



MARIANO RODRIGUES DA SILVA NETO

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, CORRUPÇÃO NOS CONTRATOS PÚBLICOS E PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS NO BRASIL

Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Administrativo

Julho/2016

• U •



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO POLÍTICAS
COM MENÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

MARIANO RODRIGUES DA SILVA NETO

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, CORRUPÇÃO NOS CONTRATOS
PÚBLICOS E PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS NO BRASIL**

COIMBRA
2016

MARIANO RODRIGUES DA SILVA NETO

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, CORRUPÇÃO NOS CONTRATOS
PÚBLICOS E PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado à Universidade de Coimbra,
como requisito parcial para obtenção do
título de Mestre em Ciências Jurídico
Políticas com menção em Direito
Administrativo.

Orientador: Professor Doutor Pedro
António Pimenta da Costa Gonçalves

**COIMBRA
2016**

MARIANO RODRIGUES DA SILVA NETO

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, CORRUPÇÃO NOS CONTRATOS
PÚBLICOS E PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado à Universidade de Coimbra,
como requisito parcial para obtenção do
título de Mestre em Ciências Jurídico
Políticas com menção em Direito
Administrativo.

Orientador: Professor Doutor Pedro
António Pimenta da Costa Gonçalves

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: ____/____/2016

Orientador: Professor Doutor Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves

Membro da Banca

Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por ter me dado a oportunidade de vivenciar essa emoção de me tornar Mestre em Direito, pois ele é a razão de tudo, é a minha direção em busca da paz e de felicidade. Não encontro palavras para mensurar a minha eterna gratidão.

Aos meus pais, pelo amor, dedicação e empenho nos ensinamentos passados, por acreditarem em mim, por não desistirem dos meus sonhos, apesar das dificuldades enfrentadas e por me tornarem quem eu sou.

Agradeço ao meu irmão, que sempre foi muito compreensivo nos momentos de maior dificuldade, sempre me apoiando e dando forças para continuar lutando e que muitas vezes chegou a abnegar de suas necessidades em prol dos meus estudos.

Agradeço ainda à Universidade de Coimbra, pelos conhecimentos adquiridos e valiosa experiência acadêmica, ao seu corpo docente e de funcionários.

Ao meu orientador Professor Doutor Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves, um exemplar professor, a quem também dedico esse trabalho, pela sua simplicidade no tocante à transmissão dos conhecimentos, exemplo este que levarei para minha vida, pela confiança, e pela orientação especial.

Agradeço aos meus amigos que sempre me apoiaram e me ensinaram que ninguém é mais forte do que todos nós juntos e que sempre se deve fazer o bem sem olhar a quem.

A todos vocês que, direta ou indiretamente me direcionaram, incentivaram-me, o meu muito obrigado.

“Estamos numa encruzilhada da história humana. Ou criar-se-ão relações multipolares de poder, equitativas e inclusivas com pesados investimentos na qualidade total da vida para que todos possam comer, morar com mínima dignidade e apropriar-se de cultura com a qual se possam comunicar com seus semelhantes, preservando a integridade e beleza da natureza ou iremos ao encontro do pior, quem sabe, ao mesmo destino dos dinossauros. Armas para isso existem e sobra demência. Faz-se urgente mais sabedoria que poder e mais espiritualidade que acúmulo de bens materiais. Então os povos poderão se abraçar como irmãos na mesma Casa Comum, a Terra, e irradiaremos como filhos da alegria e não como condenados ao vale de lágrimas”.

Leonardo Boff.

RESUMO

Este trabalho acadêmico tem como objetivo realizar um estudo sobre o crime de corrupção enfatizando a corrupção na política, a improbidade administrativa, os contratos fraudulentos e as parcerias público privadas, tomando-se como embasamento o que ocorre no Brasil, onde a corrupção na política arrasta-se desde o seu descobrimento, agravando-se no período imperial (1822 – 1889), conforme registros históricos e chegando até a atualidade. De início aborda-se, de forma breve, sobre ética e moral. Por séculos os corruptos políticos viveram sem serem incomodados pela justiça. Não havia leis apropriadas e a influência destes era muito grande sobre todos. Somente nas últimas décadas, com os avanços ocorridos em todas as áreas sociais, das novas tecnologias da informação e comunicação é que, pressionados pela opinião pública, foram surgindo leis importantes contra a corrupção, como a Lei nº 8.429/1992, popularmente conhecida com lei da Improbidade Administrativa. Concomitantemente, neste trabalho são abordados assuntos relacionados com outras leis específicas contra a corrupção como a Lei complementar nº 135 de 04 de junho de 2010 – Lei da Ficha Limpa, que se tornou um marco da cidadania brasileira. Partindo do pressuposto que o termo ‘improbidade’ significa desonestidade, avalia-se a possibilidade de um ato desonesto doloso ou decorrer de culpa, como consequência de negligência, imprudência ou imperícia. Além disso, examina-se a conformidade da Improbidade Administrativa culposa com os princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, elencado entre os fundamentos da república, na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Corrupção. Improbidade Administrativa. Princípios Constitucionais. Parcerias Público Privadas.

ABSTRACT

This academic work aims to conduct a study on the crime of corruption emphasizing corruption in politics, the administrative misconduct, fraudulent contracts and public-private partnerships, taking as a basis what happens in Brazil, where corruption in politics drags has been known since its discovery, worsening the imperial period (1822 - 1889), as historical records and coming to the present. At first it approaches briefly on ethical and moral. For centuries the political corrupt lived undisturbed for justice. There was no appropriate laws and their influence was very great on everyone. Only in recent decades, with the progress made in all social areas, new information and communication technologies is that, under pressure from public opinion, important laws against corruption have emerged, such as Law No. 8,429 / 1992, popularly known as law Administrative misconduct. Concomitantly, this work is addressed issues related to other specific laws against corruption as the Complementary Law No. 135 of June 4, 2010 - Clean Record Law, which became a landmark of Brazilian citizenship. Assuming that the term 'misconduct' means dishonesty, assesses the possibility of a dishonest act or fraudulent course of guilt as a result of negligence, imprudence or inexperience. In addition, it examines the conformity of Administrative Misconduct culpable with the implicit constitutional principles of reasonableness and proportionality, as well as with the principle of Human Dignity, part listed among the foundations of the republic, the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Corruption. Administrative dishonesty. Constitutional principles. Public-Private Partnerships.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	9
1. ÉTICA E MORAL NA POLÍTICA.....	12
1.1 O OBJETIVO DA ÉTICA.....	15
2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	17
2.1 CONCEITO.....	17
2.2 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS.....	19
2.3 OS AGENTES PÚBLICOS E SUA TRADICIONAL RESPONSABILIZAÇÃO.....	21
2.4 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE.....	22
3. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA LEI Nº 8.429/1992 E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	29
3.1 DO DOLO E DA CULPA E SUA APLICABILIDADE SEGUNDO A LEI Nº 8.429/92.....	29
3.1.1 Do Dolo e da Culpa nos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito.....	31
3.1.2 Do Dolo e da Culpa nos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.....	33
3.1.3 Do Dolo e da Culpa nos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário.....	35
3.2 SANÇÕES APLICÁVEIS AOS AGENTES PÚBLICOS QUE COMETEM ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	40
4. DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.....	41
4.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	46
4.2 PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE.....	50
5. DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO.....	52
5.1 DO FORO PRIVILEGIADO.....	55
5.2 RESPONSABILIDADE DE AGENTES POLÍTICOS POR ATO DE IMPROBIDADE.....	56

5.3 A APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS.....	60
6. PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS (PPP).....	63
6.1 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – BREVE HISTÓRICO.....	63
6.2 SURGIMENTO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO BRASIL.....	65
6.3 A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA E AS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS (PPP).....	68
6.4 ÓRGÃO GESTOR DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.....	70
6.5 VANTAGENS E DESVANTAGENS DOS PROJETOS DE PPP.....	72
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	74
REFERÊNCIAS.....	76

INTRODUÇÃO

O uso da máquina pública para atender a interesses escusos é um problema que já atravessou séculos no Brasil e tem, portanto, uma dimensão histórica e sociológica inquestionável. Diz-se, corriqueiramente, que a corrupção “corre nas veias” do poder ou que, de tão entranhada, já faz parte do nosso “DNA político”.

O fim dos tempos ditatoriais, com o conseqüente advento da Constituição Cidadã, trouxe uma nova perspectiva à sociedade brasileira, que teve seus direitos, outrora suprimidos, restaurados. Entre estes, um dos mais significativos foi a liberdade de imprensa. Sem dúvida, isso proporcionou à população uma maior ciência dos acontecimentos políticos do país.

A extinção da malfadada censura aliada à atmosfera criada pelo recente Estado Democrático de Direito, viabilizou a divulgação de incontáveis escândalos de corrupção. Com isso, pôde-se perceber uma crescente indignação popular no que se refere às práticas abusivas de agentes públicos no tocante ao trato da coisa pública.

Nesse cenário, surgiu a Lei nº 8.429/1992, popularmente conhecida como a ‘Lei de Improbidade Administrativa’, que este ano completa 24 anos e que nasceu do claro intento de moralizar a Administração Pública, uma vez que indica o que se considera ato de improbidade administrativa e prevê sanções para os ímprobos, atendendo, deste modo, às aspirações constitucionais e sociais.

A Lei de Improbidade Administrativa regulamenta o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal e constitui um pertinente mecanismo de repressão a práticas indecorosas no serviço público. Assim, busca auxiliar na efetivação da pretensão do Estado Democrático de Direito de formar uma sociedade cada vez mais livre, justa, solidária e, sob todos os aspectos, próspera.

Em que pese a louvável intenção do legislador ao inserir o referido diploma legal no ordenamento jurídico pátrio, em alguns pontos é possível que tenha havido excesso. Abordaremos aqui, especificamente, a referência à culpa contida no artigo 10, da Lei 8.429/1992, que dispõe acerca dos atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário.

Importa aqui destacar o conceito de improbidade. Numa breve análise etimológica, é possível constatar que significa o mesmo que desonestidade. Sob o ângulo jurídico, é

também este o sentido que se atribui a improbidade. Se assim considerarmos, seria possível admitir a culpa num ato de improbidade? Existe desonestidade culposa?

Por outro lado, a penalidade prevista pelo artigo 12, II, aplicável às hipóteses do artigo 10, da Lei nº 8.429/1992, de extrema gravidade, já que, entre outras duras sanções, está prevista a suspensão dos direitos políticos, é razoável e proporcional para quem praticou um ato ilícito culposos?

Do ponto de vista constitucional, a modalidade culposa de improbidade administrativa contida no artigo 10, da Lei nº 8.429/1992 viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que, embora implícitos, devem nortear todo o ordenamento jurídico nacional?

No tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, considerar como ímprobo aquele que agiu culposamente atinge a dignidade daquele agente público? Haveria violação ao aclamado princípio, elencado entre os Fundamentos da República no artigo 1º, III, da Carta Magna? Admitir a improbidade culposa é contrário ao ideal de justiça que deve buscar o Direito? Além do mais, nesse trabalho será feita uma análise sobre o foro por prerrogativa de função.

Este estudo tem também como escopo analisar na bibliografia específica, os aspectos mais relevantes acerca da Lei 11.079/2004, também conhecida como a Lei das Parcerias Público-Privadas (PPP). Estas parcerias, apesar dos riscos, têm se tornado uma ferramenta apropriada para grandes investimentos públicos, desenvolvimento de infraestrutura em vários setores como, por exemplo: estradas, administração e melhorias de metrô e aeroportos, entre outros.

Inspiradas na doutrina neoliberal, as PPP's, mesmo antes da Lei 11.079/2004, já existiam na modalidade de concessão patrocinada, onde o particular juntamente com o setor público investiam quantias expressivas na efetivação de projetos. Portanto, foi a partir desse contexto que as PPP's passaram a ter um regime jurídico próprio.

Antes, porém, as concessões de serviços públicos eram reguladas pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, com outras formas entre Estado e o setor privado, como: Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) e também através de contratos de gestão com Organizações Sociais (OS).

Em um cenário onde o poder público encontra dificuldades de executar projetos de interesse da população, principalmente de infraestrutura, ora pela excessiva burocracia, ora

pela falta de recursos suficientes do Estado, as parcerias público-privadas tornaram-se a solução ideal para tanto.

Apesar de serem bastante úteis, as PPP's tornam-se alvo de questionamentos nos meios jurídicos, pois há aqueles que duvidam da constitucionalidade das Parcerias Público-Privadas. As PPP, apesar de serem utilizadas em larga escala em muitos países, principalmente na Europa, em virtude das vantagens que representam, aqui no Brasil, levantam-se discussões sobre se estão amparadas na Constituição Federal de 1988, ou não.

Não somente as questões jurídicas que essas PPP's provocam, ainda assim, apresentam alguns riscos, os quais serão abordados no decorrer desse trabalho. Portanto, a escolha desse tema justifica-se pela sua relevância no que tange à necessidade que todos temos em ver uma política pública realmente mais justa e pautada na ética.

1. ÉTICA E MORAL NA POLÍTICA

Desde tempos remotos, o homem busca instituir regras de comportamento baseados na ética e na moral. Para muitos, ética e moral são sinônimos, mas sabe-se que ambos têm conceitos diferentes.

De acordo com palavras do eminente Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Martins Filho (2010, p. 4):

Etimologicamente, Ética e Moral são sinônimas, significando costume (*ethos* do grego, e *mores* do latim). No entanto, muitos fazem a distinção entre a Ética, que seria o padrão de comportamento de um grupo ou comunidade e, portanto, relativa, enquanto a Moral diria respeito ao ideal de comportamento segundo as exigências da natureza racional comum a todos os homens, e, nesse sentido, objetiva. Assim, até a máfia teria o seu código de ética (pode matar, mas não se envolver com droga), apesar de sua imoralidade patente. Preferimos, no entanto, a sinonímia entre os termos, pois não se pode chamar de ético a qualquer padrão estabelecido de comportamento.

A ética não pode ser considerada como um conjunto interminável e oprimente de deveres e obrigações. Antes, cabe encará-la como uma “plêiade de virtudes e capacidades a adquirir e aperfeiçoar”, como uma “busca da excelência profissional e pessoal” (MARTINS FILHO, 2010, p. 5).

Destarte, a ética busca sempre um ideal; um ideal de aperfeiçoamento e excelência de conduta. Aliás, atributos estes esquecidos por muitos, inclusive e principalmente por muitos políticos no exercício do poder. Quanto à moral, pode ser definida como um conjunto de regras no convívio. O campo de aplicação é maior do que o campo do Direito. Nem todas as regras morais são regras jurídicas (MARTINS FILHO, 2010). O Direito e a Moral são semelhantes porque são formas de controle social.

De acordo com o Comparato (2006, p. 17): “pode ser classificado como ético o homem que persegue o ideal de excelência moral, que incorpora virtudes ao seu agir, através do esforço por vencer as tendências contrárias (que são os vícios), até construir um caráter equilibrado”.

Portanto, o que o povo espera dos seus representantes eleitos para exercerem mandatos executivos e legislativos, é que sejam éticos e zelem pela moralidade no trato com a coisa pública.

A ética deve estar interligada com todas as atitudes de vida do ser humano, seja na família, no trabalho, ou na sociedade. Sá (2005, p. 16) diz que “em seu sentido de maior

amplitude, a Ética tem sido compreendida como a ciência da conduta humana perante o ser e seus semelhantes”.

Certas atitudes humanas requerem transparência, tanto por aqueles que as executam quanto pelos que são alvo delas, para poderem ser julgadas como procedentes ou improcedentes.

Neste panorama, surge a ética, que pode ser entendida inicialmente como aquilo que vetoriza determinação ação, ao oferecer-lhe de maneira específica uma origem e uma destinação. Michaelis (1998, p. 45) conceitua a ética como: “Conjunto de princípios morais que se devem observar no exercício de uma profissão”.

A ética tem sido interpretada sob concepções diversas. Reale (1999) justifica a ética como ciência normativa dos comportamentos humanos. Maximiano (1974, p. 371) interpreta a ética como a área do conhecimento que trata da definição e avaliação de pessoas e organizações, dispondo sobre o comportamento adequado e os meios de implantá-lo. Toffler (1993, p.1), entretanto, mostra uma definição ampliada, pois discorre a ética como:

O conjunto dos princípios morais fundamentais do certo e errado. São regras de comportamentos. Significa integridade. Tem de partir de dentro do indivíduo. O significado mais apropriado para a ética é: estar de acordo com os padrões de uma dada profissão ou grupo. Portanto, qualquer grupo determina seus próprios padrões éticos e então vive ou não de acordo com eles.

Nesta mesma linha de raciocínio, Souza (2001, p.13), adiciona novos elementos a essa definição, pois compreende que a ética se fundamenta em buscar sempre o bem, reprimir vícios e fraquezas, preservar virtudes, proteger e conservar a vida e a natureza.

É possível observar, com base nessas concepções que a ética estuda os costumes das coletividades e as morais que podem atribuir-lhes consistência. A ética pode ser concebida como uma disciplina ou área de conhecimento humano que se reporta a teoria ou estudos sobre a prática da moral. Ela averigua e critica os fundamentos e princípios que norteiam ou justificam determinados sistemas e grupo de valores morais. É a ciência que modela a conduta, a teoria do comportamento moral dos seres humanos no meio social. Diante disso, Nalini (1997, p. 31) explica que a “ética é uma disciplina normativa, não por criar normas, mas por descobri-las e elucidá-las. Mostrando às pessoas os valores e princípios que devem nortear sua existência, a ética aprimora e desenvolve seu sentido moral e influencia a conduta”.

Em referência a esses aspectos (MOREIRA, 1999), demonstra que há pelo menos cinco teorias relacionadas a formação dos conceitos éticos, aos quais também define como preceitos:

a) Teoria fundamentalista: aborda que os conceitos éticos sejam extraídos de uma fonte externa ao ser humano, a qual pode ser um conjunto de normas, um livro (Bíblia Sagrada), ou até mesmo outro indivíduo;

b) Teoria utilitarista: propõe que o conceito ética seja constituído com critérios para o bem melhor da sociedade como um todo;

c) Teoria do dever ético: propõe que a conduta ética deve ser um princípio universal, com valia para todos que se encontram na mesma situação;

d) Teoria contratualista: presume de que o ser humano assumiu com seus semelhantes o dever de se comportar conforme as regras morais, para poder conviver no meio social. Portanto, os conceitos éticos seriam absorvidos das regras morais que levassem à perpetuação da sociedade.

e) Teoria relativista: segundo a qual cada indivíduo poderia escolher sobre o que é ou não ético, baseado em suas próprias opiniões e na sua própria compreensão sobre o bem e o mal. Desse modo, o que não representa ser ético para um indivíduo pode não o ser para outro.

