericana contra a Corrupção, em seu capítulo I, define o que é função pública, funcionário público e bens. No capítulo II, é mostrado que os objetivos são:

Artigo II

Propósitos

Os propósitos desta Convenção são:

- 1. promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção; e*
- 2. promover, facilitar e regular a cooperação entre os Estados Partes a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício.*

Nota-se que a Convenção visa o fortalecimento de mecanismos para prevenir, detectar e punir a corrupção nos Estados. No capítulo VI, especificam-se quais os atos de corrupção que são passíveis de punição:

Artigo VI

Atos de corrupção

- 1. Esta Convenção é aplicável aos seguintes atos de corrupção:*
 - a. a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;*
 - b. a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;*
 - c. a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no*

exercício de suas funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro;

d. o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo;

e

e. a participação, como autor, co-autor, instigador, cúmplice, acobertador ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo.

2. Esta Convenção também é aplicável por acordo mútuo entre dois ou mais Estados Partes com referência a quaisquer outros atos de corrupção que a própria Convenção não defina.

Assim sendo, os atos de corrupção são passíveis de punição e podem ser aplicadas sanções penais.

Para a aplicação das punições existem órgãos de controle externo que controlam as atividades dos governos e precisam atuar com total independência para realizar com eficácia suas tarefas, como auditorias externas de fiscalização.

4.5 Lei de Responsabilidade Fiscal

A Lei Complementar nº 101/00 ou Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), entrou em vigência em maio de 2000. O art. 1º, §1º da LRF dispõe sobre:

§ 1º - A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de

afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

A Lei de Responsabilidade Fiscal também força a participação popular no processo de elaboração dos orçamentos. Essa prática era comum no passado, por alguns gestores⁶⁵, que buscavam a legitimação da decisão político-administrativa, atualmente passou a ser uma obrigação legal.

Os Tribunais de Contas⁶⁶ são a instituição de tem condições de comprovar a participação popular impondo sanções pelo seu descumprimento. A realização de audiências públicas acontece objetivando a demonstração do cumprimento das metas fiscais. Os Tribunais de Contas são os responsáveis pela aferição e pela verificação do cumprimento desses comandos legais.

4.6 Crime de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores

Em relação às infrações penais cometidas por referidos agentes políticos, mostra-se importante dissecar os ensinamentos alinhavados no bojo do Decreto Lei 201/67.

O prefeito é eleito para administrar e governar, mas no exercício do seu mandato pode sofrer sanções impostas pelo Poder Judiciário, de natureza civil, penal e política, e, caso incorra em infrações político-administrativas, pode vir a perder o cargo, por meio do processo legislativo de *impeachment* visando à cassação do mandato.

⁶⁵ Esta prática ficou conhecida como Orçamento Participativo e foi consolidada, no Brasil, entre 1989 e 1992, a partir de várias experiências municipais, das quais a mais famosa é a do município de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul.

⁶⁶ Conforme art.9º, § 4º, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

4.7 Condutas

As condutas ilícitas dos prefeitos, dispostas na lei acima referida, são quaisquer atos violadores de uma norma de comportamento. A ilicitude, segundo ensina Caio Mário da Silva Pereira⁶⁷, está no procedimento contrário a um dever preexistente, na violação do ordenamento jurídico. A Lei de Responsabilidade Fiscal impõe regras de conduta que devem ser observadas pelos administradores públicos sendo que, se não as cumprirem, poderão estar sujeitos a sanções de ordem institucional e pessoal.

Hans Kelsen⁶⁸ fez uma revisão na doutrina clássica que via o ilícito como algo fora do Direito. O lícito (jurídico, Direito) e o ilícito (injurídico, anti-direito) excluía-se, negavam-se. Nessa revisão, Hans Kelsen mostrou que o ilícito está dentro do mundo jurídico, portanto, pode ser punido como qualquer outro crime, seja civil ou criminal, conforme assinala Caio Mário da Silva Pereira.⁶⁹

As condutas ilícitas dos prefeitos podem ser definidas como delitos. No Direito Penal, a atual concepção do delito define-o como ação típica, antijurídica e culpável.

Assim, a definição do que seja um ilícito penal, civil, tributário, administrativo ou de outra natureza, tem fundamento de política legislativa, tanto que revela uma valoração dos bens juridicamente protegidos.

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, 10ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987, vol. I, p. 452.*

⁶⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito, 2ª ed. brasileira, São Paulo: Martins Fontes Editora, 1987, p. 126.*

⁶⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit. p. 453*

Segundo Lindemberg da Mota Silveira, ilícito configura-se "através de um ato que ao se concretizar realiza o suporte fáctico de incidência de uma norma que conceitua aquela atuação como contrária ao direito."⁷⁰ Daí a unidade do ilícito, sendo certo que dentro desse campo da ilicitude, há crime quando a lei assim define a conduta.

4.8Consumação

Os tipos de crimes efetuados contra as finanças públicas, dispostos no Código Penal, são tipos de crimes dolosos e que não precisam produzir o resultado naturalístico para a sua consumação, classificando-se também como crimes de mera conduta.

A pena máxima a ser aplicada aos agentes ativos desses crimes é de quatro anos. Conclui-se portanto que, em tese, poderá ser aplicada ao infrator uma pena alternativa, em substituição a pena privativa de liberdade, conforme o disposto no art. 44, I, do Código Penal: "Art. 44 - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade inferior a 1 (um) ano ou se o crime for culposo."

Caso o administrador público cometa algum desses crimes, dificilmente ele irá ser preso, pois o legislador seguiu a orientação do direito penal mínimo, já bastante difundido em outros países e que consiste no fato de viabilizar ao máximo a aplicação de medidas alternativas à prisão.

Esses tipos de crime, possuem penas mínimas iguais ou inferiores a 01 (um) ano, entretanto, também estarão sujeitos a suspensão condicional do processo disposta no art. 89 da Lei 9.099/95, abaixo transcrita:

⁷⁰ SILVEIRA, Lindemberg da Mota. *Estrutura Jurídica do Ilícito Tributário*. Belém: Ed. Cejup, 1987, p. 27.

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Ressalta-se que a reparação civil do dano decorrente do crime é uma das principais obrigações impostas ao acusado que a aceitar.

4.9 Ação Penal Cabível

Os crimes de Responsabilidade dos Prefeitos são regulados pelo Decreto-lei nº 201/67, sendo que em relação a matéria, o Colendo Supremo Tribunal Federal, através do insigne Relator, Ministro Carlos Velloso⁷¹, explanou a seguinte decisão:

I – Os crimes de responsabilidade, tipificados no art. 1º do Decreto-lei nº 201, de 1967, são crime comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1º), são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, § 1º) e o processo é o comum, do CPP, com pequenas alterações (art. 2º). No art. 4º, o Decreto-lei nº 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas de crime de responsabilidade; II – A ação penal contra prefeito municipal, por crime tipificado no art. 1º do Decreto-lei nº 201, de 1967, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato; III – Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; IV – HC indeferido.

⁷¹ STF, pleno, DJU de 19/05/1995, p. 13.993. No mesmo sentido, ver: STF, 2ª Turma, DJU 02/06/1995, p. 16.230

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Melo⁷²
ensina que

(...) em caso de atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível, o servidor ficará sujeito à suspensão de direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei (art. 37, parágrafo 4º), sendo imprescindível a ação de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente que cause prejuízo ao erário (art.37, §5º)

4.10 Competência para Julgamento

O artigo 1º do Decreto Lei 201/67, dispõe sobre crimes de responsabilidade dos Prefeitos, explicando que estes estão sujeitos ao julgamento do poder judiciário, independente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores.

O Tribunal de Contas têm a atribuição de apurar os fatos, as irregularidades e as ilegalidades que são denunciadas.

Somente o Poder Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Porém, o Supremo Tribunal Federal, através da súmula nº 347, reconhece que o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

Os Tribunais de Contas não podem declarar a inconstitucionalidade das leis mas devem atentar para a sua constitucionalidade e a dos atos do Poder Público.

⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 135.

Segundo Hely Lopes Meirelles, "as infrações político- administrativas do Prefeito estão definidas na lei orgânica local ou em lei especial do Município"⁷³. Entretanto, o processo e julgamento dessas infrações competem à Câmara de Vereadores.

Esse é um tipo de processo de natureza parajudicial, revestido de caráter punitivo, e estão sujeitos aos rigores formais e à garantia de ampla defesa. Ele poderá se iniciar e se findar no próprio Legislativo, não excluindo que a sua origem resulte de uma representação do Tribunal de Contas dos Municípios, após ter apurado a prática de irregularidades e ilegalidades

4.11 Condenação após o Término do Mandato e Julgamento do Vice-Prefeito

A administração pública, mais especificamente o prefeito, não pode abusar de seu poder. Segundo Pontes de Miranda⁷⁴:

O abuso de poder é o exercício irregular do poder, que usurpa poder quem, sem o ter, procede como se o tivesse. A falsa autoridade usurpa-o; a autoridade incompetente que exerce poder que compete a outrem, usurpa; a autoridade competente não usurpa; se de modo exorbita, abusa do poder."

Na decisão proferida pelo preclaro Relator, Ministro José Arnaldo da Fonseca⁷⁵, tem a seguinte descrição:

⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro, 10ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1998. pág. 607.

⁷⁴ MIRANDA. Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, 3ª ed., Forense, 1987, volume V, p. 313

Súmula 164-STJ:

"O prefeito municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º, do Decreto-Lei nº 201, de 27.2.67."

Inaplicabilidade do princípio da insignificância, seja pela impropriedade da via eleita, seja porque não se pode ter como insignificante o desvio de bens públicos levado a cabo por Prefeito Municipal, que, no exercício de suas funções, deve obediência aos mandamentos legais e constitucionais, notadamente ao princípio da moralidade pública.

Legitimidade da imposição da suspensão dos direitos políticos, eis que, a teor do art. 12 do Código Penal, o art. 1º do Decreto-lei 201/67 (lei de cunho especial) não foi revogado pela Lei 7.209/84, que aboliu as penas acessórias. Ordem denegada.

Nota-se que o prefeito deve obediência aos mandamentos legais e constitucionais. O poder deve ser inerente à Administração e, em busca de suas finalidades, deve sacrificar o interesse do particular para proclamar a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência de seu interesse sobre o do particular, já que resulta em prol da administração, posição juridicamente correspondente à preponderância do interesse entregue à sua cura.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁵, “essas normas de direito público, apesar de proteger reflexamente o interesse individual, objetiva primordialmente o atendimento ao interesse público, ao bem-estar coletivo.”

⁷⁵ DJ 19.03.2001 p. 119, JBC vol. 40 p. 267, RSTJ vol. 158 p. 456, RT vol. 790 p. 557

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo: regime jurídico administrativo. São Paulo: ATLAS, 2000, p. 69

5 DO CRIME DE DESVIO OU APLICAÇÃO INDEVIDA DE RENDAS OU VERBAS PÚBLICAS.

Esse crime está tipificado no artigo 1º, inciso III do Decreto-Lei 201/67: “Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: III - desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas”.

5.1 Consumação

Em se tratando de Prefeito ou seu substituto (Vice-Prefeito, Presidente da Câmara de Vereadores, ou qualquer outro membro da respectiva mesa do legislativo que houver assumido o cargo, substituindo ou sucedendo o Prefeito), o Decreto-lei nº 201/67, além de outros crimes funcionais, equiparou a utilização irregular dos bens, rendas ou serviços públicos à apropriação e o desvio de bens e rendas públicas, cominando-lhe pena de 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão, o que acaba por demonstrar a gravidade da conduta.

O artigo 315 do Código Penal assim dispõe: “Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.”

O Decreto Lei 201/67, artigo 1º § III, prevalece sobre a norma do Código Penal (princípio da especialidade). Consuma-se o delito com a efetiva aplicação irregular das verbas ou rendas em finalidade outra que não a especificada em lei.

O artigo 312, § 3.º dispõe que, no peculato culposo, a reparação do dano seja causa de extinção de punibilidade, se ocorrer antes do trânsito em julgado

da sentença ou do acórdão condenatório. Se a reparação se concretizar após a sentença condenatória e atingir a imutabilidade, a pena é reduzida pela metade.

5.2 Perda do cargo ou inabilitação em caso de condenação definitiva.

A condenação do administrador público, pela prática de crime funcional, poderá acarretar a perda do cargo, da função pública ou do mandato eletivo, como consta no artigo 92 do Código Penal:

São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (...).

Parágrafo único. Os efeitos de que tratam este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.(grifamos)

Sobre a perda de cargo e função pública, tem a natureza administrativa e a perda de mandato eletivo, natureza política.

Conforme o parágrafo único do art. 92 do CP, os efeitos administrativos da condenação não são decorrência automática da sentença condenatória por crime funcional, devendo ater-se aos casos em que, pela

extensão de sua gravidade, se torne absolutamente incompatível a permanência do agente na função pública ou casos de reiteração na prática de ilícitos da mesma natureza.

Com a Constituição Federal de 1988, mais precisamente em face do disposto no seu artigo 15, inciso III, a perda do mandato eletivo já não mais se submete às regras do Código Penal, sendo consequência de toda e qualquer condenação criminal transitada em julgado, mesmo que não declarada expressamente na sentença. Independe, ainda, da natureza do crime, da qualidade e *quantum* da pena efetivamente imposta. Nem mesmo o fato de ter sido o agente, eventualmente, beneficiado com a suspensão condicional da pena impede a perda do mandato eletivo.

5.3 Julgamento dos Crimes de Improbidade Administrativa

O administrador público deve se guiar sempre pelo bem comum, utilizando para isso o exercício de suas competências de forma imparcial e transparente, adotando critérios legais e morais para possibilitar a realização dos fins que cabe ao Estado alcançar.

Segundo Emerson Garcia⁷⁷, a atividade estatal deve ser guiada por parâmetros de economia e de probidade na gestão dos recursos públicos, agindo de forma adequada e utilizando de maneira correta os meios materiais que estiverem ao seu dispor, direcionando assim à busca não apenas de um bom resultado mas do melhor que se possa obter.

⁷⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 57-58.

Ainda segundo os autores, para que o administrador público esteja sujeito às penalidades da Lei de Improbidade Administrativa, nestes casos, é necessário que o ato tenha sido praticado contra o patrimônio e que dele decorra dano cuja sanção patrimonial é limitada à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.⁷⁸

Algumas decisões sobre improbidade administrativa:

Improbidade administrativa (Constituição, art. 37, § 4º, Cód. Civil, arts. 159 e 1.518, Leis nºs 7.347/85 e 8.429/92). Inquérito civil, ação cautelar inominada e ação civil pública. Foro por prerrogativa de função (membro de TRT). Competência. Reclamação.

1. Segundo disposições constitucional, legal e regimental, cabe a reclamação da parte interessada para preservar a competência do STJ.

2. Competência não se presume (Maximiliano, Hermenêutica, 265), é indisponível e típica (Canotilho, in REsp-28.848, DJ de 02.08.93).

Admite-se, porém, competência por força de compreensão, ou por interpretação lógico-extensiva.

3. Conquanto caiba ao STJ processar e julgar, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho (Constituição, art. 105, I, a), não lhe compete, porém, explicitamente, processá-los e julgá-los por atos de improbidade administrativa. Implicitamente, sequer, admite-se tal competência, porquanto, aqui, trata-se de ação civil, em virtude de investigação de natureza civil. Competência, portanto, de juiz de primeiro grau.

4. De lege ferenda [sic], impõe-se a urgente revisão das competências jurisdicionais.

⁷⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Ibidem*, p. 212-213.

5. *À míngua de competência explícita e expressa do STJ, a Corte Especial, por maioria de votos, julgou improcedente a reclamação.*⁷⁹

O artigo 20 da Lei 8.429/92 prevê: "Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória."⁸⁰

O parágrafo único, que trata do afastamento, diz:

*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.*⁸¹

Numa decisão, o Superior Tribunal de Justiça definiu o afastamento do agente público sob o fundamento de que *"só há de ser aplicado em situação excepcional, isto é, quando, mediante fatos incontroversos, existir prova suficiente de que o agente público ou a autoridade administrativa está provocando sérias dificuldades para a instrução processual."*⁸²

Djalma Pinto⁸³o têm o seguinte entendimento:

A exigência de coisa julgada significa nada mais do que o descrédito aos julgamentos anteriores, dando assim mais confiabilidade às alegações dos

⁷⁹ SUPERIOR Tribunal de Justiça. Reclamação n.º 591-0/SP. Délvio Buffulin e Juízo Federal da 12.^a Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Nilson Naves. 01 dez. 1999. *Diário de Justiça*, Brasília, p. 00112, 15 mai. 2000.

⁸⁰ CONSTITUIÇÃO Federal.

⁸¹ Idem Ibidem

⁸² AGRAVO Regimental na Medida Cautelar n.º 3048/BA, in DJU, 06.11.00, pág. 192

acusados do que aos veredictos de juízes e tribunais, cujas decisões são acatadas pelos recursos previstos nas normas processuais. O absurdo maior, porém, reside em que, no ambiente social em que é vivenciada essa presunção, a marginalidade em todos os níveis prolifera de forma assustadora. Ninguém confia em ninguém.

Segundo Kiyoshi Harada⁸⁴, sobre a possibilidade do afastamento do governante antes de transitada em julgado a sentença condenatória:

[...] o afastamento liminar violaria o princípio da independência e harmonia dos Poderes. A perda da função pública ou a suspensão dos direitos políticos só podem ocorrer com o trânsito em julgado da decisão judicial condenatória. Lei alguma confere ao juiz singular o poder de afastar, liminarmente, o governante eleito de suas atribuições normais, porque isso, além de gerar insegurança jurídica, afrontaria o princípio federativo apontado. Quando um governante perder a legitimidade do mandato, por atentar contra a probidade na administração, cabe à Casa Legislativa, depositária da vontade popular, cassar o mandato outorgado pelo povo.

Conforme texto publicado sobre uma decisão do Supremo Tribunal Federal, do julgamento de uma reclamação do governo Fernando Henrique Cardoso, condenando o ministro Ronaldo Sardenberg à suspensão dos direitos políticos por oito anos e ressarcimento das despesas e multa de R\$ 20 mil, nos valores da época, por ter utilizado jatinhos da Força Aérea Brasileira (FAB) em viagens de turismo: “o agente político não poderá ser processado pela lei de improbidade administrativa, somente por crime de responsabilidade, garantindo a ele foro especial”⁸⁵.

Considerando os atos de improbidade administrativa, da Lei nº 8.429, de 02 de Junho de 1992:

⁸³ PINTO, Djalma. Direito Eleitoral – Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal. São Paulo: Atlas, 2003, p. 313

⁸⁴ HARADA, Kiyoshi. Ato de improbidade administrativa. Jus Navigandi, a. 4, n. 41, mai. 2000

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 cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Considerando os crimes de responsabilidade, na Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950:

Art. 1º São crimes de responsabilidade os que esta lei especifica.

Art. 2º Os crimes definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República.

Chega-se a conclusão que os atos de improbidade administrativa são crimes de responsabilidade, mas elas têm características e finalidades absolutamente distintas.

Segundo Marino Pazzaglini Filho⁸⁶:

⁸⁵ Valor Econômico Data: 20/01/2006

⁸⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas - São Paulo: Atlas: 2002 - pg. 23.

[...] o conceito de agente público é maior do que o geralmente adotado em outros institutos do Direito Público. (...) Assim, classifica-se os agentes públicos em quatro categorias:

a) agentes políticos; b) agentes autônomos; c) servidores públicos; e d) particulares em colaboração com o Poder Público.

Segundo Waldo Fazzio Junior⁸⁷, deve-se questionar o motivo de um Juiz de primeiro grau julgar a ação civil contra um executivo municipal que cometeu atos de improbidade. Em suas palavras: “se este for condenado em primeira instância, poderá recorrer ao Tribunal de Justiça, cumprindo-se a garantia processual do duplo grau de jurisdição”.

