

ALGUNS ASPECTOS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Alcir da Silva*

Sumário – Considerações Prévias; 2. Ato de Improbidade Administrativa. Conceituação; 3. A participação de terceiros nos atos de improbidade; 4. Aspectos Processuais; 4.1. Juízo competente para a ação; 4.2. A questão dos honorários advocatícios.

Considerações Prévias

Com a tendência mundial de o Executivo se sobrepor aos demais poderes estatais, mediante a utilização, pelo menos em nosso País, do expediente de promessas que, a final, se concretizam por meio da concessão de favores àqueles que a ele se coligarem, direta ou indiretamente, rompendo o equilíbrio que deve existir no sistema tripartite tão bem estabelecido por MONTESQUIEU, na sua clássica obra “O Espírito das Leis”, para o controle desses mesmos poderes, afigura-se-nos importante a criação de um mecanismo de limitação a esse modo de agir, objetivando a defesa da causa pública que, em nosso entender se situa acima dos interesses dos governantes.

Isso, porém, não significa, conforme veremos mais adiante, que todo ato praticado pelo administrador público, com fundamento nesse poder alcançado, se constitua num ato de improbidade administrativa.

Por outro lado, com o presente estudo não se pretende inovar relativamente ao tema proposto já tão debatido por nossa doutrina e/ou jurisprudência, mas sim ressaltar alguns aspectos da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, que entretanto, apesar disso, continua a merecer interpretações equivocadas, principalmente no que concerne à conceituação do que se deva entender como prática efetiva de ato de improbidade administrativa.

Indo ao cerne constitucional do tema, verificamos que o art. 37, caput, da nossa Constituição da República de 1988, estabelece que os atos praticados pela Administração Pública deverão pautar-se na observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência sob pena do seu executor incorrer nas sanções previstas no § 4º desse mesmo artigo.

Portanto, sem a efetiva vontade de ferir ditos princípios constitucionais, ainda que se possa constituir numa ilegalidade administrativa, o ato praticado não se constitui em ato tipificado como de improbidade administrativa, uma vez que o agir, para que tenha essa tipificação, faz-se necessário que, na sua prática, haja efetiva manifestação do dolo no comportamento do agente.

A respeito vale trazer à colação lição mencionada por FÁBIO MEDINA OSÓRIO¹

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro (Aposentado)

¹ OSÓRIO, Fábio Medina, *Improbidade Administrativa*, RT, 3ª edição, p. 319 em nota de rodapé

citando julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça, datado de 26.06.2007: “Nem todo ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para fins da Lei 8.429/92. A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador”.

1. Ato de Improbidade Administrativa. Conceituação

Consoante leciona PLÁCIDO E SILVA² o vocábulo improbidade “derivado do latim improbitas (má qualidade, imoralidade, malícia), juridicamente liga-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter. Desse modo, improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ter caráter, que não age com decência, por ser amoral, improbidade é a qualidade do improbo. E ímprobo é o mau moralmente, é o incorreto, o transgressor das regras da lei e da moral”.

Entretanto, apesar da exigência obrigatória da existência desses atributos, para que o ato ali praticado seja tipificado com ímprobo, alguns membros do Ministério Público e da Magistratura, tanto federal como estadual, têm reiteradas vezes considerado como tal infrações administrativas, sem proceder a um prévio exame da manifesta vontade de seu executor de infringir aqueles valores constitucionais aqui antes já citados.

Prova disso, são os inúmeros julgados proferidos no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme será visto mais adiante, corrigindo esses equívocos, conquanto cometidos de boa-fé.

Nessa linha, é a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, citado por ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA³, conceituando a improbidade administrativa como “uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”.

Mais adiante, prossegue o aludido constitucionalista, no trato do mesmo tema:⁴ “nem sempre a lesão ao patrimônio pode ser caracterizada como ato de improbidade administrativa, por não estar a conduta do agente, causadora da lesão, marcada pela desonestidade”.

BENEDITO PEREIRA PORTO NETO e PEDRO PAULO DE REZENDE PORTO FILHO⁵, ob.cit.p.96, também opinam a respeito”. A Constituição Federal (bem como a legislação infraconstitucional) exige como elemento do tipo improbidade administrativa a intenção de praticar a ilegalidade. Elemento subjetivo é, portanto, requisito inafastável para a tipificação da conduta punível na forma da Lei nº 8.429, de 1992”.