O estudo dessas teorias mostram que elas são relativas e como tal devem ser compreendidas. À vista disso, Sá (2001) realizou um estudo sobre os vários aspectos da ética juntamente com os pensadores filosóficos e deduziu que os objetivos da mesma envolvem o procedimento do homem diante de terceiros, mas sempre procurando praticar o que não venha a ferir ou prejudicar a quem quer que seja; até mesmo o autor pelo ato.

Nos tempos atuais, o mesmo autor complementou que a ética é um objetivo a ser perseguido e por isso, ela deve ser o canal entre o material e o espiritual. Ele apoiou também e defendeu a hierarquia de valores, como algo necessário, como regra e critério de juízo e como possibilidade de escolha inteligente.

No início das décadas de 1980 e 1990, a ética surgiu como um daqueles temas passando a figurar como um dos grandes eixos de preocupação e discussão entre as pessoas. Afirma Aquino (2006) que a ética é debatida em diversos campos sociais, como na ciência, na política, na religião ou na mídia.

Valls (1994 p. 72) expõe três momentos de eticidade, através dos quais giram os

grandes problemas éticos.

O primeiro deles baseia-se nas relações familiares, onde são colocadas as questões das exigências éticas do amor, dos modos de relacionamento hetero ou homossexual, os modos de vida celibatária, dentre outros.

O segundo está referenciado aos problemas como o trabalho e a propriedade da sociedade. Aqui são listados os assuntos de injustiças sociais, o desemprego, a escravização no trabalho, dentre outras.

O terceiro cita os problemas éticos atuantes no Estado, como: a definição dos poderes com suas divisões, as declarações de direitos e as questões éticas das eleições.

Ponderando-se sobre este tema, é possível proferir que o campo da ética está fundamentado em torno da fidelidade, ou não, às regras postas num “jogo”, as quais, sobressaem-se, principalmente, quando o jogo não é bem jogado. E se foi bem jogado, elas novamente submergem, silenciam-se, retornam à qualidade de pressuposto básico, de acordo com Aquino (2006). Sendo assim, é possível dizer que a ética é aquilo que provém da nossa confiança no outro, ou aquela espécie de segurança íntima e pacificadora a que se consente quando em boa companhia.

1.1 O OBJETIVO DA ÉTICA

Estudando sociedades de forma individualizada, se reconhece variados tipos de condutas e normas, que ao serem constituídas e formalizadas, essas condutas se transfiguram em um código de ética, complementadas por meio de um documento oficial que contém normas e princípios éticos da sociedade em questão. Assim, ao ser examinado o código de ética da profissão contábil, pode-se verificar pontos que tenham por finalidade definir procedimentos íntegros por parte do contador no exercício da profissão, assegurando sua integridade profissional. Estabelecido sobre duas bases fundamentais do conceito da ética, englobam-se as regras que definem a profissão e os princípios da idoneidade do contador.

Diante disso, discorre Sá (2005, p.35) que a ética objetiva analisar o comportamento do indivíduo dentro da sociedade com a finalidade de fundamentar níveis aceitáveis que venham assegurar uma convivência pacífica no meio social.

Deste modo, a ética procura as relações entre o íntimo e a ação, diante de seus

efeitos como qualidades, quantidades, causa, resultado e demais outros. Seu propósito é o de levar comportamentos individuais de um grupo determinado, igualizando ações para que seus membros possam realizar seus exercícios satisfatoriamente, em conformidade com os princípios universais da ética através de um código pré-definido.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 CONCEITO

O termo ‘improbidade’ é proveniente do latim *improbitate* e significa desonestidade, deslealdade, estando ainda intimamente relacionado ao termo ‘corrupção’. Alguns doutrinadores, com propriedade, associam improbidade à ideia de devassidão.

De acordo com Simão (2011, p. 41): “O ser ímprobo é um ser devasso. Ser devasso significa ser dissoluto, desregrado, sem moral. Enfim, a conduta ímproba representa falta de retidão ou um procedimento malicioso, ou, ainda, uma atuação pernicioso”. No mesmo sentido, Silva (2010, p. 386), afirma que: “o ímprobo administrativo é o devasso da Administração Pública”.

Importa ressaltar, contudo, que a improbidade não é um flagelo que afeta exclusivamente o setor público. Atos de corrupção e desonestidade atingem também o setor privado, seja no campo civil, comercial ou trabalhista, conforme observa Simão (2011, p. 43). Para exemplificar, podemos citar o artigo 482, da Consolidação das Leis do Trabalho, que prevê o ato de improbidade como uma das condutas que constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador.

Segundo Saraiva (2009, p. 74): “improbidade é o ato de má-fé do empregado destinado à obtenção de vantagem, para si ou para outrem, que importe em risco ou prejuízo à integridade patrimonial do empregador”. Cita o autor como exemplos de atos de improbidade: furto ou roubo de bens da empresa, apropriação indébita de recursos do estabelecimento e falsificação de documentos para obter vantagem ilícita na empresa.

No que se refere à improbidade no setor público, Simão (2011, p. 47) trata de classificá-la em três categorias: improbidade eleitoral; improbidade política ou político-administrativa; e improbidade administrativa. Esta última é a que constitui o objeto do presente estudo.

A Constituição Federal não conceitua diretamente improbidade administrativa, limitando-se a prever sanções para os atos ímprobos. Como bem observam Paulo e Alexandrino (2010, p. 12):

O mandamento constitucional do artigo 37, § 4º, é de eficácia limitada, tendo sua regulamentação ocorrido por meio da lei 8.429/1992, que, por seu turno, também

não define com precisão improbidade administrativa, contendo apenas definições genéricas, além de exemplos de condutas ímprobas.

Cavalcante (2012, p. 160) analisa que o conceito de improbidade administrativa é aquele dado pela lei infraconstitucional. Para o douto Promotor de Justiça do Estado do Piauí Tomando-se a Lei de Improbidade Administrativa como referência, improbidade administrativa é todo e qualquer ato previsto na própria lei que importe em enriquecimento ilícito, lesão ao erário público e, por último, contrarie os princípios que norteiam a administração pública.

Mattos (2010, p. 371) por sua vez, apresenta um notável conceito de improbidade administrativa:

Pode-se, pois, conceituar improbidade administrativa como espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, mediante a qual enriquece ilícitamente, obtém vantagem indevidamente, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário. Essa qualificadora de imoralidade administrativa aproxima a improbidade administrativa do conceito de crime, não tanto pelo resultado, mas principalmente pela conduta, cuja índole de desonestidade manifesta a devassidão do agente (MATTOS, 2010, p. 372).

No que se refere à probidade administrativa, alguns autores, a exemplo de Di Pietro (2007, p. 743), a entendem como sinônimo de moralidade administrativa, pelo que diz: “A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública.”

Importante salientar que a própria Di Pietro entende que, quando se fala em improbidade como ato ilícito sancionado por lei, as expressões passam a ter sentidos distintos, uma vez que improbidade tem um sentido mais preciso que imoralidade.

Convém notar que o artigo 37, *caput*, da nossa Carta Magna, incluiu a moralidade entre os princípios da administração pública. Com ela não se confunde o princípio da legalidade, já que o referido artigo trata ambos os artigos de forma independente.

Há, também, os doutrinadores que defendem, com mais acerto, que existem diferenças entre os conceitos de moralidade e probidade, uma vez que esta envolve outros elementos, que vão além da moralidade. Silva (2010, p.102) aduz que a improbidade administrativa é uma imoralidade administrativa qualificada. Do mesmo modo, entende Simão (2011, p. 190), segundo o: “o princípio da probidade administrativa tem âmbito mais restrito do que o da moralidade administrativa, voltando-se exclusivamente aos atos desonestos e desleais.” Sob este ângulo, todo ato ímprobo é imoral, contudo, nem todo ato imoral pode ser qualificado como ímprobo.

Defende-se que improbidade administrativa é uma imoralidade permeada pela má-fé do agente público, que atua de modo a violar os princípios da administração pública, podendo sua conduta ser agravada pela lesão ao erário e pelo enriquecimento ilícito. Ressalte-se que todos os atos descritos no Capítulo II, da Lei de Improbidade Administrativa, constituem violação a princípios da administração pública, no entanto, os atos do artigo 11 são, muitas vezes, absorvidos pelos atos descritos nos artigos 9º e 10, em razão da maior gravidade destes.

Consoante noção cediça reputa-se ímprobo aquele agente completamente dissociado dos valores morais positivados no nosso ordenamento jurídico, que, agindo maliciosamente, viola o dever ético e legal de zelar pela *res publica* e de se abster de praticar atos lesivos ao patrimônio público ou que importem em obtenção de vantagens indevidas.

2.2 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Em uma breve abordagem histórico-bíblica, para que sirva de reflexão, verifica-se que a corrupção não é um fenômeno recente na sociedade, mas que acompanha a humanidade desde os seus primórdios.

A Bíblia Sagrada aborda temas como a prática de corrupção e os desígnios de Deus para a formação do caráter do ser humano no exercício da socialização entre os povos a partir do primeiro livro (gênesis) ao último livro (apocalipse). No que concerne à corrupção ativa e passiva, a bíblia expõe a corrupção *lato sensu*, no exercício do pecado, de uma forma geral, que se revela na corrupção *strito sensu*, nas mais diversas produções de condutas ilícitas do homem no seio da sociedade antiga, até a sociedade contemporânea, mostra que a obsessão pelo dinheiro e pela vida fácil, segue a humanidade há milhões de anos.

Revela a bíblia sagrada no livro de Isaias (33:15-16, p. 1134) que:

O que anda em justiça e fala o que é reto, o que despreza o ganho de opressão; o que, com um gesto de mãos, recusa aceitar suborno; o que tapa os ouvidos, para não ouvir falar de homicídios, e fecha os olhos, para não ver o mal, este habitará nas alturas; as fortalezas das rochas serão o seu alto refugio, o seu pão lhe será dado, as suas águas serão certas.

À luz da Bíblia, os versículos abordados manifestam a base da moral e pressupõe a formação de caráter da pessoa no exercício de suas ações espirituais e humana e, de que pode se viver uma vida moralmente aprovada e extirpar a improbidade do seio da sociedade contemporânea, onde prevaleça o exercício da ética e da moral como os remédios imprescindíveis para curar uma sociedade contaminada pelo vírus da corrupção.

A bíblia sagrada no livro de Ezequiel (18:5, 8, p. 944), Levítico (19:15, p. 148), Deuteronômio (16:19-20, p. 324) e Êxodo (23:6, 8, p. 139), recomenda:

Sendo, pois, o homem justo e fazendo juízo e justiça [...] não dando seu dinheiro a usura, não recebendo demais, desviando a sua mão da injustiça, fazendo o verdadeiro juízo entre homem e homem;
Não fareis injustiça no juízo; não aceitarás o pobre, e nem respeitarás o grande; com justiça julgares o teu próximo.
Não torcerás a justiça, não farás aceção de pessoas, nem tomarás suborno; porquanto o suborno cega os olhos dos sábios e subverte a causa dos justos. À justiça seguirás, somente a justiça, para que vivas e possuas em herança a terra que te dá o Senhor, teu Deus.
Não perverterás o julgamento do teu pobre na sua causa [...] Também suborno não aceitarás, porque o suborno cega até o perspicaz e perverte as palavras dos justos.

Os versículos em estudo revelam que é imprescindível a ética como um dos requisitos básico para alicerçar os princípios que norteiam a sociedade antiga e contemporânea, estabelecendo que o certo sempre será certo, assim, determina as regras instituídas por Deus e as regras e normas constituídas pelo homem. Em síntese, o cristão deve ser ético em qualquer situação eventual.

A Bíblia no livro de Isaias (10:1-2, p. 804) avisa:

Ai dos que decretam leis injustas, e dos escrivães que escrevem perversidades, para prejudicarem os pobres em juízo, e para arrebatarem o direito dos aflitos do meu povo, e para despojarem as viúvas, e para roubarem os órfãos!

Nessa concepção espiritual os princípios instituídos por Deus na Bíblia indicam a forma de como as autoridades devem se comportar no Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, em especial aqueles que conhecem a palavra, pois, a conduta é um espelho no qual todos revelam sua imagem. Os livros de Ezequiel (22:12, p. 1303, 29, p. 1304) e Provérbios (17:23-24, p. 1030), Provérbios (18:2-3, p. 1030), adverte que:

No meio de ti, aceitam subornos para se derramar sangue, usura e lucros tomaste, extorquindo-o, exploraste o teu próximo com extorsão [...] contra o povo da terra praticam extorsão, andam roubando, fazem violência ao aflito e ao necessitado e ao estrangeiro oprimem sem razão.

O perverso aceita suborno secretamente, para perverter as veredas da justiça. A sabedoria é o alvo do inteligente, mas o olhar do insensato vaga pela extremidade da terra.

O insensato não tem prazer no entendimento, senão externar o seu interior. Vindo a perversidade, vem também o desprezo; e, com ignomínia, a vergonha.

Os versículos abordados estão intrinsecamente ligados a atos de corrupção e conseqüentemente manifesta uma advertência àqueles que infringir os princípios bíblicos serão considerados pecadores a luz da Bíblia por exercerem condutas ímpias.

De certo, os dogmas instituídos por Deus e constituídos pelo homem estabelecem preceitos e, vislumbra que a conduta moral e ética é meramente humana no tocante a religião ou institucional embora possa se amparar nas leis naturais e nos impulsos da consciência carecem permanecer em harmonia com os princípios de Deus.

Imagine se nossos políticos tivessem a Bíblia como livro de cabeceira, em vez de "O Príncipe" de Maquiavel. Veriam que a corrupção não compensa.

Como se percebe, o fenômeno da corrupção administrativa acompanha a humanidade desde muitos séculos. No Brasil, os crimes de responsabilidade já eram previstos nas Constituições de 1891, 1934 e 1937. A Constituição de 1891 foi promulgada no dia 24 de fevereiro daquele ano, sob o regime representativo e presidencial, e instituiu-se a forma federativa de Estado (os Estados eram as antigas províncias). A adoção da forma de Estado Federal, principalmente na Constituição de 1891, significou a chave da autonomia dos Estados. Os crimes de responsabilidades começaram a ser previstos nessa Constituição. No decorrer das demais Constituições esses crimes passaram a ser punidos de conformidade com os avanços sociais, políticos e de novos entendimentos jurídicos.

Subseqüentemente, o país passou por mais algumas Constituições tais como: a Constituição Federal de 1946 – Lei Ordinária disciplinando sanções – Lei n.º 3.164/1957; a Lei Bilac Pinto (Lei 3.502/1958); Lei 4.717/65 – ação popular para anulação de atos lesivos ao patrimônio; Constituição Federal de 1967 e Emenda Constitucional n.º 1/1969; e, finalmente, A Constituição Federal de 1988 e Lei n.º 8.429/1992 (Lei da Improbidade Administrativa).

2.3 OS AGENTES PÚBLICOS E SUA TRADICIONAL RESPONSABILIZAÇÃO

Desde a Constituição de 1937 está prevista a responsabilização do agente público, conforme o Decreto-Lei n. 1.713, de 28 de outubro de 1939 – art. 230. O primeiro Estatuto

dos Funcionários Públicos Civis da União refere-se a três esferas tradicionais de responsabilização do funcionário público: civil, criminal e administrativa, existindo independência entre elas.

Destarte, o agente público que praticar qualquer delito previsto no seu Estatuto, deverá responder na justiça por isso. Os agentes públicos são responsáveis pelos seus atos. A responsabilidade administrativa nada mais é do que é a obrigação de responder perante a Administração pela prática de ilícito administrativo na infração de regras de conduta inerentes à função pública, culminando em ilícito disciplinar e funcional.

De acordo com Di Pietro (2009, p. 515):

O funcionário público ou o agente público em sentido estrito, como mencionado, ao estabelecer seu vínculo com a Administração Pública, passa a se sujeitar a um regime jurídico previamente definido, que trata de seus direitos, deveres, condições de trabalho, normas disciplinares, vencimentos, vantagens. Trata-se de normas de ordem pública, que não são passíveis de alteração nem mesmo com a concordância da Administração Pública e do funcionário, nas quais estão contidas todas as especificações da responsabilidade administrativa.

O ilícito não precisa estar ligado exclusivamente à violação dos deveres decorrentes da função exercida pelo funcionário público, pois, a ofensa dos deveres jurídicos e morais, aos quais os cidadãos em geral estão sujeitos pode constituir infração disciplinar, se puder afetar a relação do sujeito que a praticou com a Administração Pública, relação esta, resultante do vínculo que especialmente os liga (CAETANO, 1999, p. 135).

É obrigação do agente público, observar os deveres impostos pelo ordenamento jurídico, e essa imposição tem início no momento em ele passe a ter vínculo com a Administração Pública.

2.4 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE

De modo geral, a moralidade deve ser preservada em qualquer área da vida humana. Não é concebível que ela não esteja presente em qualquer instituição na sociedade. A própria Constituição Federal de 1988 aponta os princípios que devem ser observados pelo administrador público no exercício de sua função. De acordo com Marinella (2005, p. 37):

A Constituição Federal inseriu, entre outros princípios, o princípio da moralidade, significando isso, que o administrador público deve atender aos ditames da conduta ética, honesta, exigindo a observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

No âmbito doutrinário é firme o reconhecimento da existência de uma íntima e indissociável relação entre a improbidade e o princípio da moralidade administrativa.

De acordo com Carvalho Filho a ação de improbidade administrativa procura, precipuamente, à preservação, pela via jurisdicional, do princípio da moralidade administrativa, vez que, “diante do direito positivo, o agente ímprobo sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade” (CAETANO, 1999, p.138).

Dessa forma, conclui o doutrinador que a moralidade, em si, é um elemento aberto e disciplinador de todas as condutas da Administração Pública, ao passo que a improbidade deve ser encarada como uma “imoralidade administrativa qualificada pela lei”.

Silva (2010,p.74) defende a tese de que a imoralidade representa uma ideia mais ampla e que abarca a noção de improbidade, uma vez que esta é uma imoralidade administrativa qualificada em sede constitucional.