Sobre isso, cabe aqui mencionar o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça neste precedente:

*(...) 3. Conquanto caiba ao STJ processar e julgar, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho (Constituição, art. 105, I, a), não lhe compete, porém, explicitamente, processá-los e julgá-los por atos de improbidade administrativa. Implicitamente, sequer, admite-se tal competência, porquanto, aqui, trata-se de ação civil, em virtude de investigação de natureza civil. Competência, portanto, de juiz de primeiro grau (...)*⁸⁸

Analisando as informações, nota-se que seria uma inobservância de princípio básico de hermenêutica jurídica, afirmar de forma simplória que todo ato de improbidade é crime de responsabilidade e que agentes políticos somente se sujeitam à lei mais antiga, de crime de responsabilidade, de julgamento político, não

⁸⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa e crimes de prefeitos: de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal. 2 ed. São Paulo: Atlas: 2001 - pg. 34

⁸⁸ RCL 591/SP - Rel. Min. Nilson Naves - DJ 15/05/2000 - PG 00112

sendo passíveis do processo judicial cível criado pela lei de improbidade administrativa.

6 A PENA DE PRISÃO NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO

Os administradores públicos são, antes de mais nada, cidadãos da sociedade. Em sendo assim, têm o direito de defesa e de provar sua inocência, quando acusado de algum crime. Porém, a partir do momento em que se prova sua culpa, é preciso haver penas cabíveis a cada caso.

Todo advogado criminal defende a liberdade individual do indivíduo, cumprindo a este, resguarda-la, seja em face de uma prisão arbitrária e executada sem qualquer base em normas do direito positivo, seja diante de uma prisão legal, mas que se traduza num abuso de poder.

Assim sendo, a liberdade individual se refere aos direitos humanos, então é de suma importância provar os crimes cometidos para que as penas possam ser adequadas.

A pena exerce duas funções, que é a preventiva e a retributiva. A preventiva pode ser geral e individual. A individual impede que quem cometeu o crime incorra novamente no delito. Pode ser pena de morte, pena de prisão ou pena de multa. A preventiva geral faz com que os indivíduos mirem nos padecimentos do condenado e assim, são dissuadidos de cometer mais delitos, por temor ao castigo. A prevenção geral é mais eficiente se houver a certeza de punição.⁸⁹

A função retributiva faz com que o delinquente pague por seus delitos nas mesmas proporções do sofrimento causado à vítima. A essência dessa função é a vingança. Esse tipo de pena era muito comum em sociedades primitivas,

⁸⁹ OLIVEIRA, Vinícius de. Pena e vingança. Jus Navigandi, Teresina, a. 10, n. 924, 13 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7802>>. Acesso em: 01/06/2006.

onde existiam conflitos sangrentos intermináveis, cheios de represálias, expondo a sociedade ao caos e à destruição, até que um sacrifício público da vítima saciava todo o ódio e o desejo de vingança, trazendo a paz, pelo menos provisoriamente.

A vingança privada foi abolida com vistas na experiência histórica, dando lugar à vingança pública, que ficou conhecida como pena. Assim sendo, a função retributiva é menos valorosa que a função preventiva, a não ser que ela também exerça uma função preventiva, que é a de prevenir a avanço das vinganças.

Se a essência da função retributiva é a vingança, então ela é injurídica, pois o Direito não pode tutelar a imoralidade.

Assim, algumas penas que se revestem apenas do caráter retributivo não dão a punição ideal para alguns casos, como o de crimes contra a Administração Pública, ou os chamados “crimes do colarinho branco”.

Alguns crimes que são praticados por funcionários públicos, ou administradores públicos são:

- peculato,
- concussão,
- excesso de exação,
- corrupção ativa e passiva,
- facilitação de contrabando ou descaminho,
- prevaricação,
- condescendência criminoso,
- advocacia administrativa.

O peculato e a corrupção ativa e passiva são atos de improbidade administrativa, estando sujeitos à inúmeras sanções.

Na Lei de Improbidade está determinado que, por mandamento constitucional, a perda dos direitos políticos e da função pública para aqueles que forem culpados dos delitos, garantindo assim a prevenção individual.

Em se afastando aquele que cometeu ato de improbidade, do cargo que ocupava, ficará ele impossibilitado de cometer tal crime novamente, visto que se encontrará separado do local onde praticou.

Então, deve o administrador público restituir as vantagens havidas para ressarcir os cofres públicos. O pagamento da multa com o intuito de ressarcimento e a perda do mandato e do cargo, utilizando assim a função de prevenção geral, que fará com que o administrador pense melhor antes de cometer o delito.

Uma pena privativa de liberdade, nesses casos, poderia servir como prevenção individual, pois uma pessoa que é capaz de cometer atos de improbidade administrativa, pode muito bem cometer delitos contra particulares.

Assim, a punição utilizando a Lei de Improbidade Administrativa pode garantir a prevenção individual, pois atua na consciência daquele que cometeu o delito, que cada ato de improbidade tomado por ele, terá uma eficiente e certa ação repressiva do Estado.

6.1 Conceito de Delito contra a Administração Pública

Como já foi visto, Administração Pública é toda atividade do Estado e das outras entidades públicas. Esse termo abrange o seu sentido estrito, técnico, como também seus vários aspectos, como a atividade legislativa e judiciária.

Assim, pode-se afirmar que os delitos que são praticados contra a Administração Pública, são aqueles praticados contra a atividade funcional do Estado, menos aqueles que atentam contra a vida do Estado na sua noção unitária, sendo que nesses casos, a legislação atribui como crimes contra a segurança nacional.⁹⁰

⁹⁰ Lei n. 7.170, de 14/12/83

O Código Penal têm penas para cada caso de delito praticado contra o erário, tudo conforme disciplinado no Título XI – Dos Crimes contra a Administração Pública.

Assim sendo, percebe-se que o Código Penal tem um grande arsenal de penas cabíveis em cada caso, para a punição dos que cometem delito contra a Administração Pública. É preciso fazer um levantamento para saber se esses delinquentes são punidos e de que forma.

6.2 Conceito de Agente Público

O artigo 2º da Lei 8.429/92 disciplina que agente público é aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou mesmo sem remuneração, seja por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas instituições mencionadas no art. 1º.

No art. 3º diz que essas disposições 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”.

Segundo Francesco Antolisei⁹¹ *“l’interesse statale alla probità, alla riservatezza, all’imparzialità, alla fedeltà, alla disciplina, ecc. delle persone che esplicano attribuzioni di interesse pubblico; l’interesse Administração Pública un svolgimento ordinato, decoroso ed efficace dell’attività funzionale delle persone anzidette.”*

⁹¹ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale - parte speciale II*. Sesta edizione aggiornata a cura di Luigi Conti. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1972, p. 668-669

A prática de atos dessa natureza, de crimes contra a Administração Pública, precisa regular o funcionamento dos serviços, o prestígio e a imagem dos entes públicos, para que haja o objeto da proteção da norma.

Quem pratica atos de improbidade administrativa está indo contra os princípios que regem a administração consagrados pela Constituição Federal. Esses delitos causam danos ao erário e os administradores têm a obrigação de indenizar os cofres públicos, conforme descrito por Romeu de Almeida Salles Jr.⁹²:

Nisso, o Código Penal prevê os efeitos da condenação, conforme o artigo 91: tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, inciso I: a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé, dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito, e do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (inc. II, alíneas a e b). A perda em favor da União dos instrumentos e produtos do crime constitui medida de política criminal para impedir que instrumentos idôneos para delinquir caiam em mãos de certos sujeitos e que o produto do crime enriqueça o patrimônio do delinqüente.

O art. 91 e 92 do Código Penal preleciona acerca dos efeitos da condenação do agente infrator, sob a ótica penal, civil, administrativa, política e penal.

⁹² SALLES JR., Romeu de Almeida. *Código penal interpretado*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 200-201

6.3 Corrupção Ativa e Passiva

Um crime de corrupção passiva, que está no art. 317 do Código Penal, é considerado um crime próprio. Se a pena privativa de liberdade for igual ou superior a um ano, acontecerá a perda do cargo e será declarada motivadamente na sentença condenatória.⁹³

A demissão ou a destituição do cargo é uma forma de penalidade disciplinar⁹⁴. Se forem magistrados, a perda do cargo em processo administrativo pode ser por deliberação do tribunal a que estiver vinculado.⁹⁵ Os membros do Ministério Público só podem perder o cargo por sentença judicial transitada em julgado.⁹⁶

A responsabilidade do Presidente da República é objeto dos arts. 85 e 86 da Constituição Federal, enquanto as sanções contra as infrações cometidas por Deputados e Senadores estão alinhavadas no dorso do artigo 55 da Constituição Federal.

Num julgamento no qual figurou o nobre Relator, Desembargador Juiz Eustáquio Nunes da Silveira⁹⁷, assim restou discorrido:

Administrativo. Ato de improbidade. Membro do Tribunal de Contas da União. Perda do cargo. Lei n. 8.429/92. Competência.

1 Os membros do Poder Judiciário, após a vitaliciedade, podem perder o cargo em duas hipóteses: por sentença judicial transitada em julgado, quando de crime se tratar, e por decisão do seu próprio tribunal (art. 95, I, CF e art. 27, LOMAN).

⁹³ art. 92, I, a, do Código Penal

⁹⁴ Arts. 132, 135 e 136 da Lei n. 8.112/90

⁹⁵ Art. 95 da Constituição Federal

⁹⁶ art. 128, I, a, da Constituição Federal

⁹⁷ Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível n. 95.01.11616-6/DF, 4ª Turma, DJ de 30/11/95. p. 082941.

2. Os integrantes do Tribunal de Contas, por atos de improbidade, por importarem sanção administrativa que chega à perda do cargo, devem ser julgados pelo próprio Tribunal, de acordo com o disposto na LC n. 35/79.

3 *Improvemento do apelo do Ministério Público Federal e, de ofício, reconhecida a incompetência da Justiça Federal.*

Em outra decisão, figurando como Relator o ilustre Desembargador Olindo Menezes⁹⁸, assim restou solidificado:

Administrativo e Processual Civil. Ação ordinária por ato de improbidade. Membro do Tribunal de Contas da União. Competência. Embargos infringentes, prevalência parcial da divergência.

1 *A divergência que constitui objeto dos embargos infringentes pode ser acolhida totalmente, com a prevalência do voto-vencido, ou parcialmente, quando o recorrente pede menos do que poderia fazê-lo, ou mesmo quando, assim não procedente, recebe menos do que fora deferido naquele voto.*

2 *A ação indenizatória por ato de improbidade, nos termos da Lei n. 8.429/92, envolvendo alegados danos ao patrimônio da União (litisconsorte necessária), deve ser processada e julgada na Justiça Federal, ainda que no pólo passivo figure membro do Tribunal de Contas da União.*

3 *Embora o membro daquela Corte tenha as prerrogativas dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (art. 73, §3º, CF), e foro criminal privativo perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, c - idem), isso não impede que o respondam a ações cíveis em primeira instância.*

4 *Contendo a inicial, entre os seus pedidos, alguns que não se insiram na competência do Juiz Federal (perda do cargo e suspensão de direitos políticos de membro do TCU), pode o magistrado deles não conhecer e processar os demais, desde que autônomos, levando o processo ao seu*

⁹⁸ Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Embargos Infringentes na Apelação Cível n. 95.01.06440-9/DF.. 2ª Seção, DJ em 15/12/97. p. 109514.

termo natural, pois a sentença pode, ao acolher o pedido, dar menos do que almejava a parte.

5 Conhecimento de parte do voto. Fixação da competência da Justiça Federal²².

Já na corrupção ativa, do art. 333 do Código Penal, diz que é um delito comum, se for praticado por agente público. Se ocorrer a pena de restrição de liberdade e esta for superior a quatro anos, o agente que cometer o delito perderá a função pública.⁹⁹ O efeito deve ser motivadamente declarado na sentença.¹⁰⁰ Se o agente que cometer o delito for pessoa comum, a Administração pode proibir que ele contrate com órgãos públicos e receba incentivos fiscais, e aplicar-lhe multa civil, após processo administrativo regular. No mais, a questão é para o juízo criminal. Mesmo o seqüestro de bens é matéria desse juízo.¹⁰¹ A ressalva é para o seqüestro de bens suficientes para cobrir a reparação do dano.¹⁰²

Em sua outra decisão, com a presença do Relator, Desembargador Tourinho Filho¹⁰³:

A Lei n. 8.429, de 1992, estabeleceu que, enquanto não for apreciada e decidida a ação relativa à prática dos atos de improbidade, fiquem os bens do agente público indisponíveis, sendo que a indisponibilidade dos bens far-se-á mediante seqüestro, medida esta que, na verdade, em essência, constitui arresto, em razão de incidir sobre tantos bens do devedor quantos bastem para assegurar a execução da sentença que vier a ser proferida na ação principal, se reconhecido o direito do credor

⁹⁹ Art. 92, I, *a*, do Código Penal

¹⁰⁰ Art. 92, parágrafo único, do Código Penal

¹⁰¹ Art. 125 e ss do Código de Processo Penal

¹⁰² Art. 16, §1º, da Lei n. 8.429/92

¹⁰³ Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Mandado de Segurança n. 0132951-6/DF, 2ª Turma. Unânime. DJ de 10/04/95. p. 020.073.

Percebe-se que a corrupção passiva é o solicitar e a corrupção ativa é dar. Assim, o motivo pelo qual o funcionário público solicita uma vantagem indevida não interfere na responsabilidade penal tanto do corruptor como do funcionário público. Assim, se o funcionário público solicita a vantagem e há o pagamento da vantagem indevida, haverá essas duas figuras típicas descritas.

Segundo o Relator Acácio Rebouças¹⁰⁴, “A existência de um crime de corrupção passiva não importa, necessariamente, na existência de outro de corrupção ativa”.

Segundo o Relator Cunha Camargo¹⁰⁵

*Corrupção ativa. Delito não configurado pressão exercida por policiais sobre o acusado para a entrega de dinheiro
Condenação destes pela prática de concussão, por tal fato, na
Justiça Militar Absolvição, conseqüentemente daquele
Inteligência do art. 333 do CP. São impossíveis os crimes
de corrupção ativa praticado pelo particular e o de concussão
cometido pela autoridade pública.*

6.4 Vantagem indevida, pecuniária ou outra

Os funcionários públicos ou governantes que obtenham vantagens de natureza material tais como dinheiro ou bens, e outras vantagens tais como vantagem moral ou sexual, estarão tendo uma vantagem indevida. Assim, parece que toda e qualquer vantagem pecuniária e não-pecuniária, seja tangível ou intangível, é abrangida por este termo.

¹⁰⁴ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *in* Revista dos Tribunais 395, p. 93

¹⁰⁵ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *in* Revista dos Tribunais 572, p. 324

A vantagem indevida relativo à corrupção, tem conotação econômica, seja pecuniária ou não, não significando que tenha sido refutada, pelos tribunais, a possibilidade de que a vantagem indevida seja de outra natureza.

O Relator Desembargador, Luiz Felipe Magalhães¹⁰⁶, em determinado julgado assim exarou:

Corrupção ativa e passiva. Vantagem indevida oferecida a Conselheiro Tutelar, consistente no empréstimo de automóvel para utilização particular, a fim de que omitisse ato de ofício e infringisse o dever funcional, deixando de registrar perante o órgão os atendimentos a duas crianças e à mãe destas, respectivamente, netos e filha do extraneus. Corrupção ativa abundantemente comprovada. Demonstrado, à saciedade, o recebimento de proveitos indevidos, em razão da função, para permanecer inerte na comunicação de seus atos ao Conselho Tutelar, infringindo dever funcional.

Então, o recebimento de proveitos para obter vantagens indevidas, infringe diretamente o dever funcional.

7 QUEM ESTÁ SUJEITO AO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

¹⁰⁶ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul *in* Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, vol. 2, tomo 11, p. 189

Conforme escólios alinhavados no corpo do artigo 1º da Lei de Improbidade, infere-se que os Autos de Improbidade poderão ser praticados por qualquer agente público, servidor ou não.

Pela Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 2002, o ato de improbidade deve ser necessariamente praticado por um agente público, conforme o art. 2º.

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.

A Lei de Improbidade pode ser estendido aos agentes que, apesar de um contato íntimo com o Poder Público, principalmente com recursos dele oriundos, não podem ser considerados servidores ou funcionários públicos à luz da prática legislativa e da doutrina até então formadas, conforme descrito no artigo 3º da Lei supra.

7.1 Sujeitos do crime

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, independente de condição ou qualidade pessoal. Nada impede que o sujeito ativo também seja funcionário público, desde que não aja como tal, isto é, no exercício de suas funções ou em razão delas. Na verdade, o funcionário público, agindo como particular, pode efetivamente funcionar como sujeito ativo do crime de corrupção ativa, em relação a outro funcionário.

Segundo Damásio Evangelista de Jesus, procura-se a proteção do prestígio e da normalidade do funcionamento da Administração Pública, pois a

“atividade governamental tem sentido dirigido ao bem coletivo, pelo que a regularidade administrativa é uma de suas missões. Daí a punição a quem corrompe ou procura corromper o funcionário público [...]”.¹⁰⁷

Reporta ainda que o caso é de exceção pluralista ao princípio unitário que norteia o concurso de agentes, e, continua:

*[...]O legislador brasileiro, para que uma infração não fique na dependência da outra, podendo punir separadamente dois sujeitos, ou um só, descreveu dois delitos de corrupção: passiva (do funcionário – art. 317 do Código Penal) e ativa (do terceiro – art. 333 do Código Penal). [...] Ao contrário do que se afirma, há concurso de agentes entre corruptor e corrupto. Só que o legislador, ao invés de adotar o princípio unitário, resolveu aplicar o pluralista: um delito para cada autor.*¹⁰⁸

Na concepção de Cezar Roberto Bitencourt¹⁰⁹, não há concurso eventual de pessoas entre corruptor e corrompido, uma vez que, por exceção à teoria monística da ação, cada um responde por crime distinto. Deixa-se claro que não se trata de crime de concurso necessário, isto é, a bilateralidade não é indispensável à configuração da figura de corrupção, sendo possível que tanto sua forma ativa quanto a passiva se apresente unilateralmente, nada impedindo que ambas ocorram simultaneamente.

Sujeito passivo é o Estado-Administração (União, Estado, Distrito Federal e Município). Convém destacar que, embora o funcionário público estritamente considerado ou o assemelhado seja o destinatário da ação do sujeito ativo, não figura como sujeito passivo deste tipo penal, por isso se tem afirmado que aqui não incide o alcance da norma contida no art. 327 e § 1º, que só tem aplicação quando o sujeito ativo reveste-se da qualidade de funcionário público.

¹⁰⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal. Parte especial. V. 4. São Paulo, Saraiva, 1992. P. 199.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Op. Cit.

7.2 Sujeito Passivo: Subvenção, Benefício ou Incentivo, Fiscal ou Creditício

Existem algumas entidades que recebem benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, com volumes de subsídios variáveis entre elas. Esse tipo de entidade pode ser igualmente atingidas pelos atos de improbidade.

No parágrafo único do artigo 1º, percebe-se a necessidade de proteção ao erário, incluindo as entidades beneficentes ganham isenções fiscais ou participam de qualquer programa governamental que importe no repasse de subvenções.

No art. 10, VI, da Lei 8.429/92, está disposto que aquelas entidades que figurem como donatárias de áreas públicas para a construção de parque industrial também são atingidas pela Lei se, conforme descrito a seguir: “realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea”.

Assim sendo, pela Lei 8.429/92, esses benefícios incentivos e subvenções não devem ser concedidos em caráter genérico mas deverá ser associado à consecução de determinado fim, cuja individualização deve resultar clara pelas circunstâncias de sua concessão.

Se não forem seguidas essas providências e tendo causado dano ao patrimônio público, será possível exigir a responsabilidade do agente que cometeu o delito, conforme dispõe claro no art. 10, X, da Lei nº 8.429/92: *"agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público"*.

7.2.1 Sujeito Passivo: Terceiro Setor

Qualquer empresa que tenha recebido recursos públicos, também pode ser atingida pelos atos de improbidade administrativa. O terceiro setor é um exemplo desses tipos de empresas, que é formado pelas organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público.