Desse entendimento não se afasta SÉRGIO DE ANDREA FERREIRA⁶ ao ministrar: “Em todos os casos arrolados na Lei 8.429/92, imprescindível o dolo e a consciência da antijuridicidade”.

Sem dúvida, nas palavras desse renomado autor, os atos de improbidade

² SILVA, Plácido e, *Vocabulário Jurídico*, Forense, 27ª edição p.716

³ JUNQUEIRA, Aristides Alvarenga. *Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro*. In Bueno Cassio Scarpinella; Porto Filho, Pedro Paulo de (Coord.) Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais, SP, Malheiros, 2001, p.87.

⁴ _____, idem, idem, ob. cit. p.88

⁵ PORTO NETO, Benedito Pereira e Porto Filho, Pedro Paulo de. *Violação ao dever de licitar e a Improbidade Administrativa*. In Bueno Cassio Scarpinella; Porto Filho, Pedro Paulo de (Coord.) Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais, SP, Malheiros, - 2001, p.96

⁶ FERREIRA, Sérgio de Andrea, Boletim de Direito Administrativo, NDJ, agosto de 2002, p 623

exigem, para a sua caracterização, a má-fé identificadora da indignidade, da desonra, da desonestidade, da quebra de decoro, da corrupção e da torpeza.

Portanto, conforme visto, o ato de improbidade há de trazer sempre intrínseco um cunho doloso, que é a sua principal característica.

Nessa mesma linha vale citar EDILSON PEREIRA NOBRE⁷ no estudo que faz sobre o tema: “Por esta razão, é imprescindível a vontade deliberada de malferir a ordem jurídica, ou seja o dolo. A culpa grave não bastaria”.

Continua o mestre, ob.cit.:” Em face tanto do art. 37, caput da Lei Maior, quanto do art. 11 da Lei 8.429/92, reportarem-se ao dever de observância da legalidade, faz preciso advertir que a mera inobservância de dispositivo legal não é capaz de configurar improbidade”.

No particular vale ressaltar que SÉRGIO ANDREA FERREIRA⁸ já houvera afirmado:” O valor, o bem juridicamente tutelado, na ação de improbidade administrativa, é a honestidade na administração; e não o patrimônio público. O equívoco, o erro de direito, a interpretação, o entendimento errôneo, mas de boa-fé, afastam o ilícito”

Dessa forma, sem a manifesta vontade de macular aqueles elementos constitucionais aqui antes mencionados, não há de se cogitar, da prática de ato tipificado como de improbidade administrativa.

ANTONIO LISBOA NEIVA⁹, digníssimo Desembargador Federal dessa 2ª Região Judiciária, relativamente à matéria ora em pauta, assim se expressa: “A improbidade administrativa caracterizar-se-ia por ação ou omissão dolosa de agente público, ou de quem de qualquer forma concorresse para a realização da conduta, com a nota imprescindível da deslealdade, da desonestidade ou da falta de caráter, que viesse a acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao patrimônio de pessoas jurídicas mencionadas no art. 1º da LIA, ou ainda, que violasse os princípios da Administração Pública, nos termos previstos nos artigos 9º, 10º e 11º da citada lei”.

Face a isso, afigura-se-nos precipitada a imputação, a quem quer que seja, da prática de ato classificado como de improbidade administrativa, sem que antes se examine a fundo a intenção (vontade) manifesta do agente, expressa no seu agir, principalmente se considerarmos a gravidade das sanções previstas no art. 12, da Lei nº 8.429/92.

Dentro dessa linha de raciocínio, ao que nos parece, já se posicionou o Colendo Superior Tribunal de Justiça¹⁰ ao sacramentar que “a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil”.

Esse entendimento foi seguido também, dentre outros, no julgamento do Recurso Especial do qual foi relatora a Min. Laurita Vaz¹¹ em acórdão assim ementado: “Lei 8.429/92. Fixação do âmbito de aplicação: Perspectiva teleológica. Arts. 15 inc. V, e 37, § 4º, da CF. O ato de improbidade a ensejar a aplicação da Lei nº 8.429/92, não pode ser identificado tão somente como ato ilegal. A incidência das sanções previstas na lei carece de um plus, traduzido no evidente propósito de auferir vantagem, causando dano ao erário, pela prática do ato desonesto, dissociado da moralidade e dos deveres de boa administração, lealdade e boa-fé”.