A improbidade é espécie do gênero imoralidade, o que deixa transparecer, mais uma vez, a ideia de que somente existirá improbidade (espécie), se, antes, puder ser constatada uma imoralidade (gênero). Em dicção muito próxima, encontram-se, ademais, os ensinamentos de Aristides Junqueira Alvarenga, segundo o qual, a improbidade é uma imoralidade administrativa qualificada pela desonestidade, sendo, pois, espécie do gênero imoralidade administrativa (ALVARENGA, 2003, p.213)

Corroborando com essa ideia, Di Pietro (2005, p. 211) defende que, enquanto consideradas como princípios, as expressões “moralidade” e “probidade” estão, a rigor, vinculadas entre si por uma relação de sinonímia, tendo em vista que ambas dizem respeito à noção de honestidade na conduta funcional. Isto é, quando se exige probidade ou moralidade administrativa, “não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos”.

Entretanto, a autora supracitada destaca que somente existe essa identidade de significados entre as expressões, enquanto as consideramos como princípios, porque,

quando nos referimos à improbidade como “ato ilícito”, ou seja, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, não mais perduraria a sinonímia entre improbidade e imoralidade (Di Pietro, 2005, p. 214).

Ainda, segundo a autora acima mencionada, a “improbidade” teria um sentido muito mais amplo do que o de “imoralidade”, vez que aquela abarcaria não só atos desonestos ou imorais, mas também os meramente ilegais. Partindo dessas premissas, a autora conclui que “a lesão à moralidade administrativa é apenas umas das inúmeras hipóteses de atos de improbidade administrativa previstos em lei”.

Em entendimento contrário, é certo que a improbidade, quando vista como ato ilícito, deixa de se identificar plenamente com a imoralidade, mas, não se afigura razoável declarar que a violação à moralidade administrativa é apenas uma das hipóteses de condutas tipificadas como ímprobadas.

Certamente, como já foi demonstrada, a lesão ao princípio da moralidade é um dos precípuos elementos constitutivos de toda e qualquer improbidade. Ao negar a importância desse requisito, corre-se o risco de grave distorção do próprio desenho constitucional do ilícito de improbidade, em patente violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Essencialmente, quando se julga a moralidade e a improbidade como atos ilícitos (e não mais como meros princípios informativos), pulveriza-se a relação de sinonímia entre as expressões, erguendo-se, em seu lugar, a constatação de que a grave violação à moralidade é requisito essencial à caracterização da improbidade administrativa.

Conclui-se que conceber a improbidade administrativa como um ilícito de “imoralidade qualificada” ostenta, pelo menos, dois incontestáveis benefícios pragmáticos: primeiro, evitar que se confunda a mera ilegalidade com a improbidade administrativa; segundo, restringir a utilização do instituto da improbidade apenas àquelas hipóteses realmente dotadas de um solene grau de lesividade ao princípio da moralidade administrativa (OSÓRIO, 2005, p. 111).

Segundo Hauriou (1938, p. 67) a noção de “boa administração pública” (ou “boa gestão pública”) já era identificada como o suporte fundamental do princípio da moralidade administrativa. Demonstra, ainda, que esse princípio está funcionalmente alicerçado nos postulados de boa gestão pública.

A constatação da boa administração não deve levar em consideração apenas a obediência ou não daquilo que estiver pormenorizadamente consagrado em lei, uma vez que seus parâmetros também abrangem deveres ético-funcionais implícitos. Assim, o jurista francês se contrapunha ao *hard positivism*, Escola de incisiva influência no início do século XX. Osório (2005, p. 67), sobre isto, afirma:

Existia uma moralidade administrativa segundo a qual o administrador ficava vinculado a regras de conduta inerentes à disciplina interna da Administração Pública, o que significava a obediência necessária a pautas de boa administração, transcendendo as minúcias ou previsões expressas nas regras legais. A boa administração comportaria, por esse ângulo, um universo de condutas eticamente exigíveis dos administradores públicos, tivessem ou não previsão expressa no ordenamento jurídico.

A falta de decoro funcional é uma das piores facetas da má gestão pública, cujas raízes já podiam ser encontradas, e de modo extremamente nefasto e com dimensões descomunais desde a Roma Antiga (ALVARENGA, 2003, p. 92). Destarte, a degradação moral dos agentes públicos e a desmoralização da vida política constituem fenômenos permanentes que insistem em desrespeitar os rígidos padrões éticos que, por imposição do princípio da moralidade administrativa, deveriam modelar a atuação dos homens do Estado.

Uma atuação contra as regras éticas que presidem o setor público não pode ser eficiente, já que seus resultados e, mais do que isso, seus caminhos estão entranhados no conjunto de danos produzidos. Um agente público que, atropelando fórmulas ético-normativas, consegue obter resultados econômicos favoráveis não será um sujeito eficiente na perspectiva da ética institucional (OSÓRIO, 2005, p. 79).

O princípio da moralidade é um critério a ser seguido por toda autoridade administrativa, de forma que o seu amplo espectro de incidência também repercute na valoração das imposições provenientes do princípio da eficiência no setor público. Por isso, da harmonização entre o princípio da eficiência e o princípio da moralidade administrativa, deduz-se que a observância plena do próprio princípio da eficiência funcional pressupõe o estrito cumprimento dos deveres da ética pública.

Destarte, é importante que não se confunda a ideia de eficiência exigida pelo setor privado com aquela outra que, por incidência do princípio da eficiência administrativa, deve permear a atuação do Poder Público. É evidente que a boa gestão pública não deve observância apenas aos imperativos da boa gestão empresarial, visto que esta se preocupa

basicamente com interesses privados, os quais podem ser resumidos na percepção de resultados econômicos favoráveis. A boa administração pública, por sua vez, além de almejar resultados que satisfaçam os interesses privados da coletividade, reclama também a adequação ética da conduta funcional. Assim sendo, “os meios e os fins são relevantes e positivamente valorados dentro dos paradigmas do bom administrador (público), daí a processualidade das relações nesse setor” (OSÓRIO, 2005, p. 79). A boa gestão pública presume a conjugação e a harmonização dos princípios da eficiência funcional e da moralidade administrativa. Isto é, a boa administração não se pauta exclusivamente pela aferição de eventuais resultados vantajosos, uma vez que se deve, igualmente, avaliar o “proceder do homem público”. À luz do princípio da moralidade administrativa, é também dever funcional a adoção de caminhos e métodos que sejam eticamente adequados. Em síntese, são inadmissíveis condutas funcionais economicamente úteis, mas eticamente perniciosas à sociedade, sob pena de aniquilar-se toda a eficácia do princípio da moralidade administrativa (OSÓRIO, 2005, p. 80).

Em decorrência da estreita relação existente entre a violação aos ditames da boa administração e a imoralidade administrativa, Osório (2005, p. 80) afirma que a improbidade representa o que há de mais execrável na gestão pública.

De outro modo, ao identificar a improbidade administrativa como espécie de má gestão pública, o autor supracitado defende, com veemência, que o ilícito de improbidade poderia se expressar de duas maneiras distintas: grave desonestidade do agente público e intolerável ineficiência funcional. Ora, assim procedendo, o autor acaba reconhecendo a possibilidade de responsabilização, a título de improbidade, pela prática de ilícitos culposos.

Entretanto, como já demonstrado, a improbidade somente se configura pela prática de condutas conscientes e intencionais, não se podendo aceitar a caracterização desse ilícito em virtude de ineficiência funcional. Dessa forma, deve-se qualificar a improbidade administrativa como uma espécie de “má gestão pública eivada de desonestidade”, descartando a aplicação de suas severíssimas sanções àquelas condutas meramente ineficientes ou negligentes (OSÓRIO, 2005, p. 81).

Certamente que não se pode ignorar o sério problema institucional de ineficiência e negligência por parte de alguns agentes no desempenho de sua função pública. Porém, parece mais razoável que tais servidores sejam punidos pela própria Administração, no

bojo de um procedimento administrativo disciplinar, ou, pelos órgãos dotados de competência jurisdicional.

No campo de combate à ineficiência funcional, a Administração encontra-se bastante protegida, pois, seus interesses, nesses casos, podem ser adequadamente tutelados pela disciplina normativa da Lei n. 4.717/65 e da Lei n. 7.347/85. Destarte, a Lei de Improbidade Administrativa deve ser aplicada com exclusividade àquelas condutas funcionais contaminada de dolo, caso contrário, todos serão forçados a aceitar o inapropriado entendimento de ter o constituinte originário previsto três institutos distintos (improbidade administrativa, ação popular e ação civil pública) para salvaguardar idênticas facetas do interesse público.

Ora, restou demonstrado que o conceito de má gestão pública abarca, de fato, tanto a ideia de desonestidade funcional quanto a de grave ineficiência no seio da Administração. Contudo, não é adequada a responsabilização por improbidade em virtude de condutas meramente culposas, haja vista que não se verificará lesão ao princípio da moralidade administrativa, a qual é, segundo a melhor doutrina, um dos principais elementos configuradores do ilícito de improbidade. Assim, para que se imputem as sanções previstas na Lei n. 8.429/92, faz-se mister a existência de má gestão pública eivada de desonestidade – ou seja, lesiva ao princípio da moralidade administrativa –, de modo que a mera ineficiência culposa do servidor público, ainda que dotada de irrefutável gravidade, é insuficiente para, por si só, caracterizar a excepcional figura punitiva sob exame (OSÓRIO, 2005, p. 82).

Além do mais, o autor acima mencionado demonstra, de forma indiscutível, que há uma forte tendência global no sentido de aproximar a disciplina repressiva aplicável à desonestidade e à grave ineficiência funcionais, pois, ambas estão açambarcadas pelo conceito de “má gestão pública” – também chamada, na Europa, de *desgoverno*, *maladministration* ou *administrative malpractice*. -. Entretanto, ainda que no contexto brasileiro, considere-se aceito, semelhante aproximação também seja pertinente, é forçoso o reconhecimento de que, por outro lado, à luz das sanções extremamente severas cominadas, bem como do sólido entendimento doutrinário que relaciona a improbidade à imoralidade, não se pode admitir a aplicação das punições de improbidade àquelas condutas meramente ineficientes, sob pena de incontestável violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (OSÓRIO, 2005, p. 82).

Diante do exposto, fica evidente que é preciso urgentemente tratar o gestor público desonesto, como tal, aplicando-lhe as sanções previstas em lei, e que seja banido do cenário administrativo público, sem ponderações.

3. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA LEI Nº 8.429/1992 E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

3.1 DO DOLO E DA CULPA E SUA APLICABILIDADE SEGUNDO A LEI 8.429/1992

Para buscar definições de dolo e culpa, recorre-se primordialmente aos penalistas. Ao tratar de dolo, Greco (2009, p. 185) ensina: “O agente deve ter consciência, isto é, deve saber exatamente aquilo que faz, para que se lhe possa atribuir o resultado lesivo a título de dolo.” No mesmo sentido, preleciona Greco (2009, p. 185): “dolo é uma vontade determinada que, como qualquer vontade, pressupõe um conhecimento determinado”.

Entende-se, portanto, que é o querer agir de certa forma que caracteriza o dolo. Necessário se faz que o agente tenha plena compreensão de seus atos e dos efeitos que eles podem gerar, do contrário não se pode considerar o dolo para fins de responsabilização do agente pelas consequências danosas.

Oportuno se torna mencionar também a noção de dolo eventual, que é entendido pela doutrina como a possibilidade da ocorrência do dano conhecida pelo autor, que, embora não desejando o resultado lesivo, assume o risco de produzi-lo. Nas palavras de Greco (2009, p. 192): “fala-se em dolo eventual quando o agente, embora não querendo diretamente praticar a infração penal, não se abstém de produzir o resultado que por ele já havia sido previsto e aceito.”

Há quem considere o dolo eventual como um tipo de culpa qualificada. É o caso de Ramírez e Malarée (2009, p. 193), para os quais: “o dolo eventual não passa de uma espécie de culpa com representação, punida mais severamente.”

Como se vê, é tênue a linha que divide dolo eventual da chamada culpa consciente, sendo que esta, segundo Greco (2009, p. 196), se dá quando o agente antevê o resultado danoso, embora creia sinceramente que não ocorrerá. Assim, considera-se que em ambos os institutos o resultado é previsível e a diferença reside no fato de o agente se importar ou não com a ocorrência do dano.

Ao tratar de delito culposos, Greco (2009, p. 202) destaca entre seus elementos caracterizadores a conduta humana voluntária, podendo ser comissiva ou omissiva, e a inobservância de um dever objetivo de cuidado, identificado pela imprudência, pela negligência ou pela imperícia.

O ilustre jurista define imprudência como uma conduta positiva, significa fazer alguma coisa. Já negligência indica o contrário, quando o agente deixa de fazer o que lhe recomenda a diligência normal. Imperícia, por sua vez, está relacionada à atividade profissional do agente e é entendida como uma inaptidão, momentânea ou não, para o exercício de arte, profissão ou ofício.

Aduz o autor ainda que, em geral, no delito culposo a conduta do agente é dirigida à realização de um fim lícito ou juridicamente irrelevante, mas que, em razão do descumprimento do dever de cuidado, dá causa a um resultado não desejado ou assumido, tipificado na lei penal. Sobre estas noções de culpa, não há grandes controvérsias na doutrina.

Importa lembrar também que o Direito Civil, por seu turno, no estudo da responsabilidade civil, subdivide a culpa em: culpa *lato sensu* e culpa *stricto sensu*. A culpa *lato sensu*, ou culpa em sentido amplo é aquela que abrange o dolo, e a culpa *stricto sensu*, também chamada de culpa em sentido estrito.

Com efeito, Gonçalves (2009, p. 30) observa que se a atuação desastrosa do agente é proposital, a hipótese é de culpa *lato sensu*, ou seja, dolo. Se, contudo, o resultado lesivo advier de conduta negligente ou imprudente do autor do dano, a hipótese é de culpa *stricto sensu*.

A doutrina civilista classifica, ainda, a culpa, quanto ao grau, em levíssima, leve ou média e grave. Para Gonçalves (2009, p. 37), o dano oriundo de culpa levíssima é aquele que somente poderia ser evitado com intensa precaução por parte do agente. Já o dano advindo de culpa leve ou média exigiria apenas cautela regular para ser evitado. No que diz respeito à culpa grave explana o autor que é decorrente de uma séria violação ao dever de diligência, uma negligência exorbitante.

Ao tratar de culpa grave, Tartuce (2012, p. 108) ensina que nesta hipótese o agente não quer diretamente o resultado, mas age com tamanha culpa de tal forma que parece que o desejou. Acrescenta o autor que a culpa grave se equipara ao dolo, fazendo alusão ao brocardo latino *culpa lata dolo aequiparatur*. Em idêntico sentido, Venosa (2009, p. 26) destaca que “a culpa grave é a que se manifesta de forma grosseira e, como tal, se aproxima do dolo.”

Gomes *apud* Simão (2011, p. 61) aponta que essa classificação de graduação de culpa leva em consideração a posição do agente em relação ao bem jurídico tutelado, sendo

que o grau de culpa poderia ser de menosprezo, indiferença ou descuido. Menosprezo estaria vinculado à ideia de dolo direto; já a indiferença, ao dolo eventual e descuido, por sua vez, a um ato culposo.

Feita esta análise preliminar das noções de dolo e culpa, aqui é necessário abordá-la no âmbito da Lei 8.429/1992.

É certo que a lei dividiu os atos de improbidade administrativa em três categorias: os que importam enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário e os que atentam contra os princípios da administração pública, representados pelos artigos 9º, 10 e 11, respectivamente.

Inicialmente, nota-se que os artigos 9 e 11 silenciam quanto ao elemento subjetivo, dolo ou culpa. O mesmo não ocorre na hipótese do artigo 10, que prevê expressamente que os atos lesivos ao erário podem se dar por ação ou omissão, dolosa ou culposa.

3.1.1 Do Dolo e da Culpa nos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito

Tratando-se de ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito, é válido observar, contudo, que só pode ser praticado dolosamente. Ora, não se pode imaginar como uma conduta desta natureza poderia se dar por mera culpa, sem que houvesse o *animus* do agente. Todo aquele que, aproveitando-se de cargo, mandato, emprego ou função pública, aufere vantagem patrimonial indevida, certamente o faz deliberadamente. Evidentemente, o dolo aqui discutido é o direto, uma vez que o agente tem plena consciência da antijuridicidade de seus atos e deseja o resultado.

Sobre a indispensabilidade do dolo no caso do artigo 9º, observa Filho (2009, p. 1022):

O elemento subjetivo da conduta, embora omissivo o dispositivo, restringe-se ao dolo, a culpa não se compadece com a fisionomia do tipo. Realmente não se pode conceber que algum servidor receba vantagem indevida por imprudência, imperícia e negligência. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 1022).

Da mesma opinião compartilham Mattos (2010, p. 104), Simão (2011, p. 99) e Figueiredo (2010, p. 19). Esta última aduz que o referido dispositivo não faz menção a

qualquer elemento subjetivo, motivo pelo qual se conclui que a infração não comporta a modalidade culposa. Afirma, ainda, ser inadmissível alguém ser corrupto ou desonesto em razão de negligência, imperícia ou imprudência.

A necessidade de haver dolo, nos casos atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito, é amplamente reconhecida pela jurisprudência dos tribunais pátrios. É o que se observa no acórdão abaixo:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONVÊNIOS ENTRE O MUNICÍPIO DE MANAUS E ENTIDADES FEDERAIS. PRESTAÇÃO DE CONTAS E CONTROLE PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA JURISDICCIONAL.

I - A ação proposta pelo Ministério Público Federal concernente a supostas irregularidades na gestão de recursos de origem federal é da competência da Justiça Federal.

II - A aplicação de penalidades pelo Tribunal de Contas da União não afasta, por si só, a responsabilidade do gestor de recursos federais nos termos da Lei nº 8.429, de 1992, em face da independência entre as instâncias administrativas e judiciais.

III - Sem a prova de que houve a prática de ato de improbidade pelo Prefeito Municipal, não se pode responsabilizá-lo por ato de seus secretários, auxiliares diretos mas com poder decisório, por isso que não há responsabilidade objetiva em casos tais.