O regime das organizações sociais se assemelham aos das organizações da sociedade civil de interesse público, pois ambas integram o terceiro setor, que devem executar serviços públicos e manter-se em estrita harmonia com o pacto celebrado com o Poder Público, isto sem contar a necessária publicidade de seus atos e a sujeição a rigorosos mecanismos de controle.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho¹¹⁰, um deles é a participação de agentes do poder público na estrutura desta entidade:

[...] enquanto é ela exigida nos Conselhos de Administração das organizações sociais, não há esse tipo de ingerência nas organizações da sociedade civil de interesse público. Outro aspecto é a formalização da parceria: com aquelas entidades é celebrado contrato de gestão, ao passo que com estas é firmado termo de parceria. Enfim, nota-se que as linhas da disciplina jurídica das organizações sociais colocam-nas um pouco mais atreladas ao Poder Público do que as organizações da sociedade civil de interesse público. Ambas, porém, retratam novas formas de prestação de serviços públicos.

¹¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 7ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p. 278.

Não exercem atividade lucrativa, portanto, as organizações da sociedade civil de interesse público são normalmente contempladas com recursos públicos, viabilizando o exercício de suas atividades finais e, assim, permitirá a aplicação das normas da Lei de Improbidade.

7.2.2 – Sujeito Passivo: Entidades Custeadas pelo Erário

Os sujeitos passivos são entidades que não estão incluídas dentre as que compõem a administração indireta, e recebem investimento ou auxílio de origem pública.

Se o Poder Público ceder parte de sua arrecadação a determinadas empresas, isso se dará em razão da idéia de que a atividade que desempenham é de interesse coletivo, o que torna obrigatória a utilização do numerário recebido para esse fim.

Se o erário tiver investido mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual dessas entidades, poderá haver a incidência imediata do microssistema de combate à improbidade. Se for menos, poderá ser exigida a ocorrência de dano, pois reparação se limitará à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Exemplos desse tipo de empresa são:

- Empresas Estatais Dependentes;

- Sindicatos;
- Conselhos de Fiscalização do Exercício Profissional;
- Partidos Políticos.

8 CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA

O crime de corrupção ativa está definido no título XI (Dos crimes contra a administração pública), capítulo II (Crimes praticados por particular contra a administração em geral), artigo 333 do Código Penal, da seguinte forma, *in verbis*:

Art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

Pena – Reclusão de dois a doze anos e multa.

Parágrafo único – Se em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional, a pena deve ser aumentada de um terço.

Reporta Edmundo Oliveira¹¹¹ que o termo *corrupção* no Direito brasileiro possui dois significados, quais sejam, perversão e suborno. Perversão que dizer a indução à libertinagem, como ocorre no crime de corrupção de menores, definido no artigo 218 do Código Penal. Suborno significa pagar ou prometer algo não devido para conseguir a realização de ato de ofício. Ser corrompido significa aceitar esse benefício. Os tipos previstos são de corrupção ativa e de corrupção passiva, definidas nos arts. 333 e 317 do Código Penal, respectivamente. Segundo o mesmo autor, no idioma alemão a palavra *corrupção* se diz *verderbnis*, no primeiro sentido. No segundo, *bertechnug*. E que o castelhano fala em *corrupción*, de menores, e *cohecho*, de funcionário.

¹¹¹ OLIVEIRA, Edmundo. Crimes de corrupção. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 38.

Na concepção de Flávia Schilling¹¹²:

[...] Corrupção significa um conjunto de variadas práticas que provoca trocas entre quem detém poder decisório na política e na administração e quem detém poder econômico, tendo em vista à obtenção de vantagens ilícitas, ilegais ou ilegítimas para os indivíduos ou grupos envolvidos.

Destarte, decorrem da corrupção um enriquecimento ilícito, e simultaneamente a produção de um dano. Trata-se, assim, de crime contra a Administração Pública.

Entende-se por Administração Pública as atividades do Estado e das outras entidades públicas em sua totalidade. O termo compreende não só o seu sentido estrito da palavra, técnico, mas também os vários aspectos, como a atividade legislativa e judiciária.

De acordo com essa concepção, é possível afirmar que são delitos contra a Administração Pública todos os que atingem a atividade funcional do Estado, excluindo-se deste enquadramento os que atentam contra a vida do Estado na sua noção unitária, e que a legislação pátria trata como crimes contra a segurança nacional, dispostos na Lei n. 7.170, de 14/12/1983. Deles decorrem ou podem decorrer, apenas uma perturbação à normal atividade administrativa do Estado, sem que seja ameaçada, ainda que longinquamente, a segurança deste.

8.1 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido é a administração pública, principalmente sua moralidade e probidade administrativa, sendo protegida a probidade da função pública, sua respeitabilidade, assim como a integridade de seus funcionários.

¹¹² SCHILLING, Flávia. Corrupção: ilegalidade intolerável. Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992). São Paulo: IBCCrim, 1999. p. 15.

A função da norma penal e, por extensão, do direito penal é proteger bens jurídicos, mas, tal como ocorre com o conceito de crime, deve-se elaborar um conceito material de bem jurídico, e não puramente formal, de forma a permitir e facilitar a análise e valoração crítica dos bens jurídicos protegidos pelo legislador. E isso será mais facilmente obtido com uma concepção personalíssima do bem jurídico.

Segundo Winfried Hassemer¹¹³, numa visão antropocêntrica de mundo, os bens jurídicos coletivos ou universais somente são legítimos se servirem ao desenvolvimento pessoal do indivíduo. Enfim, o direito penal, e com ele a sanção, somente se justificam em função da proteção de bens jurídicos, que devem ser devidamente identificados e individualizados, sob pena de incorrer em puras obstruções, justificadoras de sistemas do tipo lei e ordem.

Conforme os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt¹¹⁴, o Código Penal argentino comina a pena máxima de seis anos ao crime de corrupção, ao passo que ao crime aceitação de dádiva, de muito menor gravidade, a pena máxima cominada é de dois anos. Neste crime, desaparece a idéia de compra de ato da corrupção clássica, tratando-se somente de uma liberalidade que não requer a direta referência a prática de um ato ou sua omissão. Por isso, a doutrina argentina, aprofundando a análise do tema concluiu que o bem jurídico do crime de aceitação de dádiva não é o mesmo da corrupção. O tipo delituoso de aceitação de dádiva tutela a *irreprochabilidad* e a *insospechabilidad* dos funcionários públicos, que seriam atingidas pela simples aceitação de presentes oferecidos em razão da condição de funcionários públicos. Com efeito, esse tipo penal pretende tutelar a imagem pública da Administração, sua confiabilidade, e não seu funcionamento, que seguiria inalterado.

Merece destaque ainda, o fato de que o crime de aceitação de dádiva não encontra figura típica correspondente no direito brasileiro, de sorte que a

¹¹³ HASSEMER, Winfried. Três Temas de Direito Penal. Porto Alegre, Escola Superior do Ministério Público, 1993.

¹¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Especial. V. 4. São Paulo, Saraiva, 2004.

conduta a ele correspondente é atípica. Com efeito, o bem jurídico tutelado pela proibição da corrupção, diferentemente da aceitação de dádiva, é o regular funcionamento da Administração Pública.

É indispensável uma relação entre a conduta proibida e o bem jurídico penalmente protegido. O julgamento a respeito torna imprescindível, portanto, uma referência ao conteúdo ofensivo do fato concreto, sob pena de se proceder a uma inversão tipológica, desviando a atenção de uma lesão representada pela compra de um ato, ato de ofício, para uma simples dádiva liberal do cidadão, sem qualquer contrapartida, que, constitui conduta atípica no ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt¹¹⁵, na corrupção, a vantagem deve objetivar a prática de um ato futuro e certo, e, isso deve, necessariamente, ser demonstrado com precisão, destacando tempo, local e condições, natureza e espécie do ato de ofício visado.

Nesse sentido tem decidido reiteradamente a jurisprudência, merecendo destaque, pelo menos, duas decisões, somente para ilustrar:

*O crime do art. 333 do CP consiste em oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. Se, entretanto, a omissão voluntária do ato já se tinha consumado antes da oferta da vantagem, não se pode configurar tal crime.*¹¹⁶

Nesta linha, pode-se afirmar, que pelo direito brasileiro, fica descaracterizado o crime de corrupção ativa se o pagamento efetuado ao funcionário público for posterior à prática do ato de ofício. Representará, no máximo, verdadeira concessão de dádivas, que não é tipificada como crime no direito brasileiro, como demonstrado anteriormente. A ausência de lesão do bem jurídico

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ Idem, apud STF, RHC, Rel. Xavier de Albuquerque.

tutelado, além de a concessão de dádivas constituir um *posterius*, tornam atípica tal conduta.

8.1.1 O princípio da insignificância

O tipo penal exige o acontecimento de algum ato com gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Assim, esse tipo de conduta que se amoldam a um determinado tipo penal, formal, não apresentam nenhuma relevância material. Portanto, poderá ser afastado liminarmente a tipicidade penal, pois na verdade esse bem jurídico não chegou a ser lesado.

A insignificância de uma conduta deve ser analisada principalmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida. Claus Roxim exemplifica da seguinte forma:

[...] mau trato não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas somente uma lesão relevante; uma forma delitiva de injúria é só a lesão grave a pretensão social de respeito. Como força deve ser considerada unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a anu deve ser sensível para ultrapassar o umbral da criminalidade.¹¹⁷

Finalizando, a insignificância da ofensa afasta a tipicidade. Mas essa insignificância só pode ser valorada por meio da consideração global da ordem jurídica. Segundo Raul Eugênio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli¹¹⁸, essa insignificância faz surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa, como também à norma em particular, indicando assim, que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível de se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada.

¹¹⁷ ROXIN, Claus. Política Criminal e Sistema de Direito Penal. Trad. Luiz Grecco. Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 53.

8.2 Adequação típica: Tipo objetivo

A conduta típica é o ato de oferecer ou prometer vantagem indevida a um funcionário público, para instigá-lo a praticar, omitir ou retardar algum ato de ofício. O simples oferecimento ou promessa, mesmo que indiretas, admitem vários meios de execução.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt¹¹⁹, trata-se de um tipo especial, que se compõe de elementos objetivos, subjetivos e normativos, que exige, além de dolo, um elemento subjetivo especial do injusto. Para que se configure o tipo penal, todos esses elementos devem constar no fato concretizado pelo agente. A ausência de qualquer deles afasta a tipicidade da conduta. Para uma melhor compreensão, será apresentada a decomposição analítica deste tipo penal, destacando suas elementares.

8.2.1. Oferecer vantagem indevida

A vantagem indevida constitui o objeto material da ação tipificada, representa o conteúdo da oferta, que, no conforme Edgard Magalhães Noronha, “é o preço do funcionário corrupto”¹²⁰. Como a lei preferiu não defini-la como vantagem patrimonial, ela será relevante quando for suficiente para corromper o funcionário, levando-o a “[...] praticar ou não um ato visando uma retribuição, que pode não ser econômica, sem que, nem por isso, deixe de traficar com a função”¹²⁰. Enfim, para caracterizar vantagem indevida é preciso que a ação traduza comércio da função, isto é, deve existir mercancia da função pública.

¹¹⁸ ZAFFARONI, Raul Eugênio e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Derecho Penal. Buenos Aires, Ediar, 1991.

¹¹⁹ Op. Cit.

De acordo com Edgard Magalhães Noronha¹²¹, é fundamental que a ação seja inequívoca, demonstrando, o propósito do agente. Essa inequívocidade deve, necessariamente, estar presente no caso concreto, uma vez que a dação do sujeito ativo não pode ter outro propósito que não o de comprar a prática de ato de ofício. Nos dizeres do autor:

[...] Cumpre, todavia, notar que nem toda dádiva ou presente importa corrupção. Assim, como não se compreende que alguém presenteie um magistrado com um automóvel ou uma casa de alguns milhares de cruzeiros, não se pode pensar em corrupção com uma garrafa de vinho ou uma cesta de frutas.¹²²

8.2.2. O funcionário público

O destinatário da vantagem indevida é o funcionário público. O direito penal considera funcionário público quem, embora exerça a função transitoriamente ou mesmo sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

Conforme os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

Cargo público, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei. Função é a atribuição ou conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional, ou comete

¹²⁰ NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal: Parte Especial. V. 4. São Paulo, Saraiva, 1986. p. 260.

¹²¹ Idem.

¹²² Ibidem, p. 261.

*individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais.*¹²³

O emprego público, por sua vez, é um serviço temporário, que tem um contrato em regime especial ou em conformidade com o disposto na Consolidação das Leis do Trabalho. O conceito de funcionário público fornecido pelo art. 327, *caput*, do CP se estende a toda a legislação penal extravagante.

O Código Penal, em seu art. 327, adotou a noção extensiva e deu maior elasticidade ao conceito de funcionário público. Isto é, não exige, para a caracterização de funcionário público, o exercício profissional ou permanente da função pública. Basta o indivíduo exercer, ainda que temporariamente e sem remuneração, cargo, emprego ou função pública.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt¹²⁴, não há por que fazer a distinção, para fins de aplicação do conceito extensivo de funcionário público, entre sujeito ativo e sujeito passivo do delito. Isso porque o art. 327 emite um nítido comando geral, ainda que inserido no Capítulo I do Código Penal, que deve ser aplicado a todas as hipóteses contempladas no ordenamento penal, contidas ou não no Código Penal. Deste modo, inserem-se no conceito de funcionário público todos aqueles que, embora transitoriamente e sem remuneração, possam vir a exercer cargo, emprego ou função pública. Assim, a todos aqueles que, de alguma maneira, vierem a exercê-la, tendo em vista a ampliação do conceito de funcionário público para fins penais.

A Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000, acrescentou o § 1^a ao art. 327, equiparando a funcionário público àquele que exerce o cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, nos seguintes termos: “Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.”¹²⁵

¹²³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros Editores, São Paulo, 2001.

¹²⁴ Op. cit.

¹²⁵ ANGUER, Anne Joyce, op. cit.

8.2.3 Para determiná-lo a praticar ato de ofício

A doutrina e jurisprudência brasileiras são uníssonas no mesmo sentido, reconhecendo que o fim especial exigido deve ser ato de ofício, da competência do funcionário corrompido.

Discorre Cezar Roberto Bitencourt¹²⁶, que, o crime de corrupção ativa somente se aperfeiçoa quando a promessa ou oferta de vantagem indevida tem por objetivo que funcionário público, no exercício de sua função, pratique, omita ou retarde ato de ofício. E não é, pode-se afirmar, ato de ofício o praticado contra as normas vigentes ou a sistemática habitual. Quando determinado ato pode ser realizado por qualquer do povo, à evidência, não se trata de ato de ofício. Com efeito, para a configuração do crime de corrupção ativa exige-se que o ato cuja ação ou omissão é pretendida esteja compreendido nas específicas atribuições funcionais do servidor público visado. Se o ato não é da competência do funcionário, poder-se-á identificar qualquer outro crime, mas, certamente, não o de corrupção ativa.

Não se pode caracterizar o crime sem a oferta de vantagem explícita. Para que se configure a corrupção ativa é indispensável que a oferta ou promessa sejam feitas espontaneamente pelo agente, e, ao contrário da corrupção passiva, antes da prática do ato pelo funcionário público. Se a oferta ou promessa for motivada por exigência, haverá o crime de concussão (art. 316 do CP), e não corrupção ativa.

8.3 Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo geral é o dolo, que vem a ser o desejo consciente de oferecer ou prometer vantagem indevida a um funcionário público para praticar, retardar ou omitir a prática de ato de ofício.

¹²⁶ Op. cit.

Esta infração penal exige também o elemento subjetivo especial do tipo, representado pelo especial fim de agir, isto é, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

Conforme Cezar Roberto Bitencourt,¹²⁷ o fundamento do crime é a concretização da vontade num fato externo, pois crime não é somente a vontade má, mas a vontade má concretizada, sendo o tipo subjetivo abrangente de todos os aspectos subjetivos da descrição típica de conduta proibida que produzem o tipo objetivo.

Continuando em referência ao mesmo autor, dolo é a consciência e vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal. Em outros termos, a essência do dolo deve estar na vontade não de violar a lei, mas de realizar a ação. Esse elemento volitivo deve estar presente na ação realizada pelo sujeito ativo. Mas a vontade deve abranger a ação, os meios utilizados, o resultado e o nexos causal. Todos esses elementos que integram o tipo objetivo devem ser abrangidos pelo dolo, sob pena de não se configurar o tipo subjetivo. Na verdade, a vontade de realização do tipo objetivo pressupõe a possibilidade de influir no curso causal, pois tudo o que estiver fora da possibilidade de influência concreta do agente pode ser desejado ou esperado, mas não significa querer realizá-lo. Somente pode ser objeto da norma jurídica algo que o agente possa realizar ou omitir.

Para que se configure o dolo, é necessário, ainda, a consciência daquilo que se pretende praticar, dos meios a empregar, do resultado e do nexos causal. Essa consciência deve ser atual, isto é, deve estar presente no momento da ação, quando ela está sendo realizada.

Segundo Edgard Magalhães Noronha¹²⁸, a vontade pressupõe uma previsão, isto é, a representação, na medida em que é impossível querer algo conscientemente senão o que se previu ou representou em nossa mente, pelo menos em parte.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Op. cit.

De acordo com Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt, a consciência deve abranger “a realização dos elementos descritivos e normativos, do nexo causal e do evento (delitos materiais), da lesão ao bem jurídico, dos elementos da autoria e da participação”¹²⁹. Por isso, quando o processo intelectual-volitivo não atinge um dos componentes da ação descrita na lei, o dolo não se aperfeiçoa.

8.3.1 Elemento subjetivo especial do tipo

Segundo César Roberto Bitencourt, a evolução dogmática do direito nos revela que determinado ato poderá ser justo ou injusto, dependendo da intenção com que o agente o pratica. Um comportamento pode ser justo ou injusto, segundo seu aspecto interno, isto é, de acordo com a intenção com que é praticado.

O autor exemplifica da seguinte forma:

*[...] quando o ginecologista toca a região genital da paciente com fins terapêuticos exercita, legitimamente, sua nobre profissão de médico; se o faz, no entanto, com intenções voluptuárias, sua conduta é ilícita. Outro exemplo: alguém empresta seu veículo à autoridade policial para facilitar o atendimento de uma vítima, e não para obter qualquer benefício, muito menos para exigir a prática de ato de ofício.*¹³⁰

Na concepção do autor, para que o empréstimo efetuado configurasse o elemento subjetivo especial, exigiria uma finalidade ou intenção adicional de obter um resultado posterior, a prática de ato de ofício, ou posterior

¹²⁹ PRADO, Luiz Regis e BITENCOURT, Cezar Roberto. Elementos de Direito Penal. V. 1. São Paulo, RT, 1995. P. 86.

¹³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 480.

atividade, distintos da realização do tipo penal, ou seja, exigiria um agir com ânimo de obter a prática de um ato de ofício, que não existiu.

E, conclui o autor da seguinte forma:

[...] As intenções especiais integram a estrutura subjetiva de determinados tipos penais, exigindo do autor a persecução de um objetivo compreendido no tipo. Faz parte do tipo de injusto uma finalidade transcendente, um especial fim de agir, por exemplo, para si ou para outrem (art. 157); com o fim de obter (art. 159); em proveito próprio ou alheio (art. 180) etc., ou, como diz o art. 333, "para determiná-lo a praticar... ato de ofício". Mas esse fim especial deve existir antes de o ato de ofício ter sido praticado, caso contrário não há como exigir a prática de um ato que já se tenha realizado.¹³¹

Decisivamente, sendo deficiente o dolo, tanto pela falta de representação, quanto pela falta de vontade, ou ausente o elemento subjetivo do tipo, resulta, como consequência natural, a absoluta atipicidade da conduta.

8.4 Consumação e tentativa

O crime é consumado se o funcionário tiver consciência do oferecimento ou promessa de vantagem indevida. Se se tratar de crime de mera conduta, é dispensada a existência da vantagem, pois é consumado apenas com a oferta, isto é, com o simples oferecer, ainda que a oferta não seja aceita. Pune-se, indiferentemente, quando se tratar de oferta ou promessa dirigida ao funcionário por interposta pessoa.