⁷ NOBRE, Edilson Pereira, Boletim de Direito Administrativo, NDJ, março de 2004, p. 2

⁸ FERREIRA, Sérgio de Andrea, ob. cit. p. 624

⁹ NEIVA, Antonio Lisboa, *Improbidade Administrativa*, Impetus, Niterói, RJ, 2ª edição, p. 125

¹⁰ VIEIRA, Garcia, relator, STJ, Resp. 213994, sítio STJ

¹¹ VAZ, Laurita, relatora, STJ, REsp 269683, DJU de 03.11.2004

Esse modo de entender mereceu crítica, injusta ao nosso ver, de EMERSON GARCIA¹² ao assim se manifestar a respeito: “Deve ser objeto de novas reflexões o entendimento de que “a lei não pune o administrador incompetente, mas unicamente o desonesto”, máxime quando se constata a inclusão do princípio da eficiência no rol constante do art. 37, caput, da Constituição.

Nesse particular, demonstrando que esta última e rígida interpretação não deve prevalecer, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em julgado datado de 06.03.2008, examinando suposto ato de improbidade com dano ao patrimônio público, decorrente de contratação ilegal, entendeu que a condenação em ressarcimento de dano no caso seria indevida, já que havendo a prestação do serviço contratado, a pretendida condenação ao ressarcimento de dano poderia figurar hipótese de enriquecimento ilícito da Administração Pública.

Além disso, parece-nos que reforça o entendimento até então desenvolvido no sentido de que só se deve cogitar de improbidade administrativa quando, na prática do ato, ficar evidenciado que o mesmo foi praticado com má-fé dentro de um comportamento desonesto, a seguinte lição que nos dá MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO¹³: “Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e perda da função pública”.

Portanto, correto o entendimento de FÁBIO MEDINA OSÓRIO¹⁴ no sentido de que embora a improbidade administrativa se constitua numa espécie de má gestão pública, “nem toda má gestão pública será expressão da improbidade, ainda que o inverso seja verdadeiro”.

A esta altura faz-se oportuno buscar o ensinamento que nos dá WALDO FAZZIO JÚNIOR¹⁵: “A Administração Pública existe para satisfazer necessidades e concretizar o bem comum. Improbidade é muito mais que ingênuo deslize administrativo sem grandes consequências; é astúcia, malícia e desonestidade. Se estas não estão presentes, não há improbidade digna de justificar a persecução, mas mera irregularidade suscetível de ser corrigida, pela via administrativa disciplinar”.

Assim sendo, não se incluem dentre aqueles qualificados como de improbidade administrativa, os atos administrativos que, embora ilegais, não apresentem resultados de extrema gravidade, bem como, na sua prática, não se vislumbre indícios de má-fé ou de desonestidade.

Nem mesmo na hipótese do art. 10 da Lei nº 8.429/92, que admite ato de improbidade sob o forma culposa, embora não precise o grau de cometimento dessa culpa (negligência, imprudência ou imperícia), dispensa a necessidade de, para a configuração da aludida improbidade administrativa, que o ato seja praticado com índole de má-fé, desonestidade e indignidade manifestadas pelo seu autor.

2. A participação de terceiros nos atos de improbidade

Com efeito, dispõe o art. 3º da Lei nº 8.429/92 que as disposições do referido diploma legal podem ser aplicados a terceiro que, embora não sendo agente público,

¹² GARCIA, Emerson e Alves, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa*, Lumen Juris, 3ª edição, p.48

¹³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, *Direito Administrativo Brasileiro*, Atlas, 14ª edição, p. 688/689

¹⁴ OSÓRIO, Fábio Medina, *Teoria da Improbidade Administrativa*, RT, SP, 3ª edição, p.37

¹⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Atos de Improbidade Administrativa*, Atlas, 2007, p. 222

induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma (direta ou indireta).

Assim sendo, pode-se desde logo concluir que não existe a possibilidade de se imputar ao terceiro, isoladamente, o cometimento de ato ímprobo, sem que o mesmo tenha agido dolosamente em conluio com o agente público ou, de qualquer forma, tenha se beneficiado do resultado obtido com a prática do ato.

Na exceção dessa regra de participação dolosa na realização do ato, em conluio com o agente público, deve-se colocar o sucessor deste, não só em atenção ao disposto na primeira parte do art. 1.792, do Código Civil, bem como em razão do que dispõe o art. 8º da Lei nº 8.429/1992, ao estabelecer que o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilícitamente, estará sujeito às cominações da citada lei até o limite do valor da