IV - Na hipótese de prática de ato de improbidade que importe em enriquecimento ilícito não há responsabilização por ato meramente culposos, sendo imprescindível ter atuado o agente com dolo ou má-fé. Irregularidades que não importaram em rejeição de contas, tendo estas sido aprovadas pelo Tribunal de Contas da União.

V - Casos em que o próprio Tribunal de Contas da União reconhece a dificuldade de se estabelecer critério adequado de prestação de contas, como o de convênio firmado para conclusão de obras já iniciadas, não se traduzem em prática de atos ímprobos.

VI - Ação proposta com base em apurações levadas a efeito pela Corte de Contas, apurações que evoluíram no sentido da inexistência de irregularidades, o que foi considerado pelo Juiz na sentença.

VII - Apelações dos réus providas; apelação do Ministério Público Federal improvida. (BRASIL. Tribunal Regional Federal 1. Região. Apelação nº 0006332-21.2000.4.01.3200-AM. Apelante: Ministério Público Federal e outros. Apelado: Carlos Eduardo de Souza Braga e outros. Relator: Juiz Federal Convocado Jamil Rosa de Jesus. Brasília, 23 de outubro de 2009)

Não restam dúvidas, portanto, de que o artigo 9º versa sobre a forma mais grave de improbidade administrativa, tendo em vista a patente má-fé que envolve o ato de obter indevido proveito patrimonial à custa do erário público.

3.1.2 Do Dolo e da Culpa nos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública

Quanto aos atos que se amoldam ao artigo 11, Carvalho Filho (2009, p. 1025) infere que: “o elemento subjetivo é exclusivamente o dolo; não tendo havido na lei referência à culpa, como seria necessário, não se enquadra como ato de improbidade aquele praticado por imprudência, negligência ou imperícia.”

Em idêntico sentido, assevera Mattos (2010, p. 370) que: “[...] a conduta do agente deverá ser dolosa para que ocorra a tipificação do art. 11 [...]”. Ainda, critica o doutrinador o caráter aberto do *caput* do artigo 11, que, segundo ele, abre espaço para a confusão entre ilegalidade e improbidade, destacando que nem tudo que é ilegal é improbo.

Tal posicionamento, porém, não é uníssono na doutrina. Para Osório (2012, p. 90) os incisos do artigo 11, a depender da estrutura redacional específica, comportam enquadramento na categoria culpa grave, podendo haver improbidade culposa nos ilícitos que não dependem de resultados.

Entende-se que a razão está com José dos Santos Carvalho Filho e Mauro Roberto Gomes de Mattos, não só pela ausência de previsão legal de culpa, mas sobretudo pelo fato de os tipos descritos no aludido dispositivo serem demasiadamente amplos, o que pode ensejar interpretações temerárias.

Importa registrar também que, noutros tempos, alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, notadamente da Segunda Turma, prescindiam do elemento subjetivo, dolo ou culpa, para caracterização de ato de improbidade administrativa previstos pelo artigo 11, aplicando a tese da responsabilidade objetiva. Nesse sentido, REsp 728341/SP, julgado em 06/03/2008; REsp 488842/SP, julgado em 17/04/2008; REsp 988374/MG, julgado em 06/05/2008 e REsp 737279/PR, julgado em 13/05/2008. À guisa de exemplo, transcreve-se o acórdão do REsp 737279/PR que bem representa a matéria, a seguir:

ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO.

1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92, em princípio, não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Caso reste demonstrada a lesão, o inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92 autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário.

2. A conduta do recorrente de contratar e manter servidores sem concurso público na Administração amolda-se ao caput do art. 11 da Lei nº 8.429/92, ainda que o serviço público tenha sido devidamente prestado.
3. Não havendo prova de dano ao erário, não há que se falar em ressarcimento, nos termos da primeira parte do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/92. As demais penalidades, inclusive a multa civil, que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos).
4. Acórdão reformado para excluir a condenação ao ressarcimento de danos e reduzir a multa civil de dez para três vezes o valor da última remuneração recebida no último ano de mandato em face da ausência de prejuízo ao erário.
5. Recurso especial provido em parte. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 737279/PR. Recorrente: Arcinídeo Félix Gulin. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Brasília, 13 de maio de 2008. Publicação DJe 21 de maio de 2008)

Todavia, tal entendimento foi modificado pela Segunda Turma do STJ, que reconheceu a inadmissibilidade de responsabilização objetiva. Deste modo, ficou evidenciada uma evolução do entendimento jurisprudencial, indicando a possibilidade de ulteriores alterações. É o que se observa no acórdão abaixo:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.

1. O Ministério Público ajuizou ação civil pública em face de ex-prefeito, com vistas a condená-lo por ato de improbidade administrativa, consubstanciado no recebimento de verbas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – Fundef sem, contudo, abrir contas específicas para apanhar e movimentar tais valores, contrariando, assim, o art. 3º Lei nº 9.424/96.
2. As infrações tratadas nos arts. 9º e 10, da Lei nº 8.429/92, além de dependerem da comprovação de dolo ou culpa por parte do agente supostamente ímprobo, podem exigir, conforme as circunstâncias do caso, a prova de lesão ou prejuízo ao erário. Com relação ao artigo 11 da Lei de Improbidade, a Segunda Turma desta Corte perfilhava o entendimento de que não seria necessário perquirir se o gestor público comportou-se com dolo ou culpa, ou se houve prejuízo material ao erário, tampouco a ocorrência de enriquecimento ilícito.
3. Quanto ao elemento subjetivo, no julgamento do Recurso Especial 765.212/AC, DJe de 19.05.10, relator o eminente Ministro Herman Benjamin, a orientação desta Turma foi alterada para considerar necessário estar presente na conduta do agente público ao menos o dolo lato sensu ou genérico, sob pena de caracterizar-se verdadeira responsabilidade objetiva dos administradores.
4. In casu, o Tribunal a quo consignou que o agente não agiu com dolo, mas simples culpa, ao consignar ser "irrelevante a ocorrência de dolo, porque a culpa também serve para validar a prática de ato ímprobo, que contrarie os princípios da Administração Pública" (e-STJ fl. 113). Assim, não há que se falar em tipicidade da conduta do recorrente, já que não foi comprovado ao menos o dolo genérico.
5. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1155803/PR. Recorrente: Celso Tozzi. Recorrido: Ministério

3.1.3 Do Dolo e da Culpa nos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário

O artigo 10, por seu turno, trata dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário. É a hipótese mais controversa, visto que traz previsão expressa de improbidade administrativa na modalidade culposa. Como se nota, é o único artigo que faz menção ao elemento subjetivo, dolo ou culpa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro ventila a hipótese de falha legislativa, alegando que:

Dos três dispositivos que definem os atos de improbidade, somente o artigo 10 fala em ação ou omissão, dolosa ou culposa. E a mesma idéia de que, nos atos de improbidade causadores de prejuízo ao erário, exige-se dolo ou culpa, repete-se no artigo 5º da lei. É difícil dizer se foi intencional essa exigência de dolo ou culpa apenas com relação a esse tipo de improbidade, ou se foi falha do legislador, como tantas outras, presentes na lei. A probabilidade de falha é a hipótese mais provável, porque não há razão que justifique essa diversidade de tratamento. (DI PIETRO, 2007, p. 762)

Em relação ao dolo, não temos relevantes questionamentos. Já a culpa provoca um intenso debate doutrinário. A polêmica versa sobre a constitucionalidade da expressão referente à culpa no *caput* do dispositivo.

Um dos defensores mais notáveis da constitucionalidade da culpa prevista pelo artigo 10 é José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 52), para quem o elemento subjetivo pode ser o dolo ou a culpa. Para o autor, a intenção do legislador foi mesmo a de punir condutas culposas causadoras de dano ao erário, considerando que certos atos culposos, dada a sua repercussão, têm um peso maior que algumas condutas dolosas.

Assim também se posiciona Alexandre de Moraes (2005, p. 65), que entende não ser exigível a existência da vontade livre e consciente do agente em realizar as condutas descritas no artigo 10 para a tipificação do ato de improbidade administrativa, sendo possível responsabilizar o agente que teve sua conduta permeada por imprudência, negligência ou imperícia. Deste modo, considera que, no caso do artigo 10, tanto a conduta dolosa quanto a culposa podem configurar improbidade administrativa.

Há outra corrente, no entanto, que, não obstante admitindo a possibilidade de haver conduta ímproba culposa, sustenta que a culpa deve ser grave. É o caso de Fábio Medina Osório (2012, p.12), para o qual a culpa grave e o erro grosseiro se impõem como

requisitos para que se tenha por configurada a improbidade administrativa. Igual entendimento manifesta Arthur Mendes Lobo (2007, 38), que pondera que a culpa do agente há de ser lesiva e grave, devendo-se respeitar critérios de razoabilidade.

Semelhante posicionamento sustenta Marino Pazzaglini Filho (2011, p. 45), segundo o qual não se enquadra no artigo 10, da Lei 8.249/1992, atos decorrentes de mero erro de interpretação legal ou de inabilidade administrativa, devendo haver necessariamente dolo ou culpa denotativa de má-fé na conduta do agente.

Além disso, há diversos julgados dos tribunais pátrios, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, que fazem alusão à gravidade da culpa, entre os quais o que se observa abaixo:

ACÇÃO DE IMPROBIDADE ORIGINÁRIA CONTRA MEMBROS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. LEI 8.429/92. LEGITIMIDADE DO REGIME SANCIONATÓRIO. EDIÇÃO DE PORTARIA COM CONTEÚDO CORRECCIONAL NÃO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE IMPROBIDADE.

1. A jurisprudência firmada pela Corte Especial do STJ é no sentido de que, excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza (Rcl 2.790/SC, DJe de 04/03/2010).

2. Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10.

3. No caso, aos demandados são imputadas condutas capituladas no art. 11 da Lei 8.429/92 por terem, no exercício da Presidência de Tribunal Regional do Trabalho, editado Portarias afastando temporariamente juizes de primeiro grau do exercício de suas funções, para que proferissem sentenças em processos pendentes. Embora enfatize a ilegalidade dessas Portarias, a petição inicial não descreve nem demonstra a existência de qualquer circunstância indicativa de conduta dolosa ou mesmo culposa dos demandados.

4. Ação de improbidade rejeitada (art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação de Improbidade Administrativa nº 30/AM. Requerente: Ministério Público Federal. Requeridos: Solange Maria Santiago Morais e Benedito Cruz Lyra. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial. Brasília, 21 de setembro de 2011. Publicação DJe 28 de setembro de 2011)

Convém notar, igualmente, que os defensores de tal posicionamento não deixam claro o que entendem por culpa grave. Segundo Calil Simão (2011, p. 40), a doutrina

originária do Ministério Público transferiu a noção de crime culposo para a infração de improbidade administrativa. Entende o autor que esta transposição é inadequada, uma vez que esbarra no conceito de ato ímprobo e na impossibilidade de definir corrupção sem que se tenha um ato desejado. Prossegue o Mestre, aduzindo que aquela definição emprestada do Direito Penal foi utilizada pela doutrina e jurisprudência, no que se refere à improbidade administrativa, como culpa em sentido amplo, o que estaria levando magistrados a admitirem a improbidade culposa.

Parece-nos que estamos diante de uma espécie anômala de culpa, uma modalidade híbrida, que leva em conta, tanto definições do direito civil quanto do direito penal, na medida em que se tenta equiparar o ato ímprobo ao crime culposo e, ao mesmo tempo, utiliza-se a gradação de culpa ofertada pela doutrina civilista, além de sua noção de culpa *lato sensu*.

Vale salientar também, como já dito alhures, que os civilistas consideram que a culpa grave se equipara ao dolo. Inclusive, é este o entendimento esposado na súmula 145, do Superior Tribunal de Justiça.

Destarte, acreditamos que a culpa grave referida pela doutrina e pela jurisprudência alcança a ideia de dolo. Ora, se considerarmos a posição de Marino Pazzagliano Filho (2011, p. 4), que afirma: “ser a culpa denotativa de má-fé” suficiente para enquadrar o agente no artigo 10, da Lei de Improbidade Administrativa, estaremos, certamente, diante de uma conduta desidiosa, que revela uma absoluta indiferença no trato com a coisa pública, o que pode até não configurar dolo direto, mas, seguramente, caracteriza o dolo eventual. Nesse sentido, assevera Calil Simão (2011, p. 82):

[...] podemos dizer que a doutrina administrativista procurou utilizar o termo culpa grave como sinônimo de tipo culposo, para a partir daí admitir a sua aplicação à infração ímproba. Na verdade, a culpabilidade do agente, quando grave, importa em tipo doloso, e não em tipo culposo. Sendo assim, podemos concluir que o elemento subjetivo do agente ímprobo é sempre o dolo. O dolo nas suas mais variadas formas (direto ou eventual). A infração dolosa só existe quando o elemento culpabilidade está impregnado de culpa grave ou gravíssima. (SIMÃO, 2011, p. 82).

Ainda, há os doutrinadores que entendem que a culpa referida pelo artigo 10, da Lei 8.429/1992, é inconstitucional. É este o pensamento de Mauro Roberto Gomes de Mattos (2010, p. 269), que assevera que “a expressão culposa é inconstitucional, ferindo o

que vem estatuído no art. 37, da CF, pois a ‘gradação da lei’ não pode inovar e considerando todo e qualquer ato involuntário e ou de boa-fé como de improbidade”.

De fato, o texto do dispositivo é de cunho demasiadamente amplo, na medida em que menciona que “qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa” que cause prejuízo ao erário constitui ato de improbidade administrativa. De se considerar também que a palavra “notadamente”, inserida no *caput* do artigo 10, não nos permite duvidar que o rol de atos ímprobos descritos pelos incisos é meramente exemplificativo. Assim, aberta está a via que conduz aos mais diversos caminhos interpretativos, muitos dos quais podem se revelar desarrazoados e incompatíveis com a vontade do legislador constituinte.

A consequência prática da aplicação desmedida do texto legal pode ser desastrosa, uma vez que a confusão entre ilegalidade e improbidade, induzida pela interpretação literal da lei, dá suporte a excessos. Ao abordar o assunto, Marcelo Figueiredo *apud* Mauro Roberto Gomes de Mattos (2010, p. 269), infere que “[...] é preciso abrandar o rigor legal, ou, por outra, amoldá-lo ao espírito constitucional.”

Vale ponderar que qualquer análise acerca do tratamento dado pelo nosso ordenamento jurídico à boa-fé levará à conclusão de que esta situa-se numa posição privilegiada, recebendo sempre merecida proteção. Evidente que o inverso se aplica à má-fé, que é reprimida com o devido rigor. O que temos por certo é que a Lei de Improbidade Administrativa não está excluída dessa lógica.

É custoso acreditar que o legislador constituinte tenha desejado punir tão severamente condutas simplesmente culposas, nas quais não se identifica desonestidade, mas erro de boa-fé. O rigor das sanções previstas pelo artigo 37, § 4º, da Carta Magna, já nos dá indícios da severidade dos atos que podem ensejá-las, indicando que a má-fé é requisito do ato de improbidade administrativa.

Esta é a posição defendida pelo ex-Procurador Geral da República Aristides Junqueira Alvarenga, segundo o qual:

Estando excluída do conceito constitucional de improbidade administrativa a forma meramente culposa de conduta dos agentes públicos, a conduta inarredável é a de que a expressão culposa, inserta no *caput* do art. 10 da lei em foco, é inconstitucional (ALVARENGA, 2010, p. 270)

Também é a opinião de Calil Simão (2011, p. 248), para quem “com o propósito maior de proteger o erário público, o legislador extrapolou os limites de sua competência ao estabelecer, de forma inconstitucional, a conduta culposa do art. 10.”

Nítido é, portanto, que, na elaboração da Lei 8.429/1992, o legislador primou por zelar pelo patrimônio público e, no afã de não deixar brechas por onde a corrupção pudesse adentrar, cometeu o grave equívoco de acomodar a culpa ao lado do dolo, ferindo, pois, a Constituição Federal.

Segue ainda o mesmo raciocínio, Isabela Giglio Figueiredo (2010, p. 144), que afirma “Para nós, a palavra ‘culpa’ a que alude o art. 10 da Lei de Improbidade é inconstitucional por alargar o conceito, sendo cabível, pois, a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto [...]”

Para estes autores, o ato de improbidade administrativa só se consuma pelo dolo, sendo a culpa incompatível com o conceito de improbidade e com os preceitos constitucionais. Segundo esta corrente, a qual nos filiamos, a improbidade administrativa ultrapassa os limites da mera ilegalidade, invadindo o terreno da má-fé, sendo esta imprescindível para que se considere um agente público como ímprobo.

Não quer isso dizer, entretanto, que o agente público que causa prejuízo ao erário, em decorrência da prática ato ilícito culposo, esteja dispensado do ressarcimento integral do dano. Para tanto, pode o Ministério Público manejar Ação Civil Pública visando o ressarcimento ao erário, conforme lhe permitem os artigo 127, *caput*, e artigo 129, inciso III, ambos da Constituição Federal, bem como; o artigo 6º, inciso XIV, da Lei Complementar 75/1993 e, ainda, o artigo 1º, inciso IV, da Lei 7.347/1985.

Ressalte-se que a legitimidade para a propositura da Ação Civil Pública não é exclusiva do Ministério Público. De acordo com os incisos do artigo 5º, da Lei 7.347/1985, também é conferida legitimidade à Defensoria Pública, aos entes federados, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às associações que atendem aos critérios estabelecidos nas alíneas do inciso V, do mesmo artigo.

Além do mais, não se pode olvidar que a Ação Popular, cuja legitimidade é de qualquer cidadão, nos moldes do artigo 5º, inciso LXXIII, da Lei Maior e da Lei nº 4.717/1965, também pode ser instrumento hábil para se buscar o ressarcimento ao erário.

3.2 SANÇÕES APLICÁVEIS AOS AGENTES PÚBLICOS QUE COMETEM ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Kelsen (1984, p. 43) afirma que a sanção tem função essencial no sistema jurídico, tendo em vista que é ela que caracteriza o preceito normativo, isto é, ela é elemento necessário da norma. O comportamento é prescrito e a conduta oposta é pressuposto para uma sanção. A sanção motiva os indivíduos a praticarem ou não determinadas condutas, “na medida em que o desejo de evitar a sanção intervém como motivo na produção desta conduta”. Assim, na Administração Pública a sanção tem as suas aplicabilidades aos seus agentes que cometem atos de improbidade administrativa. A observância das regras e leis inerentes ao agente público é premissa a ser seguida.