De acordo com Edgard Magalhães Noronha¹³², esse é o tipo de delito que se satisfaz com a possibilidade de dano real ao bem tutelado.

¹³¹ Idem. P. 481.

¹³² Op. cit.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt¹³³, a tentativa é admissível apenas na hipótese de oferta escrita.

8.5 Classificação doutrinária

Trata-se de crime comum, formal, instantâneo, unissubjetivo, de forma livre e comissivo. O crime de corrupção ativa é de natureza formal, ocorrendo a lesão ao bem jurídico tutelado, o interesse da Administração, tão-somente com a oferta ou promessa de vantagem indevida a funcionário público para que este pratique, retarde ou omita ato de ofício.

8.6 Figura majorada

Segundo Cezar Roberto Bitencourt¹³⁴, em razão de vantagem ou promessa, um funcionário pode retardar ou omitir ato de ofício, ou mesmo praticá-lo, infringindo dever funcional. Entretanto, se o funcionário pratica ato de ofício de natureza legal, não incide na forma qualificada, e sim no caput do art. 333 do CP.

8.7 Questões especiais

Tratando-se de corrupção ativa, para efeitos de reabilitação, não é exigível a obrigação de reparar o dano, pois tal ônus incumbe diretamente ao funcionário corrupto causador do prejuízo à Administração Pública, e não ao agente corruptor.

O caput admite a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente cominada, igual a um ano¹³⁵.

¹³³ Op.cit.

¹³⁴ Op. cit.

8.8 Pena e ação penal

As penas cominadas, cumulativamente, são reclusão, de dois a doze anos, e multa. O parágrafo único prevê a mesma pena, majorada em um terço. A ação penal é pública incondicionada.

8.8.1. Elevação da pena de prisão

A partir de 13 de novembro de 2003, a pena privativa de liberdade foi elevada para dois a doze anos de reclusão (Lei n. 10.763/03), mantida, cumulativamente, a de multa. Essa pena, como sempre, é irretroativa, sendo aplicável somente aos fatos praticados após a sua vigência. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt¹³⁶, repete-se o equívoco político-legislativo contido na infração similar do art. 317, qual seja, o exagerado distanciamento entre o mínimo e o máximo, deixando margem muito grande ao poder discricionário do julgador na dosagem de pena.

9. CRIME DE DANO CONTRA O PATRIMÔNIO PÚBLICO

9.1 Dano: Breve histórico

A tutela penal do dano, remonta à Antiguidade, quando era considerado crime privado (*damnum injuria datum*). De acordo com Heleno Cláudio Fragoso¹³⁷, era previsto na Lei de Aquilia e na Lei das XII Tábuas. O objeto material do crime de dano, em Roma, limitava-se às coisas imóveis, salvo o dano produzido em animais, que já era punido desde a Lei das XII Tábuas. A particularidade

¹³⁵ Ver o art. 6^a, n. 2, da Lei n. 1.079/50 (crimes de sonegação fiscal); art. 299 da Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral).

¹³⁶ Op. cit.

¹³⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, Parte Especial. V. 1. Rio de Janeiro. Forense, 1995. P. 395.

especial é que o crime de dano era punido tanto a título de dolo quanto de culpa. Esses critérios foram mais ou menos mantidos no direito intermédio.

O reconhecimento do crime de dano sem distinção tanto para bens imóveis quanto para bens móveis já é resultado da modernidade, que afastou também o princípio aquiliano, que para esse crime não fazia distinção entre dolo e culpa. A partir de então, o dano culposo restou relegado para a trajetória do ilícito civil, onde deverá encontrar a reparação adequada. Segundo Nelson Hungria¹³⁸, o dano foi igualmente “separado dos crimes de perigo extensivo, deixando estes o quadro dos crimes patrimoniais, para constituírem uma classe autônoma, sob a rubrica especial de ‘crimes de perigo comum’ ou ‘crimes contra a incolumidade pública’”.

Conforme os ensinamentos de Heleno Cláudio Fragoso, nas Ordenações Filipinas o dano integrava vários títulos esparsos no Livro V, criminalizando ações relativas ao corte de árvores e à morte de animais. O Código Criminal do Império (1830) disciplinou o crime de dano, fazendo distinção entre aquele praticado contra bens públicos e o cometido contra bens particulares. Equiparou, equivocadamente, ao crime de dano à alteração de limites e o esbulho possessório. O Código Penal de 1890 (republicano) contemplou o dano em diversos dispositivos e, a exemplo do diploma anterior, manteve a distinção entre o dano contra bens públicos e particulares, além de também considerar dano a alteração de limites e a usurpação de águas.

Por fim, o Código Penal de 1940, cuja Parte Especial ainda se encontra em vigor, com técnica superior, afastou os equívocos cometidos em razão da semelhança do dano com outras figuras penais. No diploma vigente o dano é classificado nas seguintes espécies: dano simples (art. 163); dano qualificado (art. 163, parágrafo único); introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (art. 164); dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico (art. 165); alteração de local especialmente protegido (art. 166).

¹³⁸ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. V. 7. Rio de Janeiro. Forense, 1981. P. 102.

9.2 Bem jurídico tutelado

O crime de dano está previsto no artigo 163 do Código penal¹³⁹, restando disciplinado que quem destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia sofrerá as sanções cabíveis.

O bem jurídico tutelado é o patrimônio, público ou privado, tanto sob o aspecto da posse quanto da propriedade. Nesta previsão legal, ao contrário da maioria das infrações contra o patrimônio, não existe o *animus lucrandi*, que apenas eventual e excepcionalmente pode existir, desde que seja indireto ou mediato.

O elemento normativo alheia contido no tipo penal significa tanto a coisa que pertence a outrem como a que se encontra na posse de terceiro.

O objetivo da norma é preservar a integridade e a integralidade dos bens ou interesses para o proprietário ou possuidor, abrangendo não apenas o valor substancial como também a utilidade que possam ter para estes (que não deixa de ser valor).

Segundo Cezar Roberto Bitencourt¹⁴⁰:

[...] o objeto material do crime de dano é coisa alheia, móvel ou imóvel e corpórea. Corpórea, pois somente esta pode ser fisicamente danificada; deve ser alheia, pois, tratando-se de patrimônio, tem natureza de bem disponível, e dele o proprietário pode dispor, usar e gozar; ademais, a res nullius e a res derelicta não podem ser objeto do crime de dano.

9.3 Sujeitos ativo e passivo

¹³⁹ ANGUER, Anne Joyce. Vade Mecum: Acadêmico de Direito. Ed. Rideel, 2005.

¹⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Especial. V. 3. São Paulo, Saraiva, 2003. P. 193.

De acordo com Heleno Cláudio Fragoso¹⁴¹, sujeito ativo pode ser uma pessoa qualquer, sem qualquer condição especial. O proprietário da coisa, móvel ou imóvel, como regra, não pode ser sujeito ativo do crime de dano¹⁴², mesmo que esta se encontre legitimamente em poder de terceiro (locatário, comodatário, depositário etc.). O tipo penal em exame pune o dano produzido sobre coisa alheia e coisa própria, evidentemente, não pode ser considerada alheia. O possuidor, por sua vez, pode ser sujeito ativo do crime de dano, deteriorando, inutilizando ou destruindo a propriedade de terceiro, que mantém sua posse indireta.

O titular da “nua propriedade” ou do “domínio direto”, no entanto, poderá ser sujeito ativo do crime de dano contra o usufrutuário ou enfiteuta. O condômino igualmente pode ser sujeito ativo do dano que destrói, inutiliza ou deteriora a coisa comum, exceto se tratar-se de coisa fungível e não ultrapassar a quota a que tem direito, a exemplo do que ocorre com o furto de coisa comum.

Sujeito passivo, normalmente, é o proprietário, mas não está excluído o possuidor da coisa como pr exemplo, nos casos de aquisições com alienações fiduciárias, reservas de domínios, etc.

9.4 Adequação típica – tipo objetivo

A conduta tipificada é destruir, ou seja, eliminar, fazer desaparecer, inutilizar, ou seja, tornar imprestável, inútil, ou deteriorar, ou seja, estragar, arruinar¹⁴³. O objeto material do crime de dano é coisa alheia, corpórea, que pode ser móvel ou imóvel. O dano produzido pode ser total ou parcial. A coisa perdida

¹⁴¹ Op. Cit.

¹⁴² Em sentido contrário posiciona-se Luiz Regis Prado, Curso de Direito Penal brasileiro, v. 2, p. 448: “Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive o proprietário em caráter excepcional, como, por exemplo, quando causa danos a seu imóvel com o objetivo de forçar a saída do arrendatário ou parceiro (delito comum)”.

¹⁴³ O Anteprojeto de Código Penal, Parte Especial, procurando suprir grave lacuna do atual diploma, inseriu na definição do crime de dano a conduta de fazer desaparecer coisa alheia, além de ampliar o limite máximo da pena cominada, de seis meses para um ano de detenção, nos seguintes termos: "Art. 192: Destruir, inutilizar, deteriorar ou fazer desaparecer coisa alheia: Pena — detenção de um mês a um ano, ou multa". Alterações também são sugeridas ao dano qualificado, relativamente ao *dano contra o patrimônio público*. É suprimida a qualificadora quando o dano é praticado por motivo egoístico. A pena cominada, em seu limite máximo, é reduzida de três para dois anos de detenção.

também pode ser objeto do crime de dano, pois continua sendo alheia. A imaterialidade do *dano moral* o exclui da esfera de proteção penal, restando confinado ao âmbito da responsabilidade civil.

Conforme Cezar Roberto Bitencourt¹⁴⁴, na destruição, a coisa deixa de existir em sua individualidade, ainda que subsista a matéria que a compõe, ou também quando venha a desaparecer, tornando-se inviável sua recuperação. Na inutilização, a coisa não é destruída, perde somente a adequação ao fim a que se destinava, desaparecendo sua utilidade, sem perder completamente sua individualidade. Deteriorar tem o significado de estragar, enfraquecer sua essência, diminuindo seu valor ou utilidade, sem destruí-la ou inutilizá-la. Na deterioração a coisa sofre uma avaria substancial, embora não se desintegre totalmente, restando apenas diminuída sua utilidade ou seu valor econômico.

Segundo Edgard Magalhães Noronha¹⁴⁵:

[...] A destruição diz respeito, em geral, à ação que recai sobre a coisa de modo que a faça perder a essência ou forma primitivas; atentando contra sua existência. A deterioração implica, em especial, idéia de adulteração. A coisa não é destruída, não se lhe tira a existência, porém torna-se menos própria ao fim a que é destinada, piora-se ou altera-se sua condição ou estado. A inutilização vai além da deterioração, por isso que produz o efeito de tornar estéril a coisa, de tirar a sua utilidade. Não é mister serem integrais: a danificação parcial é também crime.

Enfim, qualquer das condutas incriminadas implica diminuição de valor e de utilidade da coisa alheia. Como o dano é um crime contra o patrimônio, o resultado danoso deve sempre ser de natureza patrimonial, representado pela perda ou diminuição de valor econômico ou de utilidade. No entanto, é suficiente que a coisa alheia tenha valor de uso, independentemente de eventual valor pecuniário. A

¹⁴⁴ Op. Cit.

¹⁴⁵ Noronha, Edgard Magalhães. Direito Penal: Parte Especial. São Paulo, Saraiva, 1986.

diminuição da utilidade da coisa, a despeito da ausência de valor comercial, será o bastante para caracterizar o dano penalmente criminalizado. Fora dessas hipóteses, isto é, se não houver prejuízo para o ofendido, não se pode falar em crime de dano.

Decorrendo da ação do agente melhoria que eleve o valor ou a utilidade da coisa alheia, não se pode falar em crime, já que a ação incriminada é exatamente contrária à que aumenta o valor econômico ou a utilidade da coisa alheia. No entanto, não se pode negar que a intervenção alheia em uma obra de arte, uma criação artística, ao desnaturá-la, ainda que, teoricamente, a tenha melhorado, pode, em termos autorais, representar sim um prejuízo, ao retirar-lhe a autenticidade e a originalidade, danificando, enfim, uma criação que é protegida por lei.

Edgard Magalhães Noronha¹⁴⁶, exemplifica com a clássica história do pintor ou escultor que faz na obra de outro, modificações que a aperfeiçoam ou a aprimoram. Em princípio, não comete crime de dano; no entanto, não se pode ignorar a violação da autenticidade e originalidade da obra, além do aspecto subjetivo, uma vez que, “a questão, aliás, está estreitamente ligada ao dolo do agente, circunstância a que juristas que andam às testilhas, neste ponto, não atentam”.

Normalmente, os autores, quando abordam o crime de dano, esquecem-se de examinar a necessidade do nexos causal entre a ação do sujeito ativo e o dano, uma vez que aquela será a causa e este o resultado, independentemente.

A doutrina ao longo do tempo tem criticado a falta de tipificação da ação de fazer desaparecer coisa alheia, quando não houver perecimento. Contrariamente, no entanto, Nelson Hungria, adotando posicionamento não seguido pela maioria, comparava o fazer desaparecer com destruição e, nesse sentido, relata: “Como tal também se entende, por força de compreensão, o fazer

¹⁴⁶ Op. Cit. P. 322.

desaparecer uma coisa, de modo a tornar inviável a sua recuperação (ex.: atirando-a a um abismo impraticável)”¹⁴⁷¹⁴⁸.

Cezar Roberto Bitencourt¹⁴⁹ expõe a seguinte situação: Imagine-se que alguém, para prejudicar outrem, faz desaparecer um objeto de valor deste. Não pode ser considerado furto, pois não há o *animus furandi*. Não se pode negar, no entanto, que há ofensa ao patrimônio do ofendido, que se vê privado daquele objeto valioso. Segundo o autor, sem a menor dúvida poderá ser considerado dano. Contudo, não se enquadraria no enunciado do art. 163 do Código Penal. E, justifica dizendo que não se pode afirmar que o agente destruiu o objeto que o deteriorou ou o inutilizou. Não o destruiu, porque o objeto continua a existir; certamente não o deteriorou; e não o inutilizou, porque ele continua com a mesma utilidade que tinha, e dela desfrutará quem dele se apossar. O eventual “desaparecimento” que pode decorrer da “destruição” não se confunde com o fazer desaparecer, pois naquela hipótese há o perecimento da coisa, ou seja, sua desintegração material, seu desmanche, sua decomposição, que tem como conseqüência a imprestabilidade, algo que incorre com a ação de fazer desaparecer, pois a coisa alheia permanece intacta, inteira, completa, perfeitamente útil para a finalidade a que se destina. Por isso, deve-se saudar a previsão do Anteprojeto de Código Penal, que acrescenta essa figura na descrição do crime de dano, com a seguinte redação: "Art. 192. Destruir, inutilizar, deteriorar ou fazer desaparecer coisa alheia".

9.5 Adequação típica – Tipo subjetivo

Para Nelson Hungria¹⁵⁰, o elemento subjetivo do crime de dano é o dolo, representado pela vontade livre e consciente de causar prejuízo a terceiro, não havendo fim especial de agir. Já no psicionamento de Cezar Roberto Bitencourt, é desnecessário o “concomitante propósito de prejudicar o proprietário” ou possuidor

¹⁴⁷ Op. Cit. P. 105.

¹⁴⁸ Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano configura o crime do art. 65 da Lei n. 9.605/98, cuja pena de detenção é de três meses a um ano e multa. Se se tratar de monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de seis meses a um ano de detenção e multa.

¹⁴⁹ Op. Cit.

¹⁵⁰ Op. Cit.

do bem ou interesse danificado¹⁵¹. A produção de dano é criminalizada porque gera um prejuízo desautorizado a terceiro. Enfim, é necessário que o dano seja um fim em si mesmo.

São, em princípio, irrelevantes os motivos que levaram o agente a produzir o dano; o próprio fim de lucro, desde que indireto e eventual, pode orientar a conduta do agente. Não se pode negar, é verdade, nem sempre o crime de dano é alheio a uma finalidade ou proveito econômico, desde que não constitua um fim especial e imediato, mas desde que seja a consequência natural, indireta ou mediata da ação do agente. Ou seja, o proveito econômico não deve ser um fim em si mesmo, mas decorrente de outro acontecimento, embora por ele produzido.

Nelson Hungria exemplifica da seguinte forma:

[...] no caso do ferreiro que destrói o alambique do fabricante de açúcar, na esperança de obter a encomenda de outro; ou no do aficionado do turf que envenena o cavalo favorito, para aumentar a probabilidade de êxito do cavalo que apostou; ou mesmo no do indivíduo que corta árvore secular do prédio vizinho para proporcionar melhor vista e, portanto, maior valor ao próprio prédio.¹⁵²

No entanto, o *especial fim de agir*, quando for o móvel orientador da conduta do agente, poderá desnaturar o crime de dano, dando-lhe outra fisionomia, especialmente porque não se pode olvidar que o *dano* pode ser, e freqüentemente é meio de execução ou elementar de outro crime. Na verdade, desde que o dano deixe de ser um fim em si mesmo, passando a ser meio ou modo para executar ou realizar outro crime, desconfigura-se como crime autônomo, passando a integrar

¹⁵¹ Op. Cit. P. 197: "O crime de dano exige, para a sua configuração, apenas o dolo genérico" (STF, HC 73189 9/MS, rel. Min. Carlos Velloso, 0000492). Em sentido contrário já se manifestou o STJ. a nosso juízo equivocadamente: "Para a caracterização do crime de dano é essencial a presença do dolo específico, seja o *animus nocendi*, a atuação dirigida à produção de prejuízo ao patrimônio alheio, não se configurando o delito quando a ação danosa foi realizada para a consecução de outro objetivo" (STJ. RE 115.531/SP. rei Min. Vicente Leal, DJU. 16 jun. 1997). Essa ementa contém um erro e um *acerto*. *Erra* quando afirma que o crime de dano exige dolo específico; *acerta* quando sustenta que "não se configura o delito quando a ação danosa foi realizada para a consecução de outro objetivo". São coisas distintas.

¹⁵² Op. Cit. P. 102.

uma figura complexa ou progressiva de outra infração penal. No Código Penal pode-se encontrar diversos exemplos: furto com destruição ou rompimento de obstáculo (art. 155. § 4^a, I); destruição de tapumes (art. 161); sabotagem (art. 202, in fine); violação de sepultura com violência à coisa (art. 210); destruição de prova documental (art. 305), entre outros.

Por outro lado, o dano pode constituir elemento de outros tipos penais, especialmente aqueles que integram o rol das infrações penais contra a incolumidade pública (que acarretam perigo comum), tais como incêndio, inundação, explosão, desmoronamento.

Por fim, quando o dano for causado para evitar ou impedir a prova de autoria de outro crime patrimonial (furto, roubo, apropriação indébita etc.), praticado pelo mesmo agente, será absorvido por aquele. O dano convém destacar, é sempre absorvido, nunca absorvente.

9.6 Dano qualificado

O *modus operandi*, no crime de *dano*, pode apresentar particularidades que representam maior gravidade na violação do patrimônio alheio, tomando a conduta mais censurável e, por isso mesmo, merecedora de maior punibilidade, quer pelo maior desvalor da ação, quer pelo maior desvalor do resultado.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt¹⁵³, essas particularidades podem assumir diversos graus de intensidade, recebendo, de acordo com sua gravidade, a qualificação de agravantes, majorantes ou qualificadoras. Observando o princípio da reserva legal, optou-se por estabelecer taxativamente aquelas circunstâncias que, por sua gravidade, tornam o crime qualificado, e que, a rigor, constituem novo tipo

¹⁵³ Op. Cit.

penal, derivado mas autônomo, com novos parâmetros sancionatórios, bem mais graves, distintos da figura fundamental, dano simples.

A graduação do injusto penal observa sua maior ou menor danosidade, que é representada, como relatado, ora pelo desvalor da ação, ora pelo desvalor do resultado. Inegavelmente, a reprovabilidade é maior por parte de quem utiliza meios de excepcional gravidade para produzir maior dano ao patrimônio alheio (emprego de substância inflamável ou explosiva); ou emprega violência à pessoa ou grave ameaça, por meio das quais o dano vai além do simples patrimônio para atingir a própria pessoa humana; outras vezes, o objeto material do dano assume maior dimensão, como ocorre com o patrimônio público, objeto de estudo deste capítulo.

A presença de apenas uma delas é suficiente para qualificar o crime, mudando sua capitulação e, substancialmente, sua punição; eventual concurso de duas ou mais qualificadoras não modifica a pena abstratamente cominada; contudo, deve ser considerada na medição da pena, ou seja, uma delas, a mais grave ou mais bem comprovada nos autos, servirá para estabelecer a pena-base, fixando o marco do tipo penal derivado (qualificado), enquanto as demais devem ser trabalhadas na operação dosimétrica da pena, visando encontrar o resultado definitivo.

Nesse crime, as qualificadoras, com exceção do motivo egoístico, são de natureza objetiva e, por conseguinte, comunicam-se aos co-autores nos termos do art. 30 do Código Penal. Nas figuras qualificadas a pena de multa é aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade, ao contrário das figuras simples, em que as mesmas penas são aplicadas alternativamente.

Após essa breve apresentação do crime de dano, será analisado o tipo qualificado, objeto de estudo do presente capítulo.

9.7 Contra Patrimônio Da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedades de economia mista

O dano é qualificado quando o crime é cometido contra patrimônio da união, estado, município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedades de economia mista (redação determinada pela Lei n. 5.346 de 3/11/1967).

O conceito de patrimônio público das pessoas jurídicas de direito público mencionadas no dispositivo em exame não se confunde com aquele concebido pelo Código Civil. Somente aqueles bens efetivamente pertencentes ao patrimônio público podem ser objeto dessa qualificadora, inclusive as coisas de uso público comum ou especial.

O patrimônio de empresa concessionária de serviços públicos ou de sociedade de economia mista recebe a tutela penal, não apenas por integrarem, *lato sensu*, o interesse público, mas fundamentalmente porque a eles se estende expressamente a previsão legal (art. 163, parágrafo único, 111).

Não será qualificado o crime de dano que for praticado contra o patrimônio de empresa pública ou fundação instituída pelo Poder Público. Por definição legal, uma empresa pública é a entidade que é dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e de capital exclusivo da União, que foi criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer, por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito¹⁵⁴.

O Decreto-Lei n. 900/69 esclarece, em seu art. 3º. que as fundações instituídas por lei federal não constituem entidades da administração indireta, aplicando-se-lhes entretanto, quando recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, a supervisão ministerial (arts. 19 e 26 do Decreto-Lei n. 200/67).

¹⁵⁴ Art. 5º, II, do Decreto-Lei n. 200/67, com redação do art. 1º do Decreto-Lei n. 900/69.

De acordo com Luiz Regis Prado¹⁵⁵, as coisas locadas ou usadas pelos órgãos públicos, que não são de sua propriedade, não qualificam o dano, exatamente porque não integram o patrimônio público, nos limites estritos da tipicidade penal.

O fundamento político criminal para qualificar o crime de dano quando praticado contra patrimônio público decorre da própria natureza desses bens, que a todos pertencem e de ninguém recebem cuidado e atenção especial, sendo, conseqüentemente, mais vulneráveis à ação predatória de vândalos e outros infratores de qualquer natureza.

¹⁵⁵ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial. V. 2. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.

10 ASPECTOS CRIMINAIS NA LEI DE LICITAÇÕES

10.1. Aspectos gerais

10.1.1 Conceito e fundamento legal.

De acordo com Hely Lopes Meirelles¹⁵⁶, a definição de Licitação consiste no procedimento administrativo através do qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Tem por desígnio oferecer igualdade de condições entre todos aqueles que ambicionam contratar com o administrador e, ao mesmo, tempo, garantir a moralidade e eficiência na gestão da coisa pública.

A obrigatoriedade da licitação tem registro constitucional no art. 37, XXI que versa sobre a Administração Pública, *in verbis*:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Objetivando a regulamentação de tal dispositivo constitucional, surge a Lei Federal n. 8.666/93, editada obedecendo ao art. 22, XXVII, da Carta Magna de 1988, segundo o qual compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação.

¹⁵⁶Op. cit., p. 256.

10.1.2. Princípios

A referida Lei n. 8.666/93 apresenta princípios explícitos em seu art. 3.º, *in verbis*:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Dentre os princípios correlatos a que faz referência o artigo, é possível destacar o da obrigatoriedade¹⁵⁷, da competitividade¹⁵⁸, do procedimento formal¹⁵⁹, do sigilo das propostas¹⁶⁰ e o da adjudicação compulsória ao vencedor¹⁶¹. A violação dos princípios pode acarretar a nulidade da competição licitatória, bem como a prática de ato de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível, previstos nos artigos 89 a 98 da Lei 8666/93, que serão apresentados detalhadamente nesse capítulo.

10.1.3. Fases da licitação

¹⁵⁷ Lei 8666/93, Art 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei.

¹⁵⁸ Lei 8666/93, Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa.

¹⁵⁹ Lei 8666/93, Art. 4º. Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.

¹⁶⁰ Lei 8666/93, Art. 3º. § 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

¹⁶¹ Lei 8666/93, Art. 50. A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade.

Em conformidade com o art. 4.º, parágrafo único, da Lei 8666/93, o processo licitatório é um ato administrativo formal, seja em qual esfera da Administração Pública seja praticado. A fase interna da disputa tem início na repartição interessada quando a autoridade administrativa determina a realização da licitação, define seu objeto e indica os recursos hábeis para a despesa. Posteriormente, ocorre a fase externa com a audiência pública e a fixação do edital ou envio do convite de convocação, como também o recebimento da documentação e propostas, habilitação, julgamento das propostas, adjudicação e homologação.

De acordo com Marçal Justen Filho¹⁶², o julgamento das propostas é a etapa mais sensível do processo e consiste no confronto das ofertas, classificação das propostas e determinação do vencedor. O julgamento não é um ato discricionário, mas um ato vinculado, que se faz em conformidade com os preceitos legais e os termos do instrumento convocatório. É necessário que se observe o critério de julgamento no edital relacionado ao tipo de licitação: menor preço, melhor técnica, técnica e preço, maior lance ou oferta.

10.1.4. Dispensa e inexigibilidade

Existem algumas situações onde a licitação pode ser dispensada, dispensável ou inexigível. Na primeira situação, a própria lei dispensa a realização da mesma. Destarte, o administrador ficará impedido de realizá-la, uma vez que a lei dispensou-a. Tais casos se referem, unicamente, à alienação de bens móveis e imóveis da administração¹⁶³. Na licitação dispensável, a lei autoriza a não realização

¹⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo, Dialética, 2004..

¹⁶³ Lei 8666/93, **Art. 17**. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da Administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) dação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo;
- c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta lei;
- d) investidura;

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

da competição através de ato administrativo discricionário. Quer dizer que nos casos taxativamente previstos em lei a administração pode dispensar a licitação, se assim lhe convier. De acordo com o artigo 24 da Lei n. 8666/93, as hipóteses referem-se a:

- Celebração de contratos de pequeno valor;
- Situações emergenciais, como guerra, calamidade pública; ausência de interessados em licitação anterior;
- Intervenção da União no domínio econômico;
- Aquisição de gêneros perecíveis, como pão, laticínios, hortaliças; aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos;
- Impressão de diários oficiais e documentos administrativos por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;
- Contratação do fornecimento de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado.

E, para finalizar, de acordo com Marçal Justen Filho¹⁶⁴, a licitação não é exigível quando não existe a possibilidade jurídica de competição entre contratantes, seja pela natureza específica do negócio, seja pelos objetivos sociais visados pela Administração.

As situações dispostas na Lei fazem alusão ao fornecedor exclusivo, contratação de serviços técnicos profissionais especializados e de artistas consagrados pela crítica e pelo público. No entanto, são vedadas a preferência de marca e a inexigibilidade para contratação de serviços de publicidade, conforme dispõe o artigo 25 da referida Lei. Levando-se em consideração a regra da obrigatoriedade, todos os atos administrativos que afirmem acontecer uma situação

a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;

b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;

c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;

d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;

e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;

f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

¹⁶⁴ Op. cit.

de inexigibilidade de licitação precisarão ser motivados. No que tange à licitação dispensada e à dispensável, o próprio ordenamento enumera expressamente os casos em que se exige motivação, no artigo 26¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Art. 26. As dispensas previstas nos incisos III a XV do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do § 2º do art. 8º desta lei deverão ser comunicados dentro de 3 (três) dias à autoridade superior para ratificação e publicação na imprensa oficial no prazo de 5 (cinco) dias, como condição de eficácia dos atos. Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço

10.2 Aspectos Criminais

10.2.1. A Tutela Penal à Licitação e ao Contrato Administrativo

A Lei de Licitações foi uma vitória contra a impunidade. No art. 326 do Código Penal¹⁶⁶ está tipificado a violação de sigilo em concorrência. O art. 335 do Código Penal¹⁶⁷ dispõe acerca de outras condutas penalmente reprováveis no âmbito específico da concorrência. Algumas modalidades dos crimes contra ordem econômica podiam talvez se caracterizar em licitações, como se passava na hipótese de eliminação da concorrência mediante ajuste ou acordo de empresas ou outras modalidades de cartelização reprimidas pela legislação de defesa da concorrência.

Assim, muito embora a conjugação de dispositivos de natureza penal e não penal cause alguma dificuldade ao doutrinador, a relevância da matéria e a gravidade das potenciais lesões ao interesse público exigiam providências do legislador penal. Sob esse ângulo, justifica-se a existência de uma seção específica, na Lei de Licitações, acerca da repressão criminal.

¹⁶⁶ Art. 326 - Devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena - Detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

¹⁶⁷ Art. 335 - Impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem se abstém de concorrer ou licitar, em razão da vantagem oferecida.

10.2.2. A Natureza das Penas Cominadas

Na concepção de Marçal Justen Filho¹⁶⁸,

[...] Pode-se questionar a natureza das penas adoçadas na nova legislação. Existiria um descompasso entre o espírito da nova legislação e os princípios para os quais se volta o direito penal. Tratando-se da chamada criminalidade econômica, a Lei poderia ter utilizado mais amplamente sanções de cunho pecuniário ou restritivas de direito e deixar em segundo plano as penas privativas de liberdade.

E, continua:

[...] Deve considerar-se que as condutas reprimidas apresentam uma danosidade e um grau de reprobabilidade valorados como de extrema gravidade. A opção legislativa retratou uma vocação da sociedade. Afinal, em épocas como a presente, seria o supremo escárnio que o criminoso pudesse livrar-se da cadeia através do pagamento de importâncias em dinheiro. A Lei determinou, como regra, a incidência da multa, mas cumulada com pena privativa de liberdade.

Nessa linha, as sanções são bastante severas. Houve, de modo genérico, um agravamento das sanções relativamente àquelas previstas na legislação comum. Assim, por exemplo, o crime do art. 95 sujeita o infrator à pena de detenção de dois a quatro anos, além da multa e da pena correspondente à violência. O Código Penal previa tipo similar, no art. 335, para o qual era cominada pena de detenção de seis meses a dois anos, além de multa e da pena correspondente à violência.

¹⁶⁸ Op. cit. P. 608.

10.2.3. A Especialidade das Normas

É sempre útil destacar que as normas penais contidas na Lei n. 8.666/93 revogaram alguns dispositivos da legislação anterior, que disciplinavam idêntica matéria. No restante, porém, aplica-se o princípio da especialidade contido no art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Mantiveram-se em vigência todos os demais dispositivos da legislação penal. Não é possível por isso, afirmar que os ilícitos praticados no âmbito de licitação e contratação administrativa somente podem provocar a incidência das normas tipificadoras da Lei n. 8.666/93. É inequívoco, por exemplo, que o tipo do crime de concussão do art. 316 do Código Penal¹⁶⁹ continua abrangendo a conduta dos servidores públicos relacionados com a Administração.

No caso concreto, poderá verificar-se a absorção de certos crimes por outros, sempre de acordo com os princípios de direito penal.

10.2.4. Os Tipos Subjetivos

Os crimes tipificados na Lei n° 8.666 não admitem modalidades culposas. Segundo Lucia Valle Figueiredo¹⁷⁰, na quase totalidade dos casos, é necessária a configuração daquele dolo específico a que aludia a doutrina tradicional. A tutela penal se dirige a reprimir as condutas dolosas. Mais ainda, volta-se contra as condutas em que o agente atuou visando a obter especificamente o resultado reprovável. Não é suficiente o mero resultado danoso, aliás, o dano nem é necessário para configurar-se a punibilidade. A tentativa é severamente reprimida. Para configurar-se um crime, não basta por exemplo, deixar de observar formalidades exigidas pela Lei para dispensa da licitação. A caracterização do crime depende de que esta conduta seja exteriorização de um elemento subjetivo específico. Somente se pune o agente que deixou de observar a formalidade porque

¹⁶⁹ Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

buscava o resultado reprovável (lesar a Administração Pública ou fraudar o princípio da isonomia). Se o agente descumpriu a formalidade por culpa em sentido estrito, estará sujeito à responsabilização administrativa, mas não terá cometido um crime. Apenas em alguns casos é que surge a possibilidade de o dolo genérico bastar para a configuração do crime.

Também por isso, o concurso de agentes apresenta peculiar relevância. O particular que cooperar para a concretização do injusto será assujeitado à repressão penal. Porém, essa colaboração será penalmente relevante se concorrer a presença do chamado tradicionalmente dolo específico.

Vicente Greco Filho¹⁷¹ afirma a inviabilidade da concretização dos crimes da lei n 8666/93 em modalidades meramente culposas. Admite, contudo, como suficiente o simples dolo genérico (entendido como a vontade livre e consciente do agente de praticar a conduta descrita na lei como criminosa). Reconhece, em alguns casos, a possibilidade de concretização do crime quando concorrer dolo eventual. Posições similares são adotadas por Paulo José da Costa Junior e Diógenes Gasparini¹⁷². Respeitando-se a palavra dos doutos, insiste-se acerca da necessidade o agente não apenas ter a vontade, consciente e livre, de realizar a conduta descrita no tipo, mas ser este o instrumento para atingir um fim outro, de natureza reprovável em face dos valores que norteiam o procedimento licitatório.

Seguindo essa orientação, o TCU decidiu que "é uniforme a doutrina quanto à necessidade da configuração de dolo, em particular o dolo específico na maior parte dos casos, nos crimes tipificados na lei de licitações e contratos"¹⁷³

10.2.5. Teoria finalista da ação penal aplicada ao caso

¹⁷⁰ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Direitos dos Licitantes. São Paulo, Malheiros, 1994.

¹⁷¹ GRECO FILHO, Vicente. Dos Crimes da Lei de Licitações. São Paulo, Saraiva, 1994.

¹⁷² COSTA JUNIOR, Paulo José da e GASPARINI, Diógenes. Crimes na Licitação. São Paulo, NDJ, 1996.

¹⁷³ Acórdão 2.346/2003 – 1º Câmara, rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça.

Deve submeter-se a repressão penal, contemplada no âmbito das licitações, às concepções vigentes no âmbito da teoria geral do direito penal. Isso significa a superação das concepções causalistas e a incorporação do enfoque finalista sobre a ação penalmente reprovável. Isso equivale a negar a configuração do crime em virtude de um mero encadeamento de causa e efeito entre a conduta do sujeito e o resultado reprovável. Tal como consagrado a partir da teoria finalista, o crime apenas pode ser reconhecido quando o resultado foi ou deveria ter sido objeto de cognição do agente. Justamente por isso, passou a reconhecer-se que a configuração tipológica do crime abrange não apenas a conduta propriamente objetiva, mas também um aspecto subjetivo. Ainda nos casos em que houver a mera descrição legislativa de comportamentos materiais e externos, isso não afasta a pressuposição de que a tipificação compreende os aspectos subjetivos da atuação de um sujeito. Na concepção de Marçal Justen Filho¹⁷⁴, não existe, num Estado Democrático de Direito, tipo pura e exclusivamente objetivo. Não é possível apontar a consumação do crime por meio da mera comparação entre o resultado material ocorrido no mundo dos fatos e a descrição contemplada na Lei. É imperioso examinar o posicionamento subjetivo do agente. Enfim, somente há o crime quando houver uma conduta reprovável, o que importa uma perspectiva subjetiva atinente à vontade do sujeito.

Segundo o mesmo autor, não é suficiente a mera conduta de dispensar licitação fora das hipóteses previstas em lei para existir indício de crime, por exemplo. Não é cabível um enfoque puramente causalista, em que se impute a prática de crime tomando em vista apenas a existência de uma ação ou omissão de que resultou o dano. Essa é uma concepção absolutamente reprovada e abandonada no Direito Penal. O resultado, ausência da necessária licitação, poderá compor um crime na medida em que o agente tinha consciência da obrigatoriedade de promover a licitação e a vontade de frustrar indevidamente sua realização.

10.2.6. O Elemento Jurídico na Composição do Tipo

¹⁷⁴ Op. cit.

Em decorrência do que foi exposto, pode-se afigurar existente a presença, em quase todos os crimes, de um elemento normativo, por assim dizer Ou seja. o aspecto subjetivo do tipo compreende uma valoração normativa. Tome-se como exemplo o mesmo tipo do art. 89. Esse crime somente pode ser configurado a partir de uma compreensão normativa dos casos em que a licitação é necessária e das hipóteses em que não o é. Ou seja, a Lei n. 8.666/93 contempla os casos de dispensa e inexigibilidade. A contratação direta apenas pode corresponder a um crime quando o sujeito tiver perfeita compreensão quanto à distinção, que não é simples. Trata-se de um conceito jurídico, integrado por inúmeros requisitos e aspectos. É imperioso verificar se o sujeito tinha consciência das diferenças e se aluou visando a frustrar a vontade legislativa.

10.3. Aspectos processuais

O art. 100 é relata taxativamente que os crimes previstos na Lei de Licitações são de ação pública incondicionada e que competirá ao Ministério Público promovê-la. Já que o prejuízo é sempre da Fazenda Pública, deverá ser sempre desta maneira. Destarte, qualquer pessoa poderá embasar a iniciativa do representante do Ministério Público, apresentando-lhe subsídios acerca do fato e sua autoria por escrito, conforme prevê o artigo 101 da Lei de Licitações, ou verbalmente, conforme o parágrafo único no citado dispositivo.

Contudo, o artigo 103 da Lei de Licitações traz ressalva expressa a respeito do cabimento de ação privada subsidiária da pública, na situação de não oferecimento da denúncia no prazo legal. Nos artigos 104 a 108, a lei prevê um processo especial nas ações penais que tenham por desígnio os crimes de licitações. Deste modo, após o recebimento da denúncia, será concedido ao réu o prazo de dez dias contado da data de seu interrogatório para oferecer defesa escrita, podendo juntar documentos, indicar provas que pretenda produzir e arrolar até cinco testemunhas. Depois de ouvidas as testemunhas e praticadas as diligências deferidas pelo juiz, as partes oferecerão alegações finais no prazo de cinco dias. Transcorrido esse prazo e conclusos os autos dentro de 24 horas para o juiz, este terá dez dias para decidir. Após, o recurso cabível é a apelação que deverá

ser interposta em cinco dias. Apenas subsidiariamente serão aplicadas as regras do CPP.

11. A IMPUNIBILIDADE

A grande brecha da criminalidade e no caso, da improbidade administrativa, é a impunidade.

A impunidade é um mal que deve ser combatido. A impunidade remonta de longas datas, segundo Giandomenico Romagnosi¹⁷⁵

§ 251. - Se contemplarmos, pois, a impunidade dentro do seio da sociedade como algo irremediável para o futuro, nos daremos conta de que será radicalmente destruidora do corpo social.

§ 252. - Portanto, com o fim de defender-se, a sociedade possui a necessidade e mesmo o direito de eliminar a impunidade, por mais que a consideremos algo posterior ao delito.