Segundo Mello (2007, p.160):

É evidente que a inobservância das condutas impostas pelas normas não é situação desejada, sendo certo que todo ordenamento normativo tem por objetivo conformar condutas. Se nenhuma consequência decorresse da violação da norma, as ordens normativas não teriam qualquer sentido ou utilidade, pois sua eficácia dependeria unicamente da adoção voluntária da conduta estabelecida normativamente. É preciso, pois, que a violação tenha consequência, que o ordenamento preveja uma resposta ao descumprimento da norma. Tal resposta é a sanção.

Destarte, é lógico que as sanções existem, para que, em princípio, desestimulem os indivíduos a desobedecerem às regras e as normas, fazendo com que mantenham um comportamento ético, em tudo que façam. Portanto, quanto à Administração Pública e às sanções previstas para aqueles agentes públicos que praticarem atos de improbidade administrativa, as penalidades administrativas disciplinares existentes, segundo Vitta (2003, p.93) são: advertência por escrito (repreensão), suspensão, multa, destituição de função comissionada ou de cargo em comissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, demissão e demissão a bem do serviço público.

Portanto, é de interesse geral que o agente público seja idôneo, probo e zeloso com a coisa pública, assim como, também é de interesse público que o agente que cometer improbidade seja exemplarmente punido conforme as sanções previstas.

4. DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Antes de adentrar na relação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade com a Lei de 8.429/1992, importante se faz diferenciar os dois princípios. Com propriedade, aduz Cezar Roberto Bitencourt:

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não se confundem, embora estejam intimamente ligados e, em determinados aspectos, completamente identificados. Na verdade, há que se admitir que se trata de princípios fungíveis e que, por vezes, utiliza-se o termo “razoabilidade” para identificar o princípio da proporcionalidade, a despeito de possuírem origens completamente distintas: o princípio da proporcionalidade tem origem germânica, enquanto a razoabilidade resulta da construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana. Razoável é aquilo que tem aptidão para atingir os objetivos a que se propõe, sem, contudo, representar excesso algum. Pois é exatamente o princípio da razoabilidade que afasta a invocação do exemplo concreto mais antigo do princípio da proporcionalidade, qual seja, a “lei do talião”, que, inegavelmente, sem qualquer razoabilidade, também adotava o princípio da proporcionalidade. Assim, a razoabilidade exerce função controladora na aplicação do princípio da proporcionalidade. Com efeito, é preciso perquirir se, nas circunstâncias, é possível adotar outra medida ou outro meio menos desvantajoso e menos grave para o cidadão. (BITENCOURT, 2011, p. 57)

Para os fins pretendidos pelo nosso estudo, porém, a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade não é de vital relevância, motivo pelo qual consideraremos a fungibilidade que há entre os dois princípios.

Inicialmente, convém notar que a improbidade administrativa, embora não seja propriamente um delito, está situada no campo do Direito Punitivo, onde residem o Direito Penal e também o Direito Administrativo Sancionador, o que a aproxima imensamente da noção de crime.

Tanto é verdade que o Conselho Nacional de Justiça criou, através da Resolução nº 44, de 20 de novembro de 2007, o “Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa”, o qual está disponível, no *site* do CNJ, para consulta pública. O cadastro é, na realidade, uma espécie de “rol dos culpados”.

Deste modo, a observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade se mostra absolutamente indispensável para que se possa bem aplicar a Lei 8.429/1992. Nesse sentido, pontua Isabela Giglio Figueiredo:

No âmbito da improbidade, dois princípios informadores de toda a atividade administrativa, com repercussão na esfera sancionadora, assumem especial

relevância, quais sejam: os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que servem como guia para orientar a atividade do intérprete e aplicador do direito, relativamente aos preceitos a ela inerentes. (FIGUEIREDO, 2010, p. 153).

Mais adiante, Figueiredo (2010, p. 154) diz, ainda, “A legislação sancionadora, de modo geral, está adstrita à inafastável exigência de observância do princípio da legalidade, donde se infere que o princípio da razoabilidade também preside toda a formação do Direito Administrativo Sancionador, dada a sua relevância.”

Deste modo, a autora enfatiza o princípio da razoabilidade e o vincula ao princípio da legalidade, dando a entender que o que é desarrazoado é também ilegal, o que, convenhamos, não se pode negar.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, sinaliza que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem ser observados na aplicação das sanções previstas pela Lei 8.429/1992, conforme se infere do acórdão transcrito abaixo:

ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATOS IRREGULARES. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE NÃO RECONHECIDA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULAS 5 E 7/STJ. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO. NECESSIDADE. COMPROVAÇÃO. APLICAÇÃO DAS PENALIDADES PREVISTAS NO ART. 12 DA LEI 8.429/92. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE INOBSERVADOS. READEQUAÇÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. PRECEDENTES DO STJ. RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. No caso dos autos, o Ministério Público Federal ajuizou ação de improbidade administrativa contra o ex-Presidente e o ex-Diretor de Administração da Casa da Moeda, com fundamento no art. 11, I, da Lei 8.429/92, em face de supostas irregularidades em contratos firmados sem a realização de processo licitatório. Por ocasião da sentença, o magistrado em primeiro grau de jurisdição julgou procedente o pedido da referida ação para reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa e condenar os requeridos, com base no art. 12, III, da Lei 8.429/92.

2. O Tribunal de origem, ao analisar a questão relacionada à inexigibilidade de licitação no caso concreto, fundou o seu entendimento na interpretação de cláusulas contratuais dos instrumentos firmadas pelos recorrentes, bem como considerou as circunstâncias fáticas e as provas produzidas nos autos. A análise da pretensão recursal deste tópico, com a consequente reversão do entendimento exposto no acórdão recorrido, exige, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, conforme a orientação das Súmulas 5 e 7 desta Corte Superior (respectivamente: "A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial"; "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial").

3. O entendimento majoritário desta Corte Superior é no sentido de que a configuração de ato de improbidade administrativa exige, necessariamente, a

presença do elemento subjetivo, inexistindo a possibilidade da atribuição da responsabilidade objetiva na esfera da Lei 8.429/92. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 734.984/SP, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJ de 16.6.2008; REsp 658.415/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 3.8.2006; REsp 604.151/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 8.6.2006; REsp 626.034/RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 5.6.2006, p. 246.

4. No caso dos autos, o Tribunal a quo concluiu que houve violação de princípios da administração pública em face da manifesta inobservância da necessidade de procedimento licitatório para a formalização de contratos, o que caracterizaria ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, bem como concluiu pela manifesta presença de dolo, má-fé, bem assim a desonestidade ou imoralidade no trato da coisa pública.

5. A aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 exige que o magistrado considere, no caso concreto, "a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente" (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do referido artigo). Assim, é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, as quais não devem ser aplicadas, indistintamente, de maneira cumulativa.

6. Na hipótese examinada, os recorrentes foram condenados na sentença, ao pagamento de multa civil "correspondente a cinco vezes o valor da remuneração recebida pelos Réus à época em que atuavam na Casa da Moeda do Brasil (CMB) no período da contratação irregular, devidamente atualizado até o efetivo pagamento, bem como decretar a perda da função pública que eventualmente exerçam na atualidade, a suspensão dos direitos políticos por três anos e a proibição dos Réus de contratarem com o Poder Público pelo prazo de três anos" (fls. 371/378), o que foi mantido integralmente pela Corte a quo. Assim, não obstante a prática de ato de improbidade administrativa pelos recorrentes, a imposição cumulativa de todas as sanções previstas na referida legislação não observou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Tal consideração impõe a redução do valor da multa civil de cinco para três vezes o valor da remuneração, bem como autoriza o afastamento da sanção de suspensão dos direitos políticos dos recorrentes.

7. Provimento parcial dos recursos especiais, tão-somente para readequar as sanções impostas aos recorrentes. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 875425/RJ. Recorrente: Ary Ribeiro Guimarães e Danilo de Almeida Lobo. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministra Denise Arruda, Primeira Turma. Brasília, 09 de dezembro de 2008. Publicação DJe 11 de fevereiro de 2009).

Das lições de Adilson Josemar Puhl (2005, p. 201) extraímos que o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade se reparte em três subprincípios, quais sejam a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação se refere à harmonização entre o objetivo da norma e os mecanismos de que se vale para sua efetivação. Já a necessidade diz respeito à busca pelo meio menos gravoso apto a alcançar o objetivo da norma. A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, relaciona-se a um sistema de valoração, uma vez que a garantia de um direito frequentemente depende da restrição de outro, devendo o direito amparado

ter valor maior que o direito afastado. Segundo Puhl, tem de se avaliar o “custo-benefício” da aplicação da norma, ou seja, ponderar os danos causados e os resultados obtidos.

No que se refere ao objetivo do legislador constituinte, ao incluir na nossa Lei Maior o § 4º, do artigo 37, é plausível considerar que sua feitura se deu com a finalidade primordial de combater a corrupção, ao prever sanções para as condutas indecorosas perpetradas por agentes públicos. Assim sendo e conforme já suficientemente exposto, entendemos ser a improbidade culposa incompatível com o espírito constitucional.

Contudo, suponhamos que a Ação de Improbidade Administrativa se justificasse em decorrência do inegável dever de ressarcir do agente público que, por culpa, lesiona o patrimônio público. Ainda assim, teríamos uma afronta ao subprincípio da necessidade, considerando que há outros meios processuais menos inconvenientes para o agente, a exemplo da Ação Civil Pública e da Ação Popular.

Nessa esteira, Gilmar Mendes (2011, p. 257), inspirado na doutrina constitucional alemã, afirma que “O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.” Em outras palavras, havendo meio pertinente menos oneroso, não se admite a utilização justamente aquele que é mais opressivo para o agente.

De igual forma, haveria na hipótese aventada violação ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, visto que o benefício do ressarcimento não poderia se sobrepor ao prejuízo causado à pessoa do agente, que levaria consigo a pecha de ímprobo e todas as consequências que ela poderia trazer à sua imagem. Tocar na dignidade da pessoa humana quando se tem outros mecanismos para buscar o ressarcimento, convenhamos, é inaceitável.

Nesse sentido, preleciona o douto Ministro do Supremo Tribunal Federal (2011, p. 257) que “um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador.”

Noutro aspecto, combatendo a alusão à culpa no artigo 10, da Lei 8.429/1992, Mauro Roberto Gomes de Mattos (2010, p. 23) entende que, ainda, que a expressão “culposa” não fosse inconstitucional, a sanção prevista afronta a razoabilidade ao tratar do

mesmo modo o agente público que procede como dolo, ou seja, com o *animus fraudandi*, e aquele que não teve a intenção de praticar o ato ilícito.

Neste ponto, é flagrante a ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, porquanto ausente qualquer parâmetro que permita dosar a pena aplicável às hipóteses de atos dolosos e culposos, que são tratados pela lei da mesma maneira.

Por conseguinte, mesmo que desconsiderássemos o vício de inconstitucionalidade, outrora apontado, teríamos, ainda, um dispositivo falho, pelo fato de ser inadmissível impor o mesmo rigor legal tanto para a conduta do agente devasso, desonesto, que tem a intenção de lesar o patrimônio público, quanto para aquele meramente inábil, que, culposamente, causou prejuízo ao erário.

Uma interpretação equivocada poderia levar o julgador a impor as gravíssimas sanções do artigo 12, da Lei 8.429/1992, notadamente, a perda da função pública, e a suspensão de direitos políticos, a agentes públicos, que agiram, tão somente, com culpa e, do mesmo modo, fixá-las para aqueles que procederam com dolo, o que seria, nitidamente, desproporcional. Ora, as lições de Mendes (2011, p. 202) deixam claro que a doutrina constitucional contemporânea prescreve não apenas a admissibilidade constitucional da restrição imposta, mas também sua compatibilidade com o princípio da proporcionalidade.

Vale também mencionar os ensinamentos de Dirley da Cunha Júnior (2010, p.24), que afirma, com muita propriedade, que o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade consubstancia uma pauta de natureza axiológica advinda das noções de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precedendo e condicionando a positivação jurídica. Lembra, ainda, o ilustre autor que, tratando-se de um princípio geral do direito, deve ser aplicado a todo o ordenamento jurídico como regra de interpretação.

É certo, portanto, que, no caso concreto, o juiz pode e deve se valer dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para aplicar tão somente as sanções necessárias, suficientes para a repressão do ilícito. Ocorre que, quando a lei não impõe os devidos limites à atuação do magistrado, abre-se espaço para decisões temerárias.

Corroborando o entendimento segundo o qual o legislador ultrapassou o limite imposto pela razoabilidade, temos a doutrina de Marcelo Figueiredo, que na parte que trata da modalidade culposa prevista pelo artigo 10, da Lei 8.429/1992, expõe:

Contudo, a lei integradora da vontade constitucional foi além do razoável ao dispor que “constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa (...)”. Ao que parece, o legislador infraconstitucional levou longe demais o permissivo da Lei Maior, ausentes proporcionalidade e razoabilidade no dispositivo legal. (FIGUEIREDO *apud* MATTOS, 2010, p. 276).

Com efeito, a proporcionalidade e a razoabilidade, embora implícitos, são princípios constitucionais. Luís Roberto Barroso (2010, p.15) ensina que apesar de não estarem expressos no texto da Constituição, os referidos princípios estão alicerçados nas ideias de devido processo legal substantivo e de justiça. Destaca, ainda, a importância dos princípios como instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público.

Assim, é de se reconhecer que se a modalidade culposa não fere a Carta Magna por estar em desconformidade com o conceito constitucional de improbidade administrativa, a atingirá por outra via, uma vez que todas as leis devem ser razoáveis para estar em consonância com a Lei Maior.

Em virtude dessas considerações, não há como ignorar a falha grotesca de que padece o artigo 10, da Lei de Improbidade Administrativa, no tocante à notória falta de proporcionalidade e razoabilidade.

4.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Ao referir-se ao princípio da legalidade é impossível não citar o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, II):

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

E isto funciona como instrumento de garantia do indivíduo contra a ação arbitrária do Estado. Portanto, a lei é a medida da atuação estatal. O ente político administrativo não pode interferir na esfera do patrimônio jurídico individual, só poderá fazê-lo quando autorizado pela lei.

Além disso, é importante lembrar que, embora não se possam estabelecer os limites impostos no ordenamento constitucional para a restrição a direitos fundamentais, em regra,

só mediante lei *stricto sensu* (espécie normativa primária que retira o seu fundamento de validade diretamente da Constituição) é possível restringir direitos e liberdades fundamentais.

O princípio da legalidade encontra-se, ainda, por toda a Constituição, mediante seus subprincípios da legalidade administrativa (art. 37, *caput*), da legalidade penal (art. 5.º, XXXIX), e da legalidade tributária (art. 150, I e III).

Quanto à legalidade administrativa o art. 37 destaca:

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 e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;

XII - os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo;

XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;

XIV - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;

XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;
- c) a de dois cargos privativos de médico;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

XVIII - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;

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 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.

Referindo-se ao que está na Constituição Federal de 1988 quanto à legalidade penal (art. 5.º, XXXIX), tem-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Já no art. 150 I e III (Das limitações do poder de tributar) destaca-se:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores, ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentados;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993),

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

Destarte, o princípio da legalidade encontra-se devidamente referendado pela Constituição Federal de 1988. Este princípio, mesmo antes da Constituição já era bem fundamentado, como se pode ver na história da Revolução Francesa. Pois, de acordo com Aragão *et al.* (2001, p. 174):

O princípio da legalidade administrativa foi forjado a partir da Revolução Francesa, com a subordinação do poder à lei. Na monarquia absolutista, não existiam limites à manifestação de vontade do rei, que justificava seu poder por origem divina. O poder estava, então, subordinado às leis de Deus e não às leis do homem. Já no Estado de Direito, inaugurado com as revoluções burguesas, o fundamento do poder era a vontade do povo.

Atualmente, como já mencionado, na nossa Constituição o princípio da legalidade aparece expressamente no seu art. 37, *caput*.

De acordo com Meirelles (2005, p.38):

A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Sendo assim, Miranda (2005, p.173) estabelece um comparativo entre as atividades de um gestor privado e as de um gestor público, de forma bastante clara:

O primeiro conduz seu empreendimento com *dominus*, agindo com os poderes inerentes à propriedade em toda a sua extensão. Desse modo, tudo o que não é proibido, é permitido a ele. Diga-se, ainda, que o administrador privado pode inclusive conduzir ruinosamente seu empreendimento sem que muito possa ser feito por terceiros. Já o gestor público não age como “dono”, que pode fazer o que lhe pareça mais cômodo. Diz-se, então, que ao Administrador Público só é dado fazer aquilo que a lei autorize, de forma prévia e expressa. Daí decorre o importante axioma da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

Destarte, se conclui que na Administração Pública, o gestor não tem liberdade nem vontade pessoal, cabendo-lhe, tão somente obedecer ao que está contido nas leis.

4.2 PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

O Princípio da Juridicidade, importante no Direito Administrativo, reúne três expressões distintas: o princípio da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade, para elevar-se como o mais importante dos princípios instrumentais, informando, entre muitas teorias de grande relevância dogmática jurídica, a das relações jurídicas, a das nulidades e a do controle da juridicidade (KNOPLÖCK, 2014).

A compreensão ora proposta de juridicidade permite que se tracem alguns O princípio da juridicidade é similar ao princípio da legalidade, quando considerado em sentido amplo, isto é, não se resumindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica. A juridicidade é detentora de um reflexo de grande importância, sobretudo no que se refere aos direitos fundamentais, considerando que apesar de não existir uma hierarquia entre as normas constitucionais, é inegável que aqueles possuem uma primazia de valor com relação às demais normas da Lei Maior.

Nesse sentido, o princípio da juridicidade se constitui num um macro sistema de alguns princípios da Administração Pública e, especificamente, estariam sob sua abrangência os princípios constitucionais dispostos no Art. 37 § 4º da CF/88 que são: a

legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, tornando estes princípios, espécies do princípio da juridicidade.

O princípio da juridicidade apoia-se na nova ordem de subordinação da Administração Pública ao direito no atual Estado Democrático de direito, devidamente inserido e regulamentado pela Constituição Federal de 1988.