Ou, falando mais claro, a sociedade tem o direito de que a pena siga o delito, como meio necessário para a conservação de seus membros e do estado de agregação em que se encontra, como direitos a ela inatos.

Este é o momento do nascimento do direito penal, o qual nada mais é do que o direito de defesa habitual contra uma ameaça permanente, nascida da falta de moderação congênita.

¹⁷⁵ ROMAGNOSI, Giandomenico. *Genésis del Derecho Penal*, 1ª ed., Buenos Aires: Editorial Temis Bogotá, 1956, com a seguinte redação no espanhol:

§251. – Si contemplamos, pues, la impunidad en las circunstancias del porvenir y dentro del seno de la sociedad, nos daremos cuenta de que será radicalmente destructora del cuerpo social.

§ 252. – Por lo tanto, con el fin de defenderse, la sociedad estará en la necesidad y por lo mismo en el derecho (§ 227) de eliminar la impunidad, por más que se considere como cosa posterior al delito (§§ 46 y 47).

O, hablando más exactamente, la sociedad tiene derecho de hacer que la pena siga al delito, como medio necesario para la conservación de sus miembros y del estado de agregación en que se encuentra, ya que ella tiene pleno e inviolable derecho a estas cosas (§ 212).

Y así surge el momento en que nace el derecho penal, el cual no es en el fondo sino un derecho de defensa habitual contra una amenaza permanente, nacida de ella intemperancia ingénita.

Conforme Myriam Mesquita¹⁷⁶ explica: "o uso indiscriminado da palavra impunidade parece estar sofrendo um desgaste em relação ao seu significado".

Na verdade, o que se entende por impunidade é que ela é a liberdade ou a isenção de penas de uma determinada pessoa apesar desta haver cometido alguma ação passível de penalidade. A não aplicação de pena, como também o não cumprimento, seja qual for o motivo, de pena imposta a alguém que praticou algum tipo de delito.

Existem vários tipos de impunidades levando-se em conta alguns critérios, como:

- ❑ sempre deve haver infração de alguma norma. Parece claro, mas às vezes as pessoas falam de impunidade em casos em que a infração não está bem definida, ou nem existe. Por isso existe a necessidade de considerar se a pessoa é um infrator ou não infrator, baseada numa decisão policial/judicial de se houve ou não delito;
- ❑ em seguida temos a posição quanto ao julgamento – se houve ou não um desfecho processual;
- ❑ o resultado do julgamento;
- ❑ a situação do condenado num determinado momento, isto é, se está ou não cumprindo a pena.

¹⁷⁶ MESQUITA, Myriam.. "Violência, segurança e justiça: a construção da impunidade." *Revista de Administração Pública* 32, p. 110, 1998

A impunidade não existe quando o infrator, aquele que cometeu o delito, foi julgado, se considerado culpado, condenado e cumprindo pena. Têm-se infratores que não foram julgados, mas que o processo está em andamento.

As punições devem acontecer após a apuração de indícios sólidos da responsabilidade do administrador, conforme Marino Pazzaglini Filho¹⁷⁷ ensina que:

[...] mesmo tratando-se de medida que deve ser proposta pelo Ministério Público, que vise assegurar o futuro ressarcimento de danos e eventual perda de bens ou valores indevidamente acrescidos ao patrimônio do agente público, deve estar alicerçada em indícios sólidos de responsabilidade e recair em bens necessários e suficientes

Deve ser alicerçada em indícios sólidos e também recair somente no valor do dano apurado e devido pelo agente ímprobo, conforme entendimento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹⁷⁸

A indisponibilidade de bens [...], busca garantir futura execução por quantia certa [...]. Sem prejuízo da generalidade da medida, o certo é que deve a constrição incidir apenas sobre o montante necessário à plena reparação do dano, não sobre todo o patrimônio do requerido [...]. A medida deve ser, em resumo, proporcional ao escopo que se deseja alcançar [...].

Quando o processo está em andamento se torna um complicador a mais, pois é o tempo decorrido do momento do crime até o desfecho processual. Do crime até o julgamento final decorre algum tempo. Mas, apesar disso, essa expressão *processo em andamento* é dúbia.

Todo processo em andamento segue os trâmites legais que estão prescritos pelo Código de Processo Penal, passando por etapas e prazos legais

¹⁷⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias e FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade Administrativa . São Paulo: Atlas, 1999, p. 196

específicos que devem ser cumpridos, como: inquérito policial, indiciamento, inquérito judicial etc.

É preciso conseguir provas para que aquele que cometeu o delito possa ser condenado pelo seu crime. Não é fácil conseguir as provas. Há brechas na lei que os defensores usam para atrasar o processo.

Alguns processos correm, em termos de duração, normalmente, enquanto que outros se atrasam por meses e anos, significando liberdade para o infrator. Então, nota-se que a expressão “processo em andamento” significa que existe um processo e que esse não foi ainda concluído.

É comum a acusação de impunidade em casos de crime, bem antes que esse tempo tenha decorrido. É necessário levar o prazo normal do processo em consideração, como também analisar o tempo que poderia ser considerado razoável entre a ocorrência do delito e o desfecho processual, para que se possa pensar em impunidade.

No art. 22 do Código Penal Brasileiro, a palavra crime é substituída por fato. Tudo começa com um fato para que se possa reconhecer um crime, tanto contra a pessoa, contra o patrimônio, contra a propriedade material e outros.

Existe a etapa do processo policial, onde se inicia com uma queixa ou uma denúncia, que se segue com a realização do inquérito. O inquérito é o processo preliminar, que prepara a ação penal. Depois vêm a etapa judicial, que é a entrada e trânsito do inquérito na justiça e no Ministério Público até o desfecho processual.

A impunidade pode ser definida logo nos primeiros momentos após o delito e corre nas diferentes etapas do processo até o desfecho processual, ocasionando duas formas de impunidade, a acidental e a intencional, sendo que a

¹⁷⁸ GARCIA, Emerson e PACHECO ALVES, Rogério. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 640

acidental é uma impunidade que acontece alheia à vontade dos agentes que participam dela, como escassez ou falta de provas. A intencional é aquela que acontece por vontade dos agentes, dando um jeito de manipular o resultado, escondendo provas ou comprando testemunhas de defesa.

A maioria da impunidade que as pessoas reclamam, é a impunidade política, ou seja, é a impunidade dos casos de improbidade administrativa. Mas a impunidade acontece na sociedade como um todo.

11.1 Escândalo e Corrupção

As pessoas geralmente confundem escândalos com corrupção. Segundo Marco Otávio Bezerra¹⁷⁹, o escândalo envolve "alguns estágios de desenvolvimento como revelação, publicação, defesa, dramatização, execução e rotulação".

Conforme John B. Thompson¹⁸⁰, fez uma análise sobre o fenômeno do escândalo político como produto da sociedade moderna, se preocupando em entender as implicações que este traria para a natureza e a qualidade da vida pública. Para o autor, "*scandal*" *refers to actions or events involving certain kinds of transgressions which become known to others, and sufficiently serious to elicit a public response*".

O escândalo se espalha rapidamente e de maneira incontrolável, tendo muita dificuldade em reverter o processo. Uma das consequências é a mancha na reputação do indivíduo envolvido, portanto esse é um risco que sempre

¹⁷⁹ BEZERRA, M.O. Corrupção ¾um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil. Rio de Janeiro, Relume-Dumará e Anpocs, 1995, p. 196

¹⁸⁰ THOMPSON, John B. *Political scandal: power and visibility in the media age*. EUA/GB, Blackwell Publishers, 2000, p. 13

está presente quando um escândalo explode. John B. Thompson¹⁸¹ enxerga a reputação como um '*symbolic power*', sendo um recurso que as pessoas podem acumular, cultivar e proteger.

A corrupção pode ser transformada em um escândalo, desde que seja descoberta, sendo que a maioria fica escondida da sociedade, ficando então protegida de uma investigação pública.

Como toda corrupção envolve infração, violação de regras, convenções ou leis, ela será denunciada se as pessoas que não estão participando da corrupção, acharem que as violações são muito sérias e importantes, fazendo então a denúncia. Sem a denúncia, a corrupção não é transformada em escândalo.

John B. Thompson¹⁸² diz que têm surgido *escândalos midiáticos*, que se caracterizam não só pelo fato de serem tratados pela mídia, mas pelo envolvimento com outra dimensão espaço-temporal e também de extensão. Não são localizados, podendo adquirir uma dimensão nacional e até global, justamente pela expansão e desenvolvimento das comunicações.

11.2 Proteção contra a Corrupção

Existem vários mecanismos de ação contra a corrupção que estão nas mãos da Polícia Civil, do Ministério Público e do Poder Judiciário.

¹⁸¹ THOMPSON, John B. Ibid.

¹⁸² THOMPSON, John B. Ibid

A polícia civil coleta provas e indícios do crime, utilizando para isso, medidas previstas em lei, como perícias, corpo de delito, etc. Depois que essa fase for concluída, um membro do Ministério Público analisa o inquérito e observa se existem elementos suficientes para comprovar a materialidade do crime e de sua autoria, podendo, em caso positivo, denunciar os envolvidos, para promover a ação penal, passando a ser presidida, instruída e julgada pelo Poder Judiciário.

Esse é o procedimento comum, que deveria ser utilizado na persecução penal, mas muitas vezes, não é assim que acontece, pelo motivo de que, quem comete ato de improbidade administrativa, geralmente é um político, com um grau de poder econômico elevado, tendo assim, respaldo de uma estrutura organizada, que muitas vezes, envolve membros de órgãos que deveriam estar lá para ajudar nas práticas de julgamento, e acabam sendo corruptos também, e ajudam a ocultar provas ou vestígios do crime.¹⁸³

Para que não ocorra a impunidade, é importante um controle dos órgãos competentes para o julgamento, para que ocorra a agilização do procedimento e a facilitação de acesso às provas contra aquela prática, pois por não existir uma instrução eficiente, tem ocorrido uma grande dificuldade para aqueles que verdadeiramente se propõe a combatê-la.

Sabe-se que o Poder Judiciário precisa aceitar a solicitação do Ministério Público para que possa utilizar como provas a quebra do sigilo bancário e das comunicações, pois isso fere a intimidade do cidadão. Esse tipo de solicitação acaba levando o processo aos Tribunais Superiores, por causa do constrangimento que acaba causando ao indivíduo, sendo que acaba se tornando uma estratégia para a impunidade, pois por causa da demora do processo, acaba prescrevendo.

¹⁸³ JOHNSTON, Michael. O Paradoxo da Corrupção : efeitos grupais e sistêmicos. *in* Leite, Celso B. (org.) *Sociologia da Corrupção*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1987

Para a investigação do crime de corrupção, existem as CPI's (Comissões Parlamentares de Inquéritos), que investigam qualquer denúncia que seja levada até ela e que envolva membros do Legislativo.¹⁸⁴

No art. 58, § 3º, da Constituição Federal, dispõe sobre as CPIs:

§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

As CPI's não podem decidir ou julgar, devendo, após o término das investigações, fazer um relatório e enviar ao Plenário da Casa Legislativa para exame.

O primeiro efeito das CPI's é causar escândalo na mídia. Às vezes, pode provocar perda de mandato, mas isso é raro de acontecer. A punição de todos os envolvidos é muito raro de acontecer, geralmente, numa quadrilha de muitos, apenas um ou outro acaba punido, pois é muito difícil reunir provas suficientes, o Judiciário é moroso, e com isso, acaba prescrevendo o crime.

Segundo Cláudio Lomnitz¹⁸⁵, os maiores obstáculos para a elaboração de análises firmes sobre condutas corruptas são:

¹⁸⁴ HABIB, Sérgio. *Brasil : Quinhentos Anos de Corrupção : enfoque sócio-histórico-jurídico-penal*. Porto Alegre : Safe, 1994, p. 138. O autor, em sua obra, cita um trecho da CPI sobre as atividades de Paulo César Farias e o Presidente Fernando Collor de Mello, como exemplo de investigação criminal: "Em torno do Presidente da República organizaram-se amigos e colaboradores de campanha que passaram a ser identificados como co-autores de um *script* cujo enredo era importante não ignorar, mesmo a elevado custo financeiro e moral. Quem conhecesse o fio da nova meada - como desbloquear cruzados novos, como conseguir contratos com dispensa de licitação, como vencer concorrências, como colocar funcionários em disponibilidade ou como evitar que o fossem, e assim por diante _ passou a ser

[...] as dificuldades encontradas pelos pesquisadores para reunir material empírico sobre a questão. Como se sabe, as práticas corruptas e corruptoras distinguem-se, particularmente, por sua invisibilidade social, até o momento em que aparecem sob a forma de denúncias públicas. Essa dificuldade é contornada pelos autores através da utilização de materiais diversos e da mobilização de estratégias de análise criativas sobre o fenômeno. Assim, a corrupção é construída como objeto a partir, por exemplo, de processos inquisitoriais e jurídicos do período colonial, de cartas de religiosos e funcionários da administração colonial, de denúncias de imprensa, de observação direta, entrevistas, estudos de caso, do exame de trajetórias políticas e empresariais e rituais políticos.

E continua:

O exame desse material é efetuado de modo que aquilo que se tem por corrupção em cada momento e situação é inscrito no universo de representações e práticas sociais rotineiras. Essa preocupação pauta a maioria dos artigos, e a apreensão do fenômeno da corrupção a partir dessa perspectiva constitui o ponto forte da coletânea. Assim, podemos acompanhar nos artigos como a corrupção se conecta com diferentes dimensões e atividades da sociedade mexicana. Para não ir além de alguns exemplos pode-se remeter ao modo como ela se associa à moral religiosa, às ações jurídicas, ao crescimento e expansão de atividades financeiras (como bancos) e empresariais, ao sistema e ações políticos e às atividades lúdicas (como as festas locais). Em todos esses casos, a corrupção não é descrita como algo que está à margem das atividades ou instituições; ao contrário, o que é ressaltado é o modo como estas e as práticas corruptas se fomentam mutuamente. A imagem que surge das descrições é a existência de um conjunto de redes pessoais (constituídas por relações fundadas em múltiplos interesses) que vinculam órgãos e programas públicos a diferentes setores e grupos sociais. A estes últimos, essas ligações proporcionam, entre outros aspectos, a não aplicação ou aplicação

‘mercadoria’ pela qual empresários e tantos outros se dispuseram a pagar preços incríveis e injustificados.”

¹⁸⁵ LOMNITZ, Claudio (org.). *Vicios Públicos, Virtudes Privadas: La Corrupción en México*. México: CIESAS/ Miguel Angel Porrua, 2000 P. 125

*em condições favoráveis dos regulamentos estatais e a utilização e apropriação privada de recursos públicos (simbólicos e materiais). Assim, o que se designa como corrupção surge claramente como uma relação social cuja interpretação se assenta em elementos históricos e culturais.*¹⁸⁶

Percebe-se que a corrupção é, no fundo, a falta de ética na política, no Estado.

11.3 Solução para a Improbidade Administrativa

Aqui cabe um questionamento: Será que a corrupção tem solução? A democracia, do mesmo modo que permite a ascensão do povo ao poder e a constante troca dos dirigentes de toda organização estatal, possibilita um debate sobre o comportamento dos que exercem ou pretendem representar a população, como também de todos os demais fatos de interesse coletivo.

Assim, os regimes ditatoriais e autocráticos, que, segundo Francis Hamon¹⁸⁷, são distinguidos do liberal através de seus lineamentos básicos e isso vêm de um grande número de normas, que foram constituídas de forma livre pelo poder político e são regidas em todos os domínios da esfera social, fazendo com que os mecanismos de controle da produção normativa e a margem deixada à autonomia, individual ou coletiva, incluindo aí os direitos, liberdades e garantias, ficou muito enfraquecida.

Percebe-se que a participação popular é de suma importância para que se descubra os casos de corrupção e que eles sejam investigados e punidos com os rigores da lei.

A falta da democracia acaba facilitando a propagação da corrupção, na medida em que se aproveita das limitações de controle, da inexistência de mecanismos aptos a manter a administração restrita à legalidade, da arbitrariedade

¹⁸⁶ LOMNITZ, Claudio (org.). Ibid.

do poder e da supremacia do interesse dos detentores da esfera pública, face ao anseio coletivo.

Uma das maneiras para solucionar o problema da improbidade administrativa é a participação popular, sempre cobrando e seguindo de perto a administração de seus governantes.

Se a população não se conscientizar de que está em suas mãos as armas para o fim da corrupção, ela continuará existindo. Os governantes corruptos deveriam ficar de fora nas próximas eleições. A população consciente, não reelege administradores corruptos.

Gene Grossman e Elhanam Helpman¹⁸⁸ acreditam que existem dois tipos de eleitores: os informados e os não informados. As autoras dizem que quanto maior o percentual de eleitores não informados, mais fraca é a relação entre performance administrativa e probabilidade de reeleição.

11.4 Motivos

Segundo Júlio César Zanluca¹⁸⁹, o motivo da corrupção pública generalizada no Brasil é o excesso de dinheiro público em poder dos governos federal, estadual e municipal.

O dinheiro farto e com poderes para gastá-lo, com pouca ou nenhuma fiscalização, dá chance aos governantes de gastá-lo como bem lhe convier, mesmo que seja cometendo crime de improbidade administrativa.

¹⁸⁷ HAMON, Francis, TROPPER, Michel e BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel*, 27ª ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001, p. 87.

¹⁸⁸ GROSSMAN, Gene M. e HELPMAN, Elhanam. Electoral competition and special interest politics *Review of economic studies* 63, 1996, P. 265-286.

¹⁸⁹ ZANLUCA, Júlio César. *Farta Corrupção-Sobra Tributação*, p. 1. Disponível em <http://www.portaltributario.com.br/artigos/fartacorrupcao.htm> > Acesso em 13/06/2006

O excesso de tributação atingiu 41,11% do PIB em 2004¹⁹⁰, segundo Júlio César Zanluca. Assim sendo, com tanta cobrança de impostos, o dinheiro fica disponível para, segundo o autor, “desperdícios, juros altos e distribuição de mensalões.”

Segundo o autor, essa porcentagem equivale a R\$ 650 bilhões, que foram arrecadados em 2004.¹⁹¹ Se houver um pequeno desvio, a corrupção já se torna bilionária, pois, segundo o autor, “1% desse valor correspondem a R\$ 6,5 bilhões”.

Assim sendo, percebe-se a importância da participação popular no controle dos atos administrativos.

12 O MINISTÉRIO PÚBLICO

As instituições existem com uma razão de ser. O Ministério Público tem a defesa do interesse público como finalidade supra.

Segundo Guilherme Calmon e Abel Fernandes Gomes¹⁹², o Ministério Público é:

[...] um ser jurídico permanente, posto que extrapola o indivíduo no tempo e no espaço, e que possui vida e disciplina próprias, forças e qualidades particulares e uma vocação especial de bem servir a própria sociedade que

¹⁹⁰ Idem. IBPT, Estudo "Carga Tributária 2004 Ajustada pelo PIB

¹⁹¹ Idem. “Tributação nos Governos Socialistas do Brasil”, Disponível em www.portaltributario.com.br/artigos/tributacaosocialismo.htm > Acesso em 13/06/2006

criou. O Ministério Público é instituição tipicamente pública, organizada, com a finalidade de concretizar uma das grandes aspirações da sociedade: a busca e realização da justiça.

A Constituição Federal de 1988, nos artigos 127, 129 e 130, dispõem sobre as funções do Ministério Público:

Art. 127. 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. § 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Art. 130 - § 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

Um dos papéis do Ministério Público é o de exercer a defesa dos direitos subjetivos de alguns segmentos da sociedade, sendo que sua atuação não se dá somente dentro de uma visão somente positiva e legalista.

No artigo 144 da Constituição Federal¹⁹³, dispõe sobre os diversos órgãos das polícias, seja Federal, Civil ou Militar.

Percebe-se aí que está conferida às polícias federais a apuração de infrações penais, inclusive de administradores públicos, sendo que não de exclusividade dela, podendo ser feitas também por autoridades administrativas que são indicadas por lei, que remeterão os resultados diretamente ao Ministério Público.

¹⁹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. GOMES, Abel Fernandes. Temas de Direito Penal e Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 1999 p. 188

É preciso estar convicto do que está fazendo, para o Promotor de Justiça poder acusar alguém da prática de um crime, e isso se torna possível quando ele tem controle da investigação policial, prova que vai fundamentar sua acusação.

O Ministério Público e a polícia federal devem investigar as ações ilícitas de seus governantes e aplicar-lhes as punições devidas.

12.1 Atividade Investigativa do Ministério Público

O Ministério Público faz investigações para averiguar a culpabilidade da denúncia. Essa atividade investigativa acaba incomodando, pois se a prova for incontestável, não há como fugir da condenação.

Os interesses da sociedade devem ser defendidos desde o processo legislativo, pois sem os instrumentos investigatórios não há como exercer a função. Existem pessoas que defendem o monopólio das investigações, o que é não é admissível no mundo moderno.

O espaço para a investigação foi restaurado com a Lei 8.625/93:

Art. 10 - Compete ao Procurador-Geral de Justiça: IX - designar membros do Ministério Público para: e) acompanhar inquérito policial ou diligência investigatória, devendo recair a escolha

sobre o membro do Ministério público com atribuição para, em tese, officiar no feito, segundo as regras ordinárias de distribuição de serviços;

Art. 25 - Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: I - propor ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, face à Constituição Estadual; II - promover a representação de inconstitucionalidade para efeito de intervenção do Estado nos Municípios; III - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

Pode-se ser instaurado inquérito civil público para poder investigar atos de improbidade ou mesmo, pode-se pedir a instauração de alguns procedimentos administrativos à autoridade administrativa. Também pode-se requisitar a instauração de inquérito policial à autoridade policial, não dependendo da representação prevista no art. 14 da lei 8429/92, conforme descrito abaixo, podendo agir de ofício.

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.

A possibilidade de quebra de sigilo bancário e fiscal em curso de investigação ministerial é um tema controverso. Nem o próprio Judiciário pode quebrar o sigilo bancário e fiscal, sendo que estes são expressamente invioláveis, também na Constituição Federal, os assuntos relativos à intimidade e sigilo de dados.

Sobre direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal dispôs em seu artigo 5.º, inciso X, serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelos danos materiais ou morais decorrentes de sua violação.

Sobre os direitos individuais, Luis Roberto Barroso¹⁹⁴ diz que estes são comumente chamados de liberdades públicas e que são

[...] a afirmação jurídica da personalidade humana. Talhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contêm limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado. Os direitos individuais impõem, em essência, deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares.

O inciso XII da Constituição Federal protege a inviolabilidade do sigilo de correspondência e também das comunicações telegráficas, dados

¹⁹⁴ BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1998, pág. 98

e comunicações telefônicas, a não por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual.

Segundo **Émerson Garcia**¹⁹⁵, “é voz corrente que o dever das instituições financeiras cuidarem para que as operações financeiras tenham garantias de sigilo, e isso tem como alicerce constitucional o direito fundamental à intimidade e à vida e a garantia do sigilo de dados”.

O jurista **Celso Ribeiro Bastos**¹⁹⁶ diz que existe relação de confiança mútua entre o banco e cliente, conforme citado abaixo:

[...] todos entram em contato com os bancos e aí deixam registrada uma parcela de sua vida íntima, de tal sorte que a biografia de um homem poderia ser escrita praticamente a partir de seus extratos bancários. [...] Hoje, praticamente a vida do homem pode ser escrita a partir de seu talão de cheques e, nas sociedades mais avançadas, pelos cartões de crédito e magnéticos. Permitir-se que o sigilo bancário venha a ser rompido por qualquer forma não extraordinária para salvaguarda de interesse de outrem, no mínimo, idêntico, é expor a segurança individual a um constante e absurdo temor frente às possibilidades de controle direto ou pelo vazamento de algumas informações. Seria próprio do mais abjeto repugnante autoritarismo esse procedimento.

¹⁹⁵ GARCIA, Émerson. Ministério Público Organização, Atribuições e Regime Jurídico. Rio de Janeiro: Lumens Júris editora, 2004, p. 296.

¹⁹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. Estudos e Pareceres de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993 p. 57 e 67

Assim, percebe-se que existe um conflito sobre esse assunto. Segundo Melissa Folmann¹⁹⁷, interpretando o artigo 8º, inciso IV da Lei Complementar 75/93 e o inciso II da Lei 8.625/93, ela diz o seguinte:

Outra questão que suscitava discrepância, referia-se à interpretação dos artigos 8.º, inciso IV da Lei Complementar n.º 75/93, e 26, inciso II da Lei 8.625/93, ambos os dispositivos dizem de a capacidade de o Ministério Público obter informações. Presos a uma literalidade um tanto quanto falha da lei, havia quem dissesse que o órgão supra poderia quebrar o sigilo bancário sem recorrer ao Judiciário, face aos artigos retro mencionados combinados com o §2.º do artigo 8.º da Lei 75/93. Contudo, numa brevíssima consideração sobre o tema, podia-se dizer que tanto com uma interpretação literal, quanto sistemática, ou outra que se prefira, chega-se à inexorável conclusão de que o Ministério Público não foi laureado com tal poder. Primeiramente, as leis retro citadas estão num patamar hierarquicamente inferior à Constituição; logo, não podem permitir o que esta veda. Pois, ao que consta, o artigo 5.º, incisos X e XII, resguarda o sigilo; e ainda, na letra do que dispõe o artigo 129, do mesmo diploma legal, não há dentre as funções do Ministério Público tal prerrogativa. (...)

Sobre quebras de sigilo fiscal e bancário, não há referências expressas na Constituição, apenas estão previstas em normas relativas ao sistema bancário e fiscal. A Receita Federal também conseguiu legalmente o direito de quebrar o sigilo bancário de pessoas com indícios de sonegação fiscal.

O Relator Ministro Carlos Velloso exarou a seguinte decisão sobre o assunto:

Ementa Oficial: A norma inscrita no inciso VIII do art. 129 da CF não autoriza o Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade que a Constituição

¹⁹⁷ FOLMANN, Melissa. Sigilo Bancário e Fiscal à Luz da LC 105/2001 e Decreto 3724/2001. PR: Editora Juruá. 2001 p. 86, 87 e 88

Federal consagra, art. 5.º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa.¹⁹⁸

Por sua vez, o Relator Ministro Cid Flaquer Scatezzini, em julgamento no Egrégio STJ, assim decidiu:

STJ – Requisição de informações bancárias requisitadas pelo Ministério Público – Sigilo Bancário. O art. 192 da Constituição Federal estabelece que o sistema financeiro nacional será regulado em lei complementar. Ante a ausência de norma disciplinadora, a Lei n. 4.595/64, que instituiu o referido sistema, restou recepcionada pela vigente Constituição da República, passando a vigorar com força de lei complementar, só podendo, destarte, ser alterada por preceito de igual natureza. Assegurado no art. 38 da Lei n. 4.595/64, o sigilo bancário, as requisições feitas pelo Ministério Público que impliquem violação ao referido sigilo, devem submeter-se, primeiramente, à apreciação do Judiciário, que poderá, de acordo com a conveniência, deferir ou não, sob pena de se incorrer em abuso de autoridade.¹⁹⁹

As Comissões Parlamentares de Inquérito têm o direito de investigar as autoridades judiciais e para tanto, não precisam de reserva de jurisdição para quebrar o sigilo bancário. O Ministério Público é destinatário de seus resultados, conforme o § 3º, do artigo 58, da Constituição Federal de 1988.

O Ministério Público, para instaurar a fase preparatória, procedimento administrativo ou inquérito civil público, pode partir para iniciar a ação judicial sem depender destes instrumentos, desde que tenha provas suficientes.

¹⁹⁸ RE 215.301-0-CE – 2ª T, - j. 13/04/1999 – rel. Min. Carlos Velloso – DJU 28/05/1999

¹⁹⁹ STJ-5ª T. – HC n. 2.019-7/RJ – Rel. Min. Cid Flaquer Scatezzini – Ementário STJ, n. 9/716

O Ministério Público utiliza o inquérito civil público como instrumento de investigação para se verificar se determinado direito coletivo.

O inquérito é uma fase processual constituída por um conjunto de atos jurídicos, que são ordenados para esclarecer a notícia do crime e também para a decisão sobre a acusação, e a investigação compõe o inquérito, sendo formada por operações materiais de procura, recolha e esclarecimento dos indícios do crime.

A investigação criminal, enquanto for um componente do inquérito, estará subordinada às finalidades desta fase processual.

Se houver arquivamento do inquérito civil público, o membro do Ministério Público fica obrigado a se submeter à apreciação do Conselho Superior. Se o termo de ajustamento não encerrar o inquérito civil público, não se mostra necessário se submeter ao Conselho. Assim sendo, o Ministério Público tem as seguintes obrigações, em relação à improbidade administrativa:

- ❑ Defender e fiscalizar os interesses da administração e do patrimônio públicos (ativo financeiro ou imobilizado) da União, dos Estados, dos Municípios e de suas entidades.
- ❑ Combater a improbidade administrativa de agentes ou servidores públicos.
- ❑ Zelar pela legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade dos atos administrativos.
- ❑ Propor medidas adequadas para compelir os agentes e servidores públicos a ressarcir as lesões causadas ao patrimônio público.
- ❑ Receber obrigatoriamente informações da existência de procedimento administrativo de apuração de improbidade administrativa.

- Acompanhar os procedimentos administrativos que apuram qualquer lesão ao patrimônio público.

13 O INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO EM COTEJO COM A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O Inquérito Civil Público foi colocado à disposição do Ministério Público pela atual Constituição Federal (art. 129, III), constituindo-se como primordial para uma convincente utilização da Ação Civil Pública.

Nesse giro, o Inquérito Civil Público consubstancia-se como um Procedimento Administrativo sem incidência do contraditório, por não vislumbrar nenhum tipo de acusação e nem muito menos buscar a composição de conflitos de interesse.

Referido Instrumento foi baseado na natureza investigatória da área criminal, qual seja, o Inquérito Policial, sem perder de vista que o procedimento Investigatório é presidido pelo próprio Ministério Público, diferentemente do Inquérito Criminal, presidido pela autoridade Policial

Importante observar que a não ocorrência do contraditório não significa que a investigação levada a efeito pelo Ministério Público esteja excluída da legalidade prevista pelo sistema jurídico. Nesta esteira, cabe destacar, quanto à sua instauração, por exemplo, o princípio do promotor natural, impedindo que o órgão ministerial sem atribuição para a matéria instaure o procedimento de investigação.

De outro turno, há de se consignar que o Inquérito Civil deve respeitar o princípio da Impessoalidade, impedindo hipotéticos comprometimentos subjetivos entre o Órgão investigador e o agente investigado.

Destarte, conforme previsto constitucionalmente, o Inquérito Civil denota-se como uma ferramenta a serviço do Ministério Público, colocado a sua

disposição para alicerçar o convencimento sobre interposição ou não de possível Ação Judicial, no caso, Ação Civil Pública, Cautelares, Ordinárias, etc.

A relevância do Inquérito Civil Público na seara da improbidade administrativa vem sendo comprovada pela destacada e combativa atuação dos Promotores de Justiça e Procuradores da República, mostrando-se como elemento primordial de esclarecimento dos ilícitos praticados pelo agentes públicos ímprobos.

O inquérito civil por espedeque coligir provas da existência do ilícito e de sua autoria. Não objetiva uma complexa pesquisa de busca de culpados, situação esta mais oportuna ao momento processual da instauração da Ação Civil Pública propriamente dita.

Consubstanciando-se como um instrumento colocado à disposição do Ministério Público, o inquérito civil é um importante elemento de convicção, oportunizando o exercício da ação civil pública. Por seu meio, através da coleta de provas, identifica-se a existência de lesão ou ameaça a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Uma vez vislumbrada a necessidade da propositura da Ação Civil Pública, o Ministério Público age para defesa do interesse público pertinente, instaurando a medida judicial cabível ao caso concreto.

Em relação à improbidade administrativa, apesar das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92 não possuírem caráter penal, a verdade é que sua aplicação depende da intervenção jurisdicional. Realmente, proibida que foi pelo art. 17, § 1º, a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput, inviabilizada formalização de termos de ajustamento de conduta.

A pretensão sancionatória almejada pelo Ministério Público na interposição de Ação Civil Pública de Improbidade será merecedora de apreciação pelo Judiciário quando baseada em elementos indicadores da existência de Improbidade Administrativa. Nesse diapasão, a Tutela Material almejada pelo Ministério Público deve estar lastreada por indicadores probatórios, passíveis de

demonstrar ao menos a existência de indícios que justifiquem a Instauração da competente medida judicial dita alhures.

Tal premissa vem amparada pelo art. 9º da Lei da Ação Civil Pública, que determina o arquivamento do inquérito civil para a eventualidade do órgão do Ministério Público se convencer pela inexistência de indícios para propositura de ação civil pública, restando cristalino que a falta de um mínimo de comprovação da existência do ilícito e ou dano deve acarretar o término das investigações, trazendo como corolário óbvio que os procedimentos investigatórios têm o fito de demonstrar o interesse de agir do Ministério Público em busca da aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92.

Mesmo em relação aos demais legitimados para interposição de ação civil pública de Improbidade, apesar de não possuírem prerrogativa para utilização de inquérito civil, exige-se que instruem a inicial com elementos que possam demonstrar o real interesse de agir, tais como apresentação de documentos públicos ou privados, certidões e informações, relatórios do Tribunal de Contas, sindicâncias e procedimentos, tudo conforme previsão insculpida no dorso do § 6º do art. 17 da Lei de Improbidade.

Conforme estatuído no art. 17, *caput*, da Lei de Improbidade, verifica-se que o Ministério Público possui legitimidade para interposição da competente Ação Civil Pública, objetivando reparação de eventual dano causado por agente público, além, é claro, das aplicações das sanções previstas no citado artigo 12 da Lei.

Pelo que se perscruta do dispositivo constitucional e legal, tanto o Instituto de Ação Civil Pública como o Inquérito Civil são remédios jurídicos que se associam de forma análoga, servindo o Inquérito Civil como base legitimadora da atuação do Ministério Público, possibilitando-lhe inferir da necessidade de interposição de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa.

Nessa linha, o art. 22 da Lei nº 8.429/92 determina que *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, dispositivo criado pelo legislador para facilitar a apuração da improbidade, jamais para negar ao Ministério Público a possibilidade de instauração do inquérito.

No âmbito do Processo Penal, um dos princípios primordiais da ação penal de iniciativa pública, da qual o Ministério Público é o titular privativo (art. 129, I, da Constituição Federal), é o princípio da obrigatoriedade. Sua opção pelo sistema é apontada pela doutrina a partir da redação impositiva adotada pelos artigos 5º (*Nos crimes de ação pública o inquérito policial **será iniciado**: I – de ofício; II – mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representa-lo*) e 24 (*Nos crimes de ação pública, esta **será promovida** por denuncia do Ministério Público mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representa-lo*) do Código de Processo Penal.

De outro turno, o certo e lúdimo é que também no campo da ação civil pública encontra-se o princípio da obrigatoriedade no que concerne à atuação do Ministério Público, seja pela indisponibilidade dos interesses em jogo, seja em razão do estóico sistema de arquivamento do inquérito civil previsto pelo art. 9º da Lei nº 7.437/85.

Dessarte, o princípio da obrigatoriedade representa um dos mais destacados instrumentos de *acesso à justiça* na seara dos interesses metaindividuais, contribuindo desta forma, para a eliminação de uma zona obscura de pretensões insatisfeitas que ao longo do tempo não vem contando com a devida tutela.

Assim, apesar do integrante do Ministério Público possuir relativa liberdade na condução das investigações e na opção de escolha dos mecanismos processuais mais adequados ao desempenho de seu ofício, a verdade é que uma vez identificada uma das hipóteses constitucionais ou legais de sua atuação, não poderá se escoimar do dever de buscar a tutela judicial ou extrajudicial de tais

interesses. Não poderá, por conseqüência, recusar-se em momento cronologicamente anterior, à própria instauração do inquérito civil, vez que do contrário acarretaria um evidente esvaziamento do referido princípio.

Neste particular, evidentemente que somente em hipóteses teratológicas, nas quais a atuação do *Parquet* não se apresenta, poder-se-ia deixar de instaurar o inquérito civil, até porque somente após a instauração do referido procedimento e a realização de todas as diligências possíveis é que o Ministério Público teria maior convicção do seu convencimento. E para tal escopo, o Inquérito Civil configura-se como o único remédio constitucionalmente previsto.

Nessa esteira, tanto a *indevida inércia na instauração do inquérito civil* quanto a indevida instauração de outros procedimentos administrativos, principalmente no campo da improbidade administrativa, por infringirem o princípio da obrigatoriedade, devem merecer atenção por parte do Conselho Superior do Ministério Público, através da intervenção de qualquer interessado ou mesmo de qualquer do povo.

Enfim, toda vez que existir a possibilidade de infração ao Princípio da Obrigatoriedade, cabível será a atuação interventiva do Conselho Superior do Ministério Público. De outra monta, necessário esclarecer que não se deve abstrair do princípio da obrigatoriedade à falsa assertiva de que a instauração do inquérito civil é primordial a propositura da ação civil pública.

Com efeito, ao Ministério Público será obrigatória a apuração dos eventuais atos de improbidade, utilizando-se preferencialmente do Instituto do Inquérito Civil Público, pois como leciona Mazzilli, existe para a Instituição *antes do dever que o direito de opinião*, trazendo como corolário óbvio e insofismável que não se pode exigir, sob pena de formalismo, instauração de inquérito civil no qual apenas seriam reproduzidos elementos já existentes.

Realmente, outras peças, tais como Representações, Sindicância, Relatórios do Tribunal de Contas e de Comissões Parlamentares de Inquéritos, por

si somente mostrar-se-iam suficientes para embasamento da ação civil pública ou demais tipos de ação na órbita da improbidade.

Em verdade, caracteriza-se como comum a provocação do Ministério Público pelo Representante, com indicação de elementos necessários ao ajuizamento da ação por improbidade administrativa. Nesta hipótese mostra-se razoável a Notificação dos Indiciados para que prestem esclarecimentos sobre os fatos, tratando-se de procedimento que apesar de não obrigatório, em razão da Natureza Inquisitória do Inquérito Civil, a experiência fática recomenda.

Conforme já alinhavado, o Inquérito Civil tem por espeque não apenas indicar uma das atribuições do Ministério Público, como também de fornecer os elementos comprobatórios necessários à propositura da Ação Civil por Improbidade Administrativa, nos termos do art. 17, § 6º, da Lei nº 8429/92, mostrando-se infenso a imputação de delitos no âmbito da improbidade administrativa, sem que exista ao menos resquícios de fundamentos comprometedores.

Em relação à abrangência dos Poderes Investigatórios do Ministério Público, o Artigo 8º da Lei nº 7.437/85 disciplina em seus §§ 1º e 2º, o poder que o *Parquet* possui para requisitar, no campo do Inquérito Civil, *informações, certidões, exames e perícias de particulares ou de qualquer organismo publico*, estabelecendo, por oportuno, que a negativa de informações ou certidões ao Ministério Público somente se dará nos casos em que a lei impuser sigilo, *hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisita-los*.

Ex positis, mesmo que não caracterizada a indispensabilidade das informações requisitadas, mas apenas a de utilidade para o esclarecimento do caso fático trazido à baila, o infrator poderá responder pelos crimes de prevaricação (art. 319 do Código Penal), se funcionário publico, ou desobediência (art. 330), se particular, desde que, é claro, doloso o seu comportamento.

Hodiernamente, em função da pena mínima estatuída pelo art. 10 da Lei de Ação Civil Pública (um ano de reclusão), incide a medida prevista no art. 89 da Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995, cujo § 1º, inciso I, condicionando a suspensão do processo, dentre outras, à *reparação do dano* por parte do autor do fato, demandando, assim, que para obtenção da suspensão do processo, o acusado deve prestar a informação recusada, retardada ou omitida ao *Parquet*.