De acordo com Rocha (1994, p.201): “a legalidade administrativa deve possuir denominação diversa, chamada ‘juridicidade administrativa’”. A juridicidade é, no Estado Democrático, proclamada, exigida e controlada em sua observância para o atingimento do ideal de Justiça social..

Segundo Meireles (2005, p.42):

A legalidade, como princípio de administração (cf, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Com o propósito de enaltecer este princípio, Melo (2002, p.345) afirma que: “o princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania”.

Assim, é perceptível tanto na doutrina, quanto na jurisprudência a tendência a ampliar o alcance do princípio da legalidade, transformando-o em princípio da juridicidade, por não abranger a conformidade do ato apenas em relação à legislação, mas também aos princípios ordenadores do direito (KNOPLÖCK, 2014).

5. DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Foro significa local onde se discutem os assuntos públicos, tribuna, e onde impera a jurisdição de juízes e tribunais. Já o “Foro Privilegiado” é aquele ao qual é atribuída competência para julgar determinadas espécies de questões e/ou ações, assim como onde são julgadas certas pessoas, decorrente da lei.

De acordo com as alegações de Fonseca (2009, p. 29):

No Brasil, somente a Constituição Federal poderá fixar o foro para processar determinadas pessoas. Foro por prerrogativa de função é a competência especial para determinadas pessoas em razão do cargo que ocupa. A competência fixada na Constituição é exaustiva e taxativa, sendo que qualquer ampliação ou redução dessa competência por lei ordinária, complementar será contrária à Constituição, configurando-se como inconstitucional.

O foro por prerrogativa de função é uma garantia para o julgamento de crimes praticados por determinadas agentes. O foro especial é de caráter imperativo, não podendo ser rejeitado pela autoridade que dele detém, bem como não pode ser afastado pela volição do juiz.

De acordo com Delgado (2004, p.84):

A discussão sobre a competência quanto ao julgamento de ações de improbidade administrativa praticados por agentes políticos quase foi concluída com a alteração realizada pelo Congresso Nacional do Código de Processo Penal. O Código de Processo Penal teve sua redação alterada pela Lei n.º 10.628, de 24 de dezembro de 2002. Assim, o art. 84, §2.º, passa a dispor que a ação de improbidade será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário em autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública.

Todavia, há quem considere inconstitucional a Lei n.º 10.628/2002, em virtude da impossibilidade de estender as situações de competência originária *ratione personae* do STF, do STJ e dos TRF's, dispostos na CF, arts. 102, 105 e 108, respectivamente, mediante lei ordinária. Destarte, exclusivamente mediante emenda ao texto constitucional é possível o disciplinamento do foro por prerrogativa de função.

Para Garcia (2004, p.738):

A ampliação do foro por prerrogativa de função ao campo da improbidade administrativa inviabiliza a administração do processo judicial, tendo em vista o asoerbamento dos Tribunais Superiores, Tribunais Federais e Tribunais de Justiça. Cumpre esclarecer que é legítima a concessão de vantagens e benefícios aos agentes políticos, tal como ocorre com o foro por prerrogativa de função,

mas sem deferimento, deve atender o princípio da legalidade, isto é, deve ser feito por lei, manifestação do Poder Constituinte e não apenas pelo legislador ordinário.

A Constituição Federal dispõe sobre quais Tribunais existem, qual sua composição e finalmente, competências. As “exceções” à fixação de competência jurisdicional dos TJ’s são a do art. 209, X, que se refere a julgamento de prefeitos, a do art. 31 35, V, que se refere a julgamento de prefeitos e a do art. 96, III que prevê a competência dos TJ’s para julgar juizes e membros do Ministério Público nos crimes comuns e responsabilidade.

Sendo assim, entende-se que a Lei Federal não pode revezar a competência destes tribunais, taxativa e exaustivamente estabelecida na CF. Portanto, Não há explicação que justifique ser o CPP a fonte estabelecida do foro especial para ajuizamento das ações de improbidade administrativa. De conformidade com Bueno (2003, p.441): “a ADI n.º 2.797, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, é o instrumento de discussão sobre a inconstitucionalidade no STF”.

De acordo com a decisão da ADI n.º 2.797, lei ordinária não pode impor uma interpretação da Constituição, sendo que a alteração trazida na Lei n.º 10.628/2002 é de inconstitucionalidade formal, própria de toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar a interpretação da norma de hierarquia superior (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2006).

Com relação à inconstitucionalidade formal da norma federal supracitada, assim afirma o Ministro Marco Aurélio:

A competência do Supremo Tribunal Federal é fixada na Constituição, de forma exaustiva. Não há possibilidade, diante da rigidez de nossa lei fundamental, de caminhar para o elastecimento ou o encurtamento – por isso digo que o vício é formal – dessa competência mediante lei. Assim, o cerne da discussão acerca da competência para julgar agentes políticos envolvidos em atos de improbidade administrativa decorre das penas previstas no art. 12 (perda de cargo e funções e suspensão dos direitos políticos) e que apresentam traços definidos como penal. É necessário que o ordenamento jurídico seja preservado, a fim de evitar contradições e perplexidades que resultam dos julgamentos que envolvem agentes políticos. Neste sentido, não se pode conceber a possibilidade de autoridades com prerrogativa de foro penal, serem julgados por juizes de primeira instância no que tange a ações de improbidade administrativa acarretando penas tão severas – perda do cargo público e suspensão dos direitos políticos. Este posicionamento, no entanto, é refutado por parte da doutrina e Ministério Público. No estudo realizado pelo Ministério Público Federal, os procuradores refutam a idéia da inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa pelo argumento do foro especial, defendem que o processo e julgamento dos agentes públicos por ato de improbidade administrativa perante o juízo monocrático é constitucional e decorre da aplicação dos princípios constitucionais da igualdade e da república. Alegam ainda que a competência do Supremo Tribunal Federal deva ser analisada restritivamente, conforme SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n.º 2.797-2/DF. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF. DJ de 19.12.2006.

Sob outra perspectiva, a análise do assunto em pauta resume-se em duas vertentes polêmicas: a) a admissibilidade de foro privilegiado nas ações de improbidade e; b) a responsabilização de agentes políticos por improbidade ou crimes de responsabilidade, de acordo com a lei nº 1079/50.

Fala-se “improbidade” para não dizer corrupção administrativa, entretanto, trata-se de desvirtuamento da função pública e desrespeito à ordem jurídica, como resultado da violação ao princípio que rege a moralidade administrativa, cujas sanções encontram-se elencadas no art. 37, § 4º da Carta Magna, *ipsis litteris*:

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 e, também, ao seguinte: § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão à 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.

A corrupção administrativa é um fato cada vez mais presente nos noticiários de todas as mídias, em muitos países e, aqui no Brasil tem sido motivo de muita preocupação de todos, em vista do elevado número de ocorrências que são descobertas frequentemente. Esse fato, no entanto, não se constitui em ocorrência recente, pois, é sabido que a corrupção no Brasil ocorre há séculos, desde a época do Império e que sempre os seus autores ficaram na impunidade.

Na atualidade, como decorrência da modernidade, das transformações e dos avanços sociais e nos meios de informação e comunicação, a improbidade administrativa, de que trata a Lei nº 8.429/92, bem como outras editadas antes, como é o caso da Lei nº 1.079/50 (crimes de responsabilidade) e da própria Constituição Federal de 1988, os crimes de improbidade administrativa começaram a ser descobertos com mais agilidade e os responsáveis punidos.

De acordo com o que aduz Lopes (2014 p.1):

Além do mais, o termo improbidade também se encontra previsto na nossa Constituição no art. 14, § 9º, que trata da improbidade no período eleitoral, assegurando que o seu cometimento mesmo no momento da campanha eleitoral, ou seja, antes da investidura ao mandato já acarreta a sua perda, bem como no art. 15, V, que veda a cassação de direitos políticos, mas possibilita sua suspensão por ato de improbidade, e ainda no art. 85, V, que elenca o ato de improbidade como Crimes de Responsabilidade do Presidente da República.

Ainda que seja sólida a previsão constitucional no que tange à improbidade administrativa, ainda existem polêmicas quanto à Lei de Improbidade Administrativa (LIA), em um primeiro instante dado à inconstitucionalidade formal desta Lei (n° 8.429/92), questionada mediante ADI n° 2182 perante o Supremo Tribunal Federal, que por maioria de votos afastou a aludida inconstitucionalidade. Entretanto, ainda existem controvérsias em relação ao foro privilegiado e, até mesmo no que se refere à responsabilização de agentes políticos por ato de improbidade, o que causa indignação, pois, como ficar impune, mesmo sendo agente político?

5.1 DO FORO PRIVILEGIADO

O foro por prerrogativa de função não está ligado à pessoa, mas à função por ela exercida, de forma que algumas pessoas, em virtude da importância dos cargos que ocupam possuem a prerrogativa de serem processados e julgados por órgãos jurisdicionais superiores, como por exemplo, no caso do presidente da república, que deverá ser julgado pelo Superior Tribunal Federal (STF) nas infrações penais comuns, de acordo com o que prescreve o art. 102, I, b, da CF/1988, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

Essas questões sobre a constitucionalidade ou não de foro privilegiado têm sido motivo de muitas discussões e interpretações contraditórias, senão vejamos como exemplo: foi editada Lei n° 10.628/2002, que acrescentou o § 2° ao art. 84 do CCP, prevendo foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade:

§ 2° A ação de improbidade, de que trata a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

Consequentemente, foi proposta a ADI 2797 contra a Lei n.º 10.628/2002 tendo o Supremo Tribunal Federal julgado inconstitucional o referido § 2° do art. 84 do CPP, decisão proferida em 15/09/2005. Sendo assim, o STF decidiu que “no plano federal, as

hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes”.

Sobre isto, Lopes (2014, p.2) acrescenta:

Em resumo, o STF afirmou que, como a Constituição não estabeleceu foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa, a lei ordinária não poderia prever. Daí firmou-se o entendimento de que as ações de improbidade administrativa deveriam ser julgadas em 1ª instância.

Todavia, o STF, de forma antagônica à sua própria decisão, entende ainda, que os seus Ministros devem ser processados e julgados pelo próprio Supremo nos casos de atos de improbidade, conduzindo, dessa forma, a uma exceção que de igual modo não está prevista na Constituição Federal, seria fisiologismo?

5.2 RESPONSABILIDADE DE AGENTES POLÍTICOS POR ATO DE IMPROBIDADE

Antes de tudo, é de consenso público que, quem pratica atos ilícitos, inclusive de corrupção, independente de quem seja, tem que responder na forma da lei, e cujo tratamento tem que ser isonômico, pois, todos são iguais perante a lei, em princípio.

A Lei n.º1.079/50 prevê os crimes de responsabilidade para os seguintes agentes políticos:

- 1 - Presidente da República;
- 2 - Ministros de Estado;
- 3 - Procurador-Geral da República;
- 4 - Ministros do STF;
- 5 - Governadores;
- 6 - Secretários de Estado.

Ademais, ainda dispomos do Decreto-Lei 201/67, que trata dos Crimes de Responsabilidade dos Prefeitos. Mas, quando se trata da aplicação da lei, pura e simplesmente, emergem inúmeras interpretações e polêmicas, que muitas vezes parece terminar em nada. Como exemplo, segue o seguinte relato, conforme Lopes (2014, p.3), sobre uma decisão do STF: o Ministério Público Federal ajuizou uma ação de improbidade administrativa contra um Ministro de Estado na Justiça Federal de 1ª instância, que condenou o Ministro à perda do cargo e à suspensão de seus direitos políticos.

Entretanto, diante dessa decisão, o referido (Ministro) ingressou com uma reclamação (Rcl 2138/DF) perante a Corte Suprema formulando a tese de que o Ministro

de Estado é um agente político e os agentes políticos já respondem por crimes de responsabilidade, previstos na Lei n.º 1.079/50, motivo pelo qual também não deveriam ser julgados por ato de improbidade, conforme se segue:

RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS.

I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. Questão de ordem rejeitada. I.

2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na sequência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada. II. MÉRITO. II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição. II. 3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II.

4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, c, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.

5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

Dessa forma, o Supremo interpretou que a Lei de Improbidade Administrativa não se aplica aos agentes políticos quando a conduta praticada já for prevista como crime de responsabilidade (Lei n.º 1.079/50), dando total procedência a Reclamação supracitada. Entretanto, é bom destacar que esta resolução gerou bastante polêmica e foi ganha com uma apertada maioria de votos (6x5).

Como é notório, muitas questões e discordâncias emergem quando se fala de improbidade administrativa, inclusive quanto à sua conceituação em relação com o princípio da moralidade. Sobre este aspecto Carvalho Filho (2010, p. 213), afirma a equivalência entre as expressões constitucionais “moralidade” e “probidade”, sendo a moralidade um princípio (art. 37, caput, da CF/88) e a improbidade sua lesão (art. 37, § 4º da CF/88):

Art. 37 [...]

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão à 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.

Os questionamentos relacionados à improbidade administrativa ganharam notoriedade com a promulgação da Constituição Federal de 1988, se bem que nas constituições de 46 e 67, timidamente a improbidade administrativa já era tratada. Mas, foi com a Lei nº 8.429/02 – Lei da Improbidade Administrativa (LIA) que esta questão começou a ser discutida de forma mais intensa, no que tange às suas divergências, dentre estas a que trata de quem é a competência para julgamento destas ações, sobretudo quando agentes políticos são os principais envolvidos os quais alegam que têm direito a foro privilegiado.

De acordo com Norat (2015, p.4) referindo-se ao enquadramento das ações de improbidade administrativa:

São enquadradas por alguns como pertencentes à categoria de responsabilidade civil; para outros, administrativa e política e até mesmo penal. Também há quem coloque como categoria autônoma de responsabilização. Neste último sentido, na doutrina, segundo Oliveira (2009) defende que a improbidade administrativa enquanto esfera de responsabilidade jurídica apresenta inequívoca autonomia constitucional, o que em tudo se reflete na forma de tratamento do tema ao se aplicar a Lei de Improbidade Administrativa.

Não obstante as observações de Norat (2009, p.4) existem jurisprudências sobre a questão da competência jurisdicional, a seguir o julgamento da ADI nº 2797-2:

EMENTA: I. ADIn: legitimidade ativa: "entidade de classe de âmbito nacional" (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP 1. Ao julgar, a ADIn 3153-AgR, 12.08.04, Pertence, Inf STF 356, o plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau - as chamadas "associações de associações" - do rol dos legitimados à ação direta. 2. De qualquer sorte, no novo estatuto da CONAMP - agora Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - a qualidade de "associados efetivos" ficou adstrita às pessoas físicas integrantes da categoria, - o que basta a satisfazer a jurisprudência restritiva-, ainda que o estatuto reserve às associações afiliadas papel relevante na gestão da entidade nacional. II. ADIn: pertinência temática. Presença da relação de pertinência temática entre a finalidade institucional das duas entidades requerentes e os dispositivos legais impugnados: as normas legais questionadas se refletem na distribuição vertical de competência funcional entre os órgãos do Poder Judiciário - e, em consequência, entre os do Ministério Público . III. Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada. 1. O novo § 1º do art. 84 CPPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, insita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. 5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa. IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade. 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a

jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. 6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal -salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária. V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade. 1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal. 2. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo - cujo impeachment é da competência dos órgãos políticos - a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade. 3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado. (ADI 2797, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-02 PP-00250).

Portanto, o resultado desse julgado confirma que não há prerrogativa de função para agentes políticos, à exceção do que prevê a própria Constituição Federal de 1988.

5.3 A APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS

Foi julgada procedente pelo STF a reclamação nº 2.138, que decide pela incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro no STF, conforme art. 102, I, “c” da CF/88.

De conformidade com o entendimento do acórdão da Reclamação n.º 2.138, os atos de improbidade administrativa são tipificados como crimes de responsabilidade na Lei n.º 1.079/1950, tendo em vista que se trata de delitos de caráter político-administrativo. Aduz ainda que o sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos; o primeiro previsto no art. 102, I, “c”

disciplinado pela Lei n.º 1.079/50 e o segundo pelo art. 37, §4, da CF, regulamentado pela Lei n.º 8.429/92. Portanto, os agentes políticos não estão sujeitos ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa, mas sim ao regime especial de responsabilidade (FONSECA, 2009, p.42).

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sua maioria, acompanharam a tese sustentada pela Advocacia Geral da União (AGU), conforme descrita a seguir:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação n.º 2.138-6/DF. Relator: Nelson Jobim. Brasília, DF, 11 set. 2002. DJ de 17.9.2002. p. 52 43 ser julgados pela chamada Lei de Responsabilidade. A ação foi motivada pelo pedido de extinção de um processo contra o ex-ministro da Ciência e Tecnologia do governo Fernando Henrique Cardoso, Ronaldo Sardenberg. Ele foi condenado em primeira instância, em 2002, pelo uso de “jatinhos” da FAB para viagens turísticas a Fernando de Noronha, Salvador e Ilhéus. A União, na defesa apresentada na Reclamação n.º 2.138, sustenta, no mérito, que os agentes políticos não devem estar sujeitos ao sistema de supervisão e repressão comum dos demais agentes públicos, em virtude da necessária liberdade funcional. Neste sentido, sustenta-se que aos agentes políticos não se aplicaria a Lei de Improbidade Administrativa, mas sim as leis especiais, assim como a preservação do foro por prerrogativa de função. A União requer que seja aplicado o critério da especialidade, isto é, sendo a Lei de Improbidade Administrativa dirigida genericamente a todo agente público e, por outro lado, a Lei de Responsabilidade orientada para punir os agentes políticos, a lei específica exclui a incidência da lei geral.

De igual modo, entende o Procurador Geral da República sobre o parecer na Reclamação n.º 2.138, conforme se segue, *in verbis*:

Denota-se, portanto, que a lei dos crimes de responsabilidade, tais como os ilícitos arrolados na lei n.º 8.429/92 são delitos políticos-administrativos. Não se mostra plausível, portanto, a incidência de ambos os diplomas legais sobre o mesmo agente. Não se pode desprezar o especial sistema de responsabilização do agente político previsto no ordenamento jurídico.

Fonseca (2007, p.12) argumenta que: “não há que se falar em foro por prerrogativa de função para os agentes políticos, pelo menos não em sua totalidade”, ao analisar especificamente a Reclamação n.º 2.138, que à época ainda estava para ser julgada:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação n.º 2.138-6/DF. Relator: Nelson Jobim. Brasília, DF, 11 set. 2002. DJ de 17.9.2002. p. 52 44 em discussão, mas com os votos dos Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Côrrea, Ilmar Galvão, Nelson Jobim e César Peluso computados no sentido do deferimento da Reclamação e um voto contrário, do Ministro Carlos Velloso. O argumento elencado na Reclamação n.º 2.138, em especial, o realizado pelo então relator do processo, Ministro Nelson Jobim, de que a aplicação irrestrita da Lei de Improbidade Administrativa resultaria na situação esdrúxula de um juiz de 1.ª instância, de forma cautelar, determinar o afastamento das funções do Presidente da República. Ela concorda que tal

situação configuraria realmente em “absurdo”, porém, “essa linha interpretativa não pode resultar no aniquilamento da sistemática reinante, pois, pela previsão abstrata das penalidades, não se pode inferir que toda a norma está contaminada, fazendo prevalecer a exclusão das instâncias”,⁷⁹ A perda do cargo, sanção prevista no art. 12 da Lei n.º 8.429/92 sujeitar-se-ia ao rito especial previsto na Constituição Federal, limitando-se ao julgamento político, porquanto a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa nos casos de Presidente da República, Deputados e Senadores são feitos, em certos casos, sob restrições.⁸⁰ O entendimento do Ministro Carlos Velloso, voto vencido na Reclamação n.º 2.138, vem corroborar com o argumento da Juíza Federal, pois o Ministro considera que a competência é do juízo federal de 1.ª instância, entendendo que os agentes políticos realmente respondem pelos crimes de responsabilidade previstos nas leis especiais, porém, em tudo aquilo que inovar a Lei n.º 8.429/92 deverá ser aplicada.

Como se percebe, de um lado o posicionamento do STF, no sentido de afastar a competência dos juízes de 1.ª instância, e de aclamar o foro por prerrogativa de função aos crimes, que anteriormente eram considerados como de improbidade administrativa, agora, segundo seu entendimento, como crime de responsabilidade, e em sentido oposto, o entendimento de juízes de 1º grau, doutrinadores e Ministério Público que defendem que a aplicabilidade da LIA não anularia a lei especial, muito menos tiraria a competência jurisdicional aos ocupantes de cargos de natureza política, previstos na Constituição Federal. Portanto, há, ainda, embates no que tange à competência de julgar os crimes de improbidade administrativa.

6. PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS

6.1 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: BREVE HISTÓRICO

Foi na Europa onde começaram as Parcerias-Público-Privadas(PPP). Teve início com a política de privatizações implementada no governo Thatcher, na Inglaterra, com base na doutrina neoliberal que tem como um dos principais alvos diminuir o poder do estado e aumentar o poder do capital, com a pretensão de ampliar o espaço para a atuação das forças do mercado, inclusive atuando na realização de obras e serviços públicos. Recursos governamentais escassos e política neoliberal foram, com certeza, os principais motivos para o surgimento das Parcerias Público-Privadas, com suas peculiaridades de cada governo.

Em um cenário mundial regido pela doutrina neoliberal, onde o capital e o lucro são mais importantes do que as necessidades humanas – capitalismo globalizado, as Parcerias Público-Privadas (PPP) são bem-vindas e por isso a adoção pelos governos torna-se cada vez mais frequente. Portanto, há de se convir que essas PPP's, desde que aplicadas com observância nos limites das leis, e sem a interferência e/ou manobras de corruptos, trazem benefício importantes para a população.

Segundo Lima (2007, p. 84): “O conceito de PPP surgiu na Inglaterra como uma sucessão de experiências de privatizações que o país vivenciou, essas privatizações consistiram em transferir a propriedade e operação de um empreendimento público para o setor privado”.

De acordo com Santos (2008, p. 63):

O conceito formal de parceria público-privada depende de cada país em que está inserida, podendo significar *Private Finance Initiative* (iniciativa financeira privada) na Inglaterra, *Purchase-of-Services Contracts* (contratos de aquisição de serviços) nos Estados Unidos, ou contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa, no Brasil. (SANTOS, 2008, p.63).

Este tipo de parceria vem se constituindo como prática normal pelos governos. Liderada pela Inglaterra, onde deu certo, apresenta resultados positivos. Na atualidade, em decorrência das vantagens, tais como: menos burocracia, praticidade, capital disponível, etc., as PPP's se consolidam como umas das melhores alternativas para a implementação de políticas públicas.

Assim, sendo a Inglaterra pioneira na implementação desse tipo de parceria, é válido, aqui, estabelecer uma comparação com as PPP's brasileiras, iniciando com uma abordagem histórica das Parcerias Público Privadas daquele país:

As PPP's foram criadas na Inglaterra nos anos de 1990 para serem utilizadas como alternativa para a reforma estrutural implantada pelo governo inglês nas últimas décadas, baseado no modelo neoliberal, que incentiva as privatizações e a participação do capital privado e a diminuição da participação do Estado nos serviços de infraestrutura, entre outros.

Segundo Sunfeld (2007, p. 396):

O Reino Unido (especialmente a Inglaterra) tem sido pioneiro em implementar reformas que buscam a redução do papel do Estado (privatização e liberalização econômica), a transformação do seu papel na vida econômica (regulação) e a flexibilização da sua gestão). O conceito das PPP, desenvolvido no início dos anos 1990, marca uma mudança estrutural na forma de financiamento e provisão de serviços de infraestrutura (SUNFELD, 2007, p. 396).

A implantação das PPP's na Inglaterra, na última década do século XX, não ocorreu por uma simples opção do governo, entretanto, como alternativa para o enfrentamento dos problemas financeiro-econômicos que aquele país passava à época, servindo como exemplo para muitos países em situação análoga e, inclusive para o Brasil.

Segundo Brito (2005, p. 13):

Os anos 90 foram marcados pela tentativa de viabilizar projetos de infraestrutura e de provisão de serviços públicos por meio de parcerias com o setor privado. No Reino Unido, esse movimento tem grande intensidade, mas, além da busca por financiamento privado, o objetivo maior passou a ser a eficiência na contratação da prestação de serviços públicos. De acordo com o modelo britânico, o risco associado a um empreendimento seria transferido para os agentes privados e deveria estar demonstrada a observância do imperativo do bom emprego dos recursos (*good value for money*). Não haveria taxas de retorno asseguradas aos investimentos nem pisos de lucratividade. O projeto de maior envergadura e considerado bem sucedido foi a construção, no ano 2000, do túnel sob o Canal da Mancha, ligando a Inglaterra e a França (*Channel Tunnel Rail Link*), que teria custado cerca de £ 4 bilhões (BRITO, 2005).

Como se vê, nas afirmações da autora supracitada, a carência de recursos na Inglaterra, à época, fez com que se buscasse nas Parcerias Público Privadas a saída para os problemas de falta de recursos suficientes a ser aplicados nos projetos de infraestrutura. Como exemplo de sucesso dessas parcerias, temos a construção do Canal da Mancha, como já citado.

No que tange às motivações que levaram o governo Inglês a escolher as PPP's, o Tribunal de Contas da União (2013) publicou uma exposição de motivos realizada pelo *European Investment Bank*- EIB (2005), conforme abaixo descrita:

Os principais fatores que se apresentam como justificativas para a adoção massiva das PPP na Inglaterra são:

- a expectativa de melhoria dos serviços públicos;
- a crença de que as empresas privadas podem ser mais eficientes e melhor geridas do que as empresas públicas;
- a expectativa de melhoria do *value for money* (eficiência) no uso dos recursos públicos, em benefício da sociedade;
- a possibilidade de transferência e de compartilhamento de riscos com o - setor privado;
- a expectativa de capacitar-se e adquirir expertise pelo acesso ao setor privado;
- a superação de dilemas fiscais, uma vez que se possibilita o aumento de investimentos públicos por meio da participação de recursos privados;
- o engajamento dos cidadãos e grupos cívicos na governança e no monitoramento dos serviços.

No entanto, na Inglaterra, as PPP tem um sentido muito mais abrangente do que o conceito utilizado no Brasil. As PPP inglesas se referem a qualquer colaboração estabelecida entre organizações públicas e empresas privadas. A longa trajetória de cooperação com o setor privado institucionalizou a relação público-privada e influenciou a proliferação de um conjunto de instrumentos e mecanismos que compõem o quadro das PPP naquele país. De forma geral, as PPP são definidas como uma relação de compartilhamento de riscos baseada numa aspiração consensual entre o setor público e o privado (incluindo o terceiro setor) de alcançar um resultado desejado de política pública. Normalmente, isso assume a forma de uma longa e flexível relação, baseada num contrato, visando à entrega de um serviço publicamente financiado (EIB, 2005; TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2013).

Desse modo, as PP'Ps na Inglaterra, pode-se afirmar questão bastante sólidas, demonstrando serem eficazes. No Brasil esse tipo de parceria ainda é relativamente novo, mas, já dá para se ter uma ideia de sua eficácia ou não, nos moldes brasileiros.

6.2 SURGIMENTO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO BRASIL

A implementação das Parcerias Público-Privadas no Brasil ocorreu em decorrência de problemas econômicos na esfera estatal, que forçaram a busca por alternativas para que se pudesse dar continuidade aos projetos de políticas públicas.

Segundo Brito e Silveira (2005, p.7):

Os anos 80 marcaram o início de profundas modificações na ação econômica estatal pelos governos dos países membros da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE). Tendo na vanguarda as administrações Reagan e Thatcher, respectivamente nos EUA e no Reino Unido, esse processo traduziu-se numa ampla tendência de desregulamentação setorial,

particularmente no âmbito financeiro, acompanhada de reversão da progressividade da ordem tributária e indução seletiva à competição internacional. Com variada intensidade, esses movimentos estenderam-se a praticamente todos os países do globo, refletindo-se no padrão das relações entre os setores público e privado.

Essas mudanças ocorridas a partir da década de 1980 foram fundamentais para que as PPP's adquirissem o *status* de melhor opção, melhor alternativa para resolução dos problemas econômicos que afetavam a execução de políticas públicas, principalmente de infraestrutura.

Sobre isso, Di Pietro (2005, p. 121) aduz:

Com o objetivo de sanear o desequilíbrio fiscal dos Estados e de melhorar a prestação dos serviços estatais se propagaram pelo mundo uma série de soluções neoliberais, que colocavam o Estado em uma posição de atuação subsidiária na prestação daqueles serviços que poderiam ser prestados pela iniciativa privada sem prejuízo ao interesse público.

Sem alternativas melhores, os governos buscaram nas PPP's a solução para a crise, o que ocorreu de forma semelhante. No Brasil essa modalidade de parceria ainda registra pouca adesão, mas, dá sinais de que progride. Assim, segundo Pereira (1999, p.16):

No Brasil, após a redemocratização, foram iniciadas reformas no aparelho Estatal nas diferentes áreas e níveis, sendo a redefinição do papel do Estado um tema recorrente na década de 1990. Um dos divisores de águas concernente à Reforma da Administração Pública brasileira é o Plano Diretor de Reforma do Estado de 1995, quando o Brasil abandonou as políticas desenvolvimentistas e começou a seguir as recomendações do Consenso de Washington. Com o Plano Diretor do Estado, as reformas seguiram no sentido das privatizações, concessões e permissões do setor público, cujo marco ocorre com a nova modelagem de contrato administrativo de concessão do público para o privado.

Consideração que as PPP's são de grande utilidade na Administração Pública, e que o excesso de burocracia que leva à lentidão e ineficácia prejudicam o andamento das políticas públicas, essa modalidade de parceria é recomendada e, por isso, deveria ser uma prática constante.

De acordo com Lima (2007, p.133) as Parcerias Público Privadas são “um sistema de contratação de serviços públicos que regula as relações comerciais, em contratos de longo prazo, entre o setor público e o setor privado, considerado ainda, um consórcio de empresas privadas, visando o fornecimento de obras e serviços públicos”.

Segundo Pietro (2012, p. 148):

As parcerias público-privadas, resumem-se em um contrato administrativo de concessão que tem por objeto a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.

Torna-se necessário enfatizar que as PPP's nada têm a ver com a privatização, pois, na modalidade de parcerias, não existe venda de ativos; o setor público apenas concede o direito a um operador privado, de investir em determinado serviço público, por um determinado período de tempo.

Diante de tudo isso, a história da Parceria Público-Privada no Brasil teve início, legalmente, a partir da promulgação da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 – Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública. Posteriormente, em 1995 essa lei foi substituída pela Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro – Regime de concessão e prestação de serviço público e que, novamente foi substituída em 7 de julho daquele ano, pela lei nº 9.074 – outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos. Em 30 de dezembro de 2004 foi, finalmente, promulgada a Lei nº 11.079 criando as Parcerias Público-Privadas no Brasil.

As normas gerais para licitação e contratação das PPP's foram publicadas com a Lei nº 11.079/04, cujo objetivo principal, no início, foi para atrair a iniciativa privada a investir no setor de infraestrutura e serviços públicos, oferecendo garantias, como forma de persuasão. Todavia, no que tange às finalidades que justificam a adoção desse sistema, estas devem ser orientadas nos princípios gerais do Direito Administrativo, com o objetivo de atender aos interesses da população.

De acordo com Meirelles (2009, p. 404):

As PPP representam uma nova forma de participação do setor privado na implantação, melhoria e gestão da infraestrutura pública, principalmente nos setores de rodovias, ferrovias, hidrovias, portos, energia etc., como alternativas à falta de recursos estatais para investimentos nessas áreas. [...] “contrato administrativo de concessão, mas uma concessão especial, porque o particular presta o serviço em seu nome, mas não assume todo o risco do empreendimento, uma vez que o Poder Público contribui financeiramente para sua realização e manutenção.”

A promulgação da lei das PPP's, em nosso ordenamento jurídico, deveu-se, principalmente, ao reconhecimento público da ineficácia do Estado em realizar, sozinho, investimentos em infraestrutura e serviços públicos, por vários motivos, tais como: burocracia excessiva e dificuldades orçamentárias constantes.

Sobre isso, Lodovici & Bernareggi (2005) afirmam:

No Brasil, inúmeras são as causas determinantes do surgimento da PPP's a qual decorre mais do que de uma opção de natureza político-ideológica da própria crise do Estado brasileiro, cuja vertente financeira o incapacita a realizar os investimentos que a sociedade requer. Se, de um lado, o setor público não tem condições de atender às demandas sociais, a iniciativa privada busca mercados alternativos para utilização de sua capacidade empresarial, financeira e administrativa ociosa, em função do longo período recessivo que o país vem atravessando.

Desse modo, pelas dificuldades financeiras dos governos do Brasil, optar pelas Parcerias Público-Privadas, foi a melhor solução, para que se pudesse dar prosseguimento às obras de infraestrutura tão exigidas pela população. Não obstante as vantagens das PPP's, é de bom alvitre enfatizar que elas são proibidas pela lei de exercerem funções de regulação, jurisdicionais e de poder de polícia, pois são atividades que demanda o poder do Estado.

6.3 A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A ordem econômica das PPP's é ditada pela concepção política do Estado, isto é, o Estado delimita sua função, seu campo de atuação e o âmbito reservado à iniciativa privada, de conformidade com as circunstâncias econômicas do país e até internacional.

De acordo com Grau (2003, P. 92):

A atuação estatal na atividade econômica, geralmente, constitui-se intervenção. No âmbito das atividades econômicas em sentido amplo, há, entretanto, aquelas que consistem em meios de satisfazer direta e imediatamente, necessidades indisponíveis para a comunidade, concernentes à prestação de serviços públicos. Sem poder deixar de ser realizados, são sempre subordinados ao regime de direito público, competindo ao poder público prestá-los, diretamente ou atribuindo essa tarefa a agentes privados, por meio de concessão ou permissão.

Sendo assim, é evidente que a prática das PPP's está sob a égide das leis, não podendo ser taxada, levemente, de inconstitucional, considerando que se trata de uma concessão pública, prevista e regulamentada na lei.

Acerca disso, Di Pietro (2010, p. 327) afirma:

Concessão de obra pública é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona.

Segundo Pereira (2006, p. 6):

Concessão de serviço público é o instrumento pelo qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que concorda prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, no entanto, sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente, por meio de tarifas cobradas dos usuários do serviço.

A concessão a entidades privadas de execução e exploração de serviços públicos ficaram mais fáceis a partir do Programa Nacional de Desestatização (PND) na década de 1990, convertendo-se, atualmente, numa rotina adotada pelo Governo, a exemplo do que ocorre em outros países.

Referindo-se a isso, Pereira(2006, p.37):

A outorga a operadores privados da exploração de serviços públicos toma impulso com o Programa Nacional de Desestatização (PND)¹³, em 1990, que teve entre os objetivos fundamentais “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”. As privatizações das empresas prestadoras de serviços públicos, na linha do PND, pressupunham a delegação, pelo Poder Público, da concessão ou permissão do serviço objeto da exploração, observada a legislação específica (BANDEIRA DE MELO, 2005, *apud* PEREIRA, 2006, p. 6).

Em harmonia com essas iniciativas reformadoras, em 1995 foi sancionada a Lei nº 8.987 que regulamentou o regime geral de concessão e permissão de serviços públicos, previstos no art. 175 da Constituição Federal. Seguem-na as leis específicas de vários setores econômicos e se criam as respectivas agências reguladoras 1996: ANEEL, 1997: ANATEL e ANP, 2001: ANTT e ANTAQ, 2005: ANAC (PEREIRA, 2006).

A regulamentação supracitada, do regime geral de concessão e permissão de serviços demonstra a preocupação e a seriedade do governo no trato com essa modalidade

de concessão, e ainda, deixa clara a intenção de transferir para o setor privado a função de executor desses serviços. Assim, Cretella Neto (2005, p. 116) afirma:

Na linha preconizada pela Reforma Administrativa, o Estado desonerou-se da função de executor dos serviços públicos, de que não deixou de ser o titular, e assumiu o papel de regulador e fiscal da exploração dessas atividades econômicas por concessionários privados.

A primeira modalidade de PPP's regulada pela lei é a de *concessão patrocinada*, que envolve obrigatoriedade de contraprestação pecuniária do parceiro público adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, ao parceiro privado. Referindo-se a isso, Di Pietro (2005, p.123) declara:

A concessão patrocinada é contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.