Em sintonia com a legalidade, os poderes de Requisição do Ministério Público vão também encontrar respaldo no campo da própria Lei nº 8.429/92, contemplando mecanismos de plena eficácia, inexistindo dúvidas acerca da consubstanciação de Improbidade Administrativa, pertinente à conduta do agente público que recusa, retarda ou se omite na prestação das informações requisitas, tudo conforme insculpido no art. 11, *caput* e inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa. Por óbvio, também aqui torna-se necessária a demonstração do dolo da ação ou da omissão pelo endereçado da Requisição.

De outra esteira, cabe lembrar que a Responsabilidade Civil independe da Responsabilidade Criminal (Código Civil, art. 1.525), não se olvidando, ainda, que ação de lavra do Ministério Público independe do resultado advindo do campo administrativo, não ficando vinculado à conclusão desta seara.

Nesse giro, em homenagem aos cânones legais estatuídos no texto condicional (art. 129, III e VI), o Poder Requisitório do Ministério Público pode ser dirigido a qualquer órgão, instituição ou autoridade da República, sem que haja violação ao princípio da independência dos Poderes.

Na qualidade de instrumento preliminar que se destina a formação de convicção do Ministério Público, tem-se que as investigações realizadas na órbita do Inquérito Civil assim que concluídas permitirão, uma vez presentes as condições da ação e atendidos os pressupostos processuais, à propositura da ação civil pública.

Em outros casos, entretantes, em função da precariedade das provas coligidas ou mesmo em razão da ocorrência de prescrição, a instauração da ação civil pública será inviável, oportunizando o encerramento das investigações.

O *arquivamento* denota-se como a conseqüência lógica do encerramento do inquérito civil. Nesse diapasão, conforme explanado alhures, mostra-se mister diferenciar o tratamento da matéria na seara processual civil e penal, vez que enquanto no Inquérito Civil o Conselho Superior do Ministério Público é quem detém competência para homologação de Arquivamento, por sua vez, no Inquérito Penal a competência para determinar o Arquivamento é do Poder Judiciário (arts. 10, § 1º, 16, 23 e 28 do CPP).

Há de se admitir, entretanto, que em existindo teratologia jurídica, de cariz ilegal, permissível o uso do mandado de segurança com o fito de propiciar o encerramento do inquérito civil, procedimento administrativo cujo controle de legalidade não pode ser excluído da seara do Remédio Heróico.

Consubstanciando o arquivamento do inquérito civil ato meramente administrativo, tanto do ponto de vista material quanto do ponto de vista formal, não se pode falar em coisa julgada, não sendo, assim, definitivo.

Em função do disposto nos arts. 129, §1º, da Constituição Federal, e 5º da Lei da Ação Civil Pública, a homologação do arquivamento do Inquérito Civil pelo Conselho Superior do Ministério Público, não impede aos demais legitimados promoverem a jurisdição, vez que a legitimação para a Ação Civil é concorrente.

Dessarte, inexistindo coisa julgada, inexistem dúvidas acerca da possibilidade de desarquivamento do Inquérito Civil no caso do surgimento de prova nova (novos documento, novos testemunhos, nova perícia). Evidentemente, quando se fala em desarquivamento do Inquérito Civil, o que está a referir é a possibilidade da retomada das investigações com vistas ao ajuizamento da Ação Civil.

Nesse sentido, deve ficar claro que a retomada das investigações via desarquivamento, depois de esgotadas todas as diligências imprescindíveis,

pode levar à mesma conclusão quanto a inviabilidade de ajuizamento da ação civil coletiva. Neste caso, em razão do princípio da obrigatoriedade, que volta a incidir inteiramente, deve-se proceder ao “rearquivamento” do inquérito civil, na forma do art. 9º da Lei da Ação Civil Pública.

Por fim, cumpre assinalar, por relevante, que a jurisprudência do STJ está pacificada sobre o cabimento da ação civil pública no campo da improbidade administrativa, colhendo-se da primeira Turma o seguinte aresto:

“Ação Civil Pública. Atos de Improbidade Administrativa. Defesa do Patrimônio Público. Legitimação Ativa do Ministério Público. Constituição Federal, arts. 127 e 129, III. Lei 7.347/85 (Arts. 1º, IV, 3º, II e 13). Lei 8.429/92 (Art. 17). Lei 8.625/93 (Arts. 25 e 26).

Dano ao erário municipal afeta o interesse coletivo, legitimando o Ministério Público para promover o inquérito civil e a ação civil pública objetivando a defesa do patrimônio público. A Constituição Federal (art. 129, III) ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para propor a Ação Civil Pública na defesa dos interesses coletivos.

Precedentes jurisprudenciais.

Recurso não provido”. (Resp. nº 154.128-SC, 1ª T., maior, rel. p/o acórdão Min. Milton Luiz Pereira, j. 11/5/1998, DJ 18/12/1998).

Nas lições esposadas por Nelson Nery Junior:

*“No sistema anterior, a tutela jurisdicional do patrimônio público somente era possível mediante ação popular, cuja legitimação ativa era e é do cidadão (CF 5º LXXIII) o MP podia assumir a titularidade da ação popular, apenas na hipótese de desistência pelo autor (LAP 9º). **A CF 129, III, conferiu legitimidade ao MP para instaurar Inquerito Civil e ajuizar ACP na defesa do patrimônio público e social melhorando o sistema de proteção judicial do patrimônio público que é uma espécie de direito difuso.** O amplo conceito de patrimônio público é dado pela LAP 1º, caput, e § 1º”. (Código de*

Processo Civil e Legislação Processual Extravagante em vigor, p. 1018, nota 25, art. 1º, IV, Lei 7,347/85, grifos nossos).

14 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se com este estudo que existe a obrigação de indenizar nos atos de improbidade administrativa que causam danos à Administração Pública - danos materiais e danos morais – e isso tem suporte no art. 1.518 do Código Civil, e no art. 5º, X, da Constituição Federal.

As faltas disciplinares são objeto de punição administrativa, dependendo da qualidade do agente. As medidas cautelares utilizadas para garantir a reparação do dano, são regidas pelo Código de Processo Civil.

A reparação de danos decorrentes da prática criminosa contra a Administração Pública, pode ser decorrente da sentença condenatória transitada em julgado, título próprio para a execução civil.

A ação ordinária de improbidade não deveria ser usada para decretar perda de instrumentos e do produto do crime, ou mesmo, a suspensão de direitos políticos ou perda do cargo público. A Lei n. 8.429/92 apresenta-se como lei de fachada, para dar a impressão de que se trata de medida rígida do Governo para por fim à corrupção.

Pode ser observado que o dano contra o patrimônio público recebeu um tratamento diferenciado pelo legislador, que no parágrafo único do artigo 163 do código penal, o qualificou, fazendo incidir sobre o mesmo, uma pena maior. O motivo dessa diferenciação pode-se concluir de acordo com o exposto, foi resguardar mais o patrimônio público por tratar-se de um bem de todos.

O bem jurídico tutelado nesta modalidade é a administração pública, em especial sua moralidade e probidade. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, enquanto que o passivo será sempre Estado-Administração.

De acordo com o exposto, conclui-se que a interpretação das regras penais da Lei n. 8.666 tem de vincular-se não apenas à construção dos tipos legais e dos diversos elementos do crime. Mas, ainda, é imperioso examinar os dados que evidenciam a reprobabilidade da conduta e que são o único fundamento que autoriza a punição. Não se pode admitir que os crimes da Lei de Licitações se relacionem apenas a dados materiais, a fenômenos externos, a padrões objetivos de conduta. A punição penal depende da existência de conduta gravemente infringente aos valores consagrados pelo grupo.

Conclui-se que a impunidade acontece no mundo inteiro, dentro das sociedades humanas. A impunidade responde aos desejos do ser humano em evitar o desconforto, o sofrimento e a vergonha diante dos demais cidadãos. A impunidade também atende a interesses de cada um dos cidadãos.

O Brasil passa, atualmente, por uma fase em que a mídia critica muito a impunidade. Mas os meios de comunicação não refletem, sempre, o que a sociedade considera como correto, ou pelo menos aquele grau de impunidade que está disposta a aceitar.

Alguns casos considerados como impunes, muitas vezes, são apenas de demora da justiça em chegar a um desfecho processual. Há mais clamor da sociedade contra a impunidade do que a impunidade real de fato o justifique.

A impunidade é resultante, muitas vezes, das dificuldades dos procedimentos necessários para julgar, principalmente dentro nas sociedades de grandes populações locais, como as grandes cidades. Nessas sociedades o número de crimes é alto e os sistemas policial e judiciário existentes para levar a um julgamento justo não realizam satisfatoriamente suas funções.

As pessoas têm diversos motivos para pedir punição dos responsáveis por casos de criminosos ainda não punidos, mas muitas vezes são reflexos, apenas, de fatores muito pessoais, de defesa de si próprios. Em outras palavras, essas manifestações são muito seletivas, no sentido de que são contra a impunidade apenas quando são os próprios denunciadores, ou alguém que lhe é muito próximo, os afetados pela ofensa de terceiros.

As pessoas que não são punidas não formam um grupo diferente dentro da sociedade brasileira, caracterizada por um perfil sócio econômico de uma classe social, de uma faixa de renda, de orientação política etc. A maioria dos impunes aparecem nas primeiras fases do inquérito policial. São cidadãos comuns, anônimos, que não chamariam a atenção da mídia. A maioria da mídia não se preocupa com esses anônimos cidadãos, que a grande massa de impunes neste país.

Esses cidadãos impunes o são, em grande parte, por via da impunidade acidental. Esta é a grande responsável, numericamente falando, pela impunidade total. Os impunes via impunidade intencional são menos numerosos.

Numa visão distorcida, os impunes do Brasil são considerados cidadãos de alta renda, de classe alta, com alto índice de capital social e, por causa desse poder, consegue fugir à punição. Muitas vezes, os impunes vêm de classes sociais mais baixas porque esses são os mais afetados pela impunidade acidental.

Sobre a quebra de sigilo bancário, conclui-se que as informações e dados relativos ao sigilo bancário, não possuem caráter absoluto, portanto devem se submeter ao princípio da proporcionalidade, onde, pela norma jurídica, são analisados os direitos e interesses em jogo e, posteriormente, aplica-se a solução concreta mais justa, quebrando-se ou não o sigilo.

Ao final desse estudo sobre a corrupção e sua repercussão como elemento violador dos direitos humanos, verificou-se que essa conduta criminosa acarreta uma crescente discussão no seio da sociedade, quiçá fruto do contexto histórico de exploração, bem como pela difundida crença na impunidade, na ilegalidade consentida, amparada por uma ordem jurídica ineficiente.

Entretanto, pode-se observar também que a corrupção não é exclusividade de países em desenvolvimento, como o Brasil, sendo que essa prática criminosa tem se tornado organizada, valendo-se da tecnologia e ligações diretas com o narcotráfico em diversos países.

Apesar dessa constatação, conclui-se que não há ainda organismos internacionais dedicados a articular, juntamente com a comunidade supranacional, modos de combate aos delitos contra a Administração Pública. Não existe portanto, um modelo único para acabar com esses crimes, estando a proteção resumida aos instrumentos internos de cada país e a uma cooperação casuística e voluntariosa entre as nações.

Esse estado de coisas, ao invés de diminuir com a passagem para um regime democrático, deixa marcas indesejadas no sistema, que comprometem os alicerces estruturais da administração pública por longos períodos.

O sistema brasileiro cumpre a regra. Os índices de corrupção que são verificados nos dias de hoje em todos os campos do poder são simples desdobramentos de práticas que vêm se seguindo há séculos, desde a colonização até os dias de hoje.

A democracia é o resultado da lenta evolução cultural, que exige uma amadurecimento constante da consciência popular. O Brasil, desde que foi descoberto, praticamente não conviveu com as práticas democráticas.

Portanto, pode-se crer que há muito a fazer nesse sentido, e o melhor começo será sem dúvida alguma é estudar o problema, expô-lo, discuti-lo amplamente, para que se possa suscitar a indignação coletiva e os cidadãos possam repensar suas posturas diante daquilo que é patrimônio público e interesse de todos.

Assim, unindo uma postura crítica à medidas de ordem pragmática, pode-se alterar os rumos globais da civilização, orientando-a para a sedimentação de valores coletivos duradouros, sadios, que venham a reduzir as grandes desigualdades que ainda testemunhem e mudem a vida das próximas gerações.

REFERÊNCIAS

- ABAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998
- ANGUER, Anne Joyce. **Vade Mecum: Acadêmico de Direito**. Ed. Rideel, 2005.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale - parte speciale II*. Sesta edizione aggiornata a cura di Luigi Conti. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1972
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1997
- _____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1998
- BASTOS, Celso Ribeiro**. Estudos e Pareceres de Direito Público. **São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993**
- _____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1995
- BEZERRA, M.O. **Corrupção ³/₄ um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil**. Rio de Janeiro, Relume-Dumará e Anpocs, 1995
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Parte Especial. V. 3. São Paulo, Saraiva, 2003.
- _____. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**. V. 4. São Paulo, Saraiva, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília, UNB, 1997
- BOLETIM dos Procuradores da República, out. 1999, n.18, p.12 *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 4. Ed. São Paulo : RT, 2001
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997
- CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**, Rio: Forense, 1970
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001
- _____. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2003
- CONSTITUIÇÃO Federativa do Brasil de 1934 e 1988

COMPARATO, Fábio Konder. Ação de Improbidade : Lei 8429/92 – Competência ao juízo de 1.º grau, in **Boletim dos Procuradores da República**, n.º 9, jan/99.

COSTA JUNIOR, Paulo José da e GASPARINI, Diógenes. **Crimes na Licitação**. São Paulo, NDJ, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, São Paulo: Atlas, 1999

_____. **Direito Administrativo**: regime jurídico administrativo. São Paulo: ATLAS, 2000

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Contrato Jurisdicional dos Atos Administrativos**. São Paulo: Editora Saraiva, 1982

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos**: de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal. São Paulo: Atlas: 2001

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e democracia. **Revista de Direito Administrativo**. n.º 226. Rio de Janeiro, out/dez. 2001.

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

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Direitos dos Licitantes**. São Paulo, Malheiros, 1994.

FOLMANN, Melissa. **Sigilo Bancário e Fiscal à Luz da LC 105/2001 e Decreto 3724/2001**. PR: Editora Juruá. 2001

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, Parte Especial. V. 1. Rio de Janeiro. Forense, 1995.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**, São Paulo: Malheiros, 1997

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. GOMES, Abel Fernandes. **Temas de Direito Penal e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

GARCIA, Émerson. Ministério Público Organização, Atribuições e Regime Jurídico. Rio de Janeiro: Lumens Júris editora, 2004

GARCIA, Emerson e PACHECO ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002

_____. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

- GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 1995
- _____. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2003
- GRECO FILHO, Vicente. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. São Paulo, Saraiva, 1994.
- GROSSMAN, Gene M. e HELPMAN, Elhanam. Electoral competition and special interest politics **Review of economic studies** 63, 1996
- HABIB, Sérgio. **Brasil: Quinhentos Anos de Corrupção**. Enfoque sócio-histórico-jurídico-penal. Porto Alegre: Safe, 1994.
- HAMON, Francis, TROPPER, Michel e BURDEAU, Georges. **Droit Constitutionnel**, 27ª ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001
- HARADA, Kiyoshi. Ato de improbidade administrativa. **Jus Navigandi**, a. 4, n. 41, mai. 2000
- HASSEMER, Winfried. **Três Temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1993.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. V. 7. Rio de Janeiro. Forense, 1981.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. Parte especial. V. 4. São Paulo, Saraiva, 1992.
- JOHNSTON, Michael. O Paradoxo da Corrupção : efeitos grupais e sistêmicos. *in* Leite, Celso B. (org.) **Sociologia da Corrupção**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1987
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo, Dialética, 2004.
- JORNAL **Valor Econômico**. Edição de 20 jan. 2006
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes Editora, 1987
- _____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. De João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998
- LAROUSSE Cultural. **Enciclopédia**. Nº 7. 1998
- LIMA, RUI CIRNE. **Princípios do Direito Administrativo**. 5ª edição. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1982
- LOMNITZ, Claudio (org.). **Vícios Públicos, Virtudes Privadas: La Corrupción en México**. México: CIESAS/ Miguel Angel Porrua, 2000
- MAQUIAVEL, Nicolai. **O príncipe**. trad. de Maria Lúcia Cumo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998

- MEDEIROS, Sérgio Monteiro. **Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Ed. Juarez Oliveira, 2003
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990
- _____. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995
- _____. **Direito Municipal Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- _____. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2000
- _____. **Direito Administrativo Brasileiro**. Malheiros Editores, São Paulo, 2001.
- _____. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros. 2003
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2003
- _____. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000
- _____. In: FILHO, Marino Pazzaglini. **Princípios constitucionais reguladores da Administração Pública**. São Paulo: Editora Atlas, 2000
- MELLO NETO, José Baptista de. **O Tribunal de Contas no Exercício do Controle dos Atos de Admissão de Pessoal: um instrumento de garantia dos direitos do cidadão**. Dissertação não publicada: UFPE/CCJ/FD, 2003
- MESQUITA, Myriam.. Violência, segurança e justiça: a construção da impunidade. **Revista de Administração Pública** nº 32, 1998
- MINTZBERG, Henry. **Administrando Governos, Governando Administrações**. Revista do Serviço Público, Ano 49, Número 4, out-dez 1998.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações**. Tomo I. São Paulo: RT, 1970
- _____. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Forense, 1987
- NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal: Parte Especial**. V. 4. São Paulo, Saraiva, 1986.
- OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de corrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- OLIVEIRA, Vinícius de. Pena e vingança. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 924, 13 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7802>>. Acesso em: 01/06/2006.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; ELIAS ROSA, Márcio Fernando e FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Atlas, 1996
- _____. **Improbidade Administrativa** . São Paulo: Atlas, 1999

- PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas - São Paulo: Atlas: 2002
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987
- PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral – Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Atlas, 2003
- PRADO, Luiz Regis e BITENCOURT, Cezar Roberto. **Elementos de Direito Penal**. V. 1. São Paulo, RT, 1995.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial**. V. 2. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.
- RIPERT, Georges *apud* CARLOS, Larissa Freitas. Moralidade e probidade administrativa: parâmetros de definição e esferas de atuação. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=353>>. Acesso em: 03 maio 2006.
- ROMAGNOSI, Giandomenico. **Genésis del Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial Temis Bogotá, 1956
- ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema de Direito Penal**. Trad. Luiz Grecco. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- SALLES JR., Romeu de Almeida. **Código penal interpretado**. São Paulo: Saraiva, 1996
- SCHILLING, Flávia. **Corrupção: ilegalidade intolerável**. Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992). São Paulo: IBCCrim, 1999.
- SILVA, Ovídio A Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Vol I. São Paulo: RT, 2000
- SILVEIRA, Lindemberg da Mota. **Estrutura Jurídica do Ilícito Tributário**. Belém: Ed. Cejup, 1987
- TÁCITO, Caio. **Moralidade Administrativa**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. v. 218. out/dez. 1999
- THOMPSON, John B. *Political scandal: power and visibility in the media age*. EUA/GB, Blackwell Publishers, 2000
- VALLS, Álvaro L. M. O que é Ética. **Coleção primeiros passos**. São Paulo: Ed. brasiliense, 1989

VICENTINO, Cláudio e DORIGO, Gianpaolo. **História do Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Editora Sciopone Ltda, 1998

VILLA, Marco Antônio. **A queda do Império**. São Paulo: Editora Ática, 1996

ZAFFARONI, Raul Eugênio e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Derecho Penal**. Buenos Aires, Ediar, 1991.

ZANLUCA, Júlio César. **Farta Corrupção-Sobra Tributação**, p. 1. Disponível em <http://www.portaltributario.com.br/artigos/fartacorrupcao.htm> > Acesso em 13 jun. 2006

ZAVASCKI, Teori Albino. **Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos**. RJ 212 – jun/95