A segunda modalidade de Parcerias Público-Privadas é a *concessão administrativa* prevista pela Lei nº11.079 e que de acordo com Meirelles (2006, p.74):

Esta modalidade de concessão é paga integralmente pela Administração, uma vez que ela é a usuária direta ou indireta do serviço, e permite a inserção do setor privado em serviços até o momento não tão atrativos, como por exemplo, a construção e administração de presídios e hospitais.

Considerando a imensidão do território brasileiro, e por isso, a dificuldade de gerir eficazmente os serviços e a administração de diversos setores de interesse da população, o governo acertou na escolha das PPP's.

6.4 ÓRGÃO GESTOR DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

No que se refere ao Órgão Gestor das Parcerias Público-Privadas, criado por decreto, são as seguintes as suas competências:

- I) definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada;
- II) disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos;
- III) autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital;
- IV) apreciar os relatórios de execução dos contratos (DI PIETRO, 2010, p. 325).

São básicas essas atribuições, fundamentais e indispensáveis para que as PPP's operem de acordo com as leis à elas destinadas. Assim, segundo, ainda, Di Pietro (2010, p.324):

A constituição do órgão está disciplinada no § 1º e contará com representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (que coordenara os trabalhos), do Ministério da Fazenda e da Casa Civil da Presidência da República. Além disso, em cada reunião do órgão deverá participar um representante do órgão da Administração Pública direta cuja área de competência seja pertinente ao objeto do contrato em análise (§2º).

Embora o órgão tenha competência decisória sobre a contratação, depende, para esse fim, conforme artigo 14, § 3º, de manifestação prévia e fundamentada do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, sobre o mérito do projeto, e do Ministério da Fazenda, quanto à viabilidade da concessão da garantia e à sua forma, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao cumprimento do limite de que trata o artigo 22.

Conforme a autora acima mencionada, no que se refere à solicitação, o órgão gestor não a realiza, cabendo apenas autorizar a abertura do procedimento e aprovar o edital; a licitação é da competência do próprio Ministério ou Agência Reguladora, nas respectivas áreas de competência (art. 15). Este Comitê Gestor de Parceria Público-Privada (CGP) foi instituído na esfera federal, mediante o Decreto nº 5.385, de 4 de março de 2005, alterado pelo Decreto nº 6.037, de 7 de fevereiro de 2007 (DI PIETRO, 2010).

Afora tudo isso, um aspecto interessante a ser estudado, é quanto à possibilidade da Administração Indireta propor parcerias, sem a intermediação do Comitê Gestor. Assim, referindo-se a isso, Di Pietro (2010, p. 326) afirma:

Salvo com relação às agências reguladoras, a lei não define competências nem faz qualquer referência à hipótese em que a parceria seja proposta por entidades da Administração Indireta conforme o permite o artigo 1º, parágrafo único. Isto permite a conclusão de que cada entidade, tendo personalidade jurídica própria, tomará as próprias decisões quanto às parcerias, pela aplicação do princípio segundo o qual não existe tutela sem lei que a preveja. Sendo as entidades da Administração Indireta criadas por lei, com esfera de competência própria, a interferência da Administração Indireta fica limitada ao que dispuser a lei.

Sendo assim, fica claro que as entidades da Administração Indireta, podem, se assim quiserem, optar pela Parceria Público-Privada, sem ferir as leis específicas, as quais são destinadas à esfera governamental.

Ainda de aplicação restrita à união são as normas relativas ao controle estabelecidas mais para definir competências do que alterar as formas de controle já previstas no direito positivo:

- o artigo 14 , § 4º, prevê o controle pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas, ao exigir que lhes sejam remetidos, com periodicidade anual, os relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada (Instrução Normativa nº 52, de 4 de Agosto de 2007, do Tribunal de Contas da União);
 - o § 6º do mesmo dispositivo garante o controle pelo particular, ao exigir que referidos relatórios sejam disponibilizados ao público, por meio da rede pública de transmissão de dados, salvo quanto à informações classificadas como sigilosas;
 - o artigo 15 outorga competência aos Ministérios e às Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de atuação, para acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada.
- Isso tudo não afasta a aplicação dos dispositivos da Constituição referentes a controle (político, financeiro, administrativo, judicial), nem dos contidos nas Leis nº8.987 (art.30) e 9.074 (art.36), sobre controle pelo poder concedente e controle popular, exercido, como direito, pelo usuário do serviço, conforme previsto no artigo 7º da Lei nº 8.987, como também não afasta o controle exercido pelo Ministério Público (DI PIETRO, 2010, p. 326).

6.5 VANTAGENS E DESVANTAGENS DOS PROJETOS DE PPP

Apesar das Parcerias Público-Privadas estarem consolidadas em muitos países, como alternativa eficaz, há algumas desvantagens que precisam ser evitadas, a saber: segundo Lima (2007, p. 93): “todo empreendimento é passível de vantagens e desvantagens. Assim, no contexto das Parcerias Público-Privadas, podem advir benefícios e riscos.”, portanto:

Aponta como vantagem de maior destaque a própria natureza da PPP, e especialmente do seu financiamento pelo setor privado (que é verificado como regra geral), que demanda uma análise excepcionalmente rigorosa dos custos e cronograma de construção e da possibilidade dos custos efetivos serem suportados, direta ou indiretamente, pelos beneficiários que usufruirão do projeto uma vez concluído. Outra vantagem prende-se ao ganho de eficiência microeconômica das PPP, decorrentes do fato de que o mesmo agente privado irá construir e utilizar o ativo posteriormente para ofertar o serviço, que é o objetivo do contrato. As PPP têm a vantagem de a obra ser financiada com recursos privados, o que permite ao governo aumentar o investimento em infraestrutura sem aumentar seu endividamento, utilizar a maior capacidade administrativa e de inovação, e transferir, pelo menos, parte do risco do investimento para o setor privado.

Entretanto podem existir algumas desvantagens. Uma delas refere-se à preocupação no retorno do investimento de longo prazo, uma vez que as regras que regem a PPP podem sofrer alterações a cada mudança de governo. Além da mudança de governo ser um fator comprometedor para o sucesso da PPP, outro agravante é o lançamento simultâneo de projetos diante da limitação de capital, o que pode permitir que sejam postos em prática projetos não prioritários, em detrimento daqueles de maior relevância.

As PPP's no Brasil assemelham-se às de outros países no que tange aos propósitos básicos, mas a regulação é, obviamente, própria de cada um., Mas, de forma geral elas têm

demonstrado ser um boa opção para os governos, principalmente aqueles mais descapitalizados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como bem sabemos, o uso da máquina pública com propósitos escusos se configura, no Brasil, como um problema secular, que se arrasta desde o tempo do Brasil Império. Há quem defenda que a questão da corrupção no nosso país é cultural, ultrapassa qualquer bom senso.

A Lei de Improbidade Administrativa foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico com o nobre propósito de combater aquele que talvez seja o maior flagelo da nossa sociedade, a corrupção. Assim, assume indiscutível relevância, na medida em que contribui para a realização dos princípios da administração pública, esposados no *caput* do artigo 37, da nossa Lei Maior.

Entretanto, há que se ponderar que toda lei deve guardar perfeita harmonia com o espírito constitucional. Acreditamos que isso não acontece pelo fato de que a lei prevê a possibilidade de um ato de improbidade administrativa ser praticado por culpa.

O assunto é controverso na doutrina. Alguns juristas consideram constitucional a referida previsão, outros defendem que a improbidade administrativa só comporta culpa grave e há quem sustente que o dispositivo é inconstitucional.

Diante dos argumentos expostos neste trabalho, reputamos como mais acertado o entendimento da corrente que prega a inconstitucionalidade da modalidade culposa de improbidade administrativa.

A nosso pensar, a culpa referida pelo artigo 10, da Lei 8.429/1992, além de contrariar o conceito de improbidade, está em desacordo com a Constituição Federal em razão de constituir ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Todavia, temos que admitir que a problemática apresentada remete à questões demasiadamente complexas, de forma que o tema exige reflexões mais profundas do que poderíamos atingir nos limites deste estudo.

No tocante à jurisprudência que trata da matéria, observamos que tem evoluído paulatinamente. Uma evidência disso é que a Segunda Turma, do Superior Tribunal de Justiça, que já aplicou a responsabilidade objetiva, findou por admitir o equívoco, reconhecendo a inadmissibilidade da tese.

Vale também destacar as recorrentes decisões do Superior Tribunal de Justiça que afirmam que a conduta do agente, nas hipóteses do artigo 10, da Lei de Improbidade Administrativa, deve ser dolosa ou, pelo menos, estar eivada de culpa grave. Em que pese entendermos que o conceito de culpa grave merece melhores esclarecimentos, o fato de afastar a culpa pura e simples da ideia de improbidade já indica um avanço.

Por fim, resta-nos reconhecer que a discussão persistirá até o momento em que o Supremo Tribunal Federal se pronunciar sobre o assunto, uma vez que é o único verdadeiramente habilitado a dirimir a dúvida.

No que tange à Parcerias Público-Privadas (PPP's), além de se constituírem em ótima opção para os governos com problemas de recursos, de certo modo também colabora para o controle contra a improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Revista e Atualizada. **A Bíblia da Mulher: leitura, devocional, estudo**. 2. ed. Barueri, SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009.

_____. **Bíblia Obreiro Aprovado: sínteses, artigos, liturgia, concordância, dicionário**, Harpa Cristã, 4. ed. Rio de Janeiro, RJ: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. **Reflexões sobre improbidade no direito brasileiro**. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – parte geral** 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 18 Fev. 2016.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 18 Fev. 2016.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 18 Fev. 2016.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 15 Fev. 2016.

_____. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. **Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União**. Brasília, 1993. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Fev. 2016.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. **Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências**. Brasília, 1985. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 18 Fev. 2016.

_____. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras**

providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Seção 1, p. 1-3. Disponível em <<http://www.in.gov.br>> Acesso em 10 Fev. 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1-74. Disponível em <<http://www.in.gov.br>> Acesso em 18 Fev. 2016.

_____. Medida Provisória nº 2.225-45, de 04 de setembro de 2001. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 set. 2001. Seção 1, p. 241-242. Disponível em <<http://www.in.gov.br>> Acesso em 20 Jan. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal (1. Região). Apelação nº 0006332-21.2000.4.01.3200-AM. Apelante: Ministério Público Federal e outros. Apelado: Carlos Eduardo de Souza Braga e outros. Relator: Juiz Federal Convocado Jamil Rosa de Jesus. Brasília, 23 de outubro de 2009. Disponível em <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br>> Acesso em 20 Jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 737279/PR. Recorrente: Arcinídeo Félix Gulin. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Brasília, 13 de maio de 2008. Publicação DJe 21 de maio de 2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 17 fev. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1155803/PR. Recorrente: Celso Tozzi. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Brasília, 01 de dezembro de 2011. Publicação DJe 28 de maio de 2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 17 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ação de Improbidade Administrativa nº 30/AM. Requerente: Ministério Público Federal. Requeridos: Solange Maria Santiago Morais e Benedito Cruz Lyra. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial. Brasília, 21 de setembro de 2011. Publicação DJe 28 de setembro de 2011. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 17 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 875425/RJ. Recorrente: Ary Ribeiro Guimarães e Danilo de Almeida Lobo. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministra Denise Arruda, Primeira Turma. Brasília, 09 de dezembro de 2008. Publicação DJe 11 de fevereiro de 2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 17 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 728341/SP. Recorrente: Hélio Rubens Tavares Martinez e outros. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Brasília, 06 de março de 2008. Publicação DJe 18 de março de 2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 18 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 488842/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Antônio Sérgio Baptista Advogados Associados e outros. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Relator para

acórdão: Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Brasília, 17 de abril de 2008. Publicação DJe 05 de dezembro de 2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 13 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 988374/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Vicente de Faria Paiva. Relator: Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Brasília, 06 de maio de 2008. Publicação DJe 16 de maio de 2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 12 jan. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 145. Diário da Justiça, Brasília, DF, 17 nov. 1994.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reflexões sobre a Reforma Gerencial Brasileira de 1995**. Revista do Serviço Público. Brasília, DF, 1999, v. 50, n. 4, p. 5-30, 1999.

_____. A crise da América Latina: Consenso de Washigton ou Crise Fiscal? Pesquisa e Planejamento Econômico, 1991. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1991/91-AcriseAmericaLatina.pdf>. Acesso em: 15 de abr. 2016.

BRITO, Bárbara Moreira Barbosa; SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro. **Parceria público-privada**: compreendendo o modelo brasileiro. Brasil: Revista do Serviço Público, vol. 56, nº 1, jan/mar 2005.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. São Paulo. Malheiros. 2003.

CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. 10 ed. Coimbra: Almedina, tomo II, p. 749. *apud* NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ob. cit., p. 63. 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALCANTE, Ruszel. **Despesa Pública e Corrupção no Brasil**. 2. ed. Brasília: Fundação Astrojildo Pereira, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 44. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/cadastro-improbidade/resolucao-n44.pdf>> Acesso em: 30 jan. 2016.

COSSALTER, Phillipe. *A private finance initiative*. Belo Horizonte: Revista de Direito Público Econômico. nº 6, p. 127-180, 2004.

CREDENDIO, José Ernesto; BANDEIRA, Luiza. Haddad ataca vice e aliados de tucano. Folha de S. Paulo, São Paulo, 14 out. 2012. Disponível em

<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/71958-haddad-ataca-vice-e-aliados-de-tucano.shtml>> Acesso em: 12 fev. 2016.

CRETELLA NETO, José. **Comentários à lei das parcerias publico-privadas - PPP**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DELGADO, José Augusto. **O Foro por prerrogativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte II**. L&C : Revista de Direito e Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 7, n. 70, p. 29- 44, abr. 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____ **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____ **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____ **Parcerias na Administração Pública**. Ed. Atlas. 9ª ed. São Paulo. 2012.

EIB - EUROPEAN INVESTMENT BANK. *Innovative financing of infra-structure: the role of public-private partnerships*. *EIB Papers*, v.10, n.1. 2005.

FIGUEIREDO, Isabela Giglio. **Improbidade Administrativa – Dolo e Culpa**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FONSECA, Janildo Teixeira da. **A Lei da Improbidade Administrativa e os Agentes Políticos**. Brasília. CEUB. 2009. Disponível em:<<http://repositorio.uniceub.br>>. Acesso em: 02 Mar. 2016.

FONSECA, Rosemayre Gonçalves de Carvalho. **A ação de improbidade administrativa e os agentes políticos**. Revista do Tribunal Regional Federal: 1. Região, v.19, n.4, p.27-38, abr., 2007.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. Lumen Juris editora. 2004, p. 738

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume IV: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte geral**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HAURIOU, Maurice. *Précis élémentaire de droit administrative*. Quatrième édition. Recueil Sirey, p. 232 e segs. *apud* OSÓRIO, Fábio Medina. Ob. cit., p. 42 e segs. 1938.

HM TREASURY. **Building better partnerships**. London. 2005.

IFSL - INTERNATIONAL FINANCIAL SERVICES. *Public private partnerships: UK expertise for international markets*. London, 2003

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KNOPLOCK, Gustavo Mello. **Manual do Direito Administrativo**. São Paulo. Campus/Elsevier. 2014.

Disponível em: <[http://Gustavoknoplock.com.br/wp-content/.../ o principio-da-juicidade](http://Gustavoknoplock.com.br/wp-content/.../o-principio-da-juicidade)>. Acesso em 10 fev. 2016.

LIMA, Jacqueline Baptista de S.; PAULA, Luciane Maria Argenta de M.; PAULA, Rogério Carvalho. **Entendendo a parceria público-privada no Brasil: Uma análise preliminar**. In Revista Gestão Pública e Controle. v. 1, n. 3, p. 79-111, 2007. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2007.

LOBO, Arthur Mendes. **A ação prevista na lei de improbidade administrativa: competência, legitimidade, interesse de agir e outros aspectos polêmicos**. Revista de Processo. São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Processual (IDBP). Editora Revista dos Tribunais, n. 148, Ano 32, p. 46-75, 2007.

LODOVICI, E. Samek; BERNARGGI, G. M. FINGERMAN, Henrique (orgs.) **Parcerias Público-Privadas: Cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e administrações públicas locais**. São Paulo: Summus Editorial, 2005.

Disponível em: <<http://www.unifra.br/pos/gestaoeturism/parcerilaspUBLICOPRIVADAS>> Acesso em; 18 maio 2016.

LOPES, Sara Morgana Silva Carvalho. **Existe foro por prerrogativa de função nas improbidades administrativas?** 2014.

Disponível em: [http://www.dizerodireito.com.br/..](http://www.dizerodireito.com.br/) Acesso em: 01 mar. 2016.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2005.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Limite da Improbidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/1992**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____ **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____ **Direito Administrativo Brasileiro**, 35ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionar: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Administrativo**. 3.ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NORAT, Ygor Villas. **Foro por prerrogativa de função nas improbidades administrativas**. 2015. Disponível em: <<http://www.dizerdireito.com.br>. Acesso em: 01 Mar. 2016.

OLIVEIRA, José Riberto Pimenta. **Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional**. Belo Horizonte. Forum. 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa: reflexões sobre laudos periciais ilegais e desvio de poder em face da Lei Federal nº 8.229/92**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 880, 30 nov. 2005. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/7642>> Acesso em: 1 jan. 2016.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2010.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011.

PEREIRA, Carlos Eduardo Queiroz. **Parcerias Público-Privadas: novo modelo brasileiro de concessão de serviços públicos e novos desafios para o controle**. São Paulo. Saraiva. 2006.

PUHL, Adilson Josemar. **Princípio da Proporcionalidade ou da Razoabilidade: como instrumento assegurador dos direitos e garantias fundamentais e o conflito de valores no caso concreto**. São Paulo: Editora Pillares, 2005.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SÃO PAULO. 12ª Vara de Fazenda Pública. Sentença nº 0006305-89.2010.8.26.0053. Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Requerido: Alexandre Alves Schneider e outros. Juíza sentenciante: Silvia Maria Meirelles Novaes de Andrade. São Paulo, 19 de dezembro de 2012. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br>> Acesso em 27 jan. 2016.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho para Concursos Públicos**. 10. ed. São Paulo: Método, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIMÃO NETO, Calil. **Improbidade Administrativa: teoria e prática**. Leme: J.H. Mizuno, 2011.

SUNFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In: Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n.º 2.797-2/DF. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF. DJ de 19.12.2006.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br> • 2ª Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação. 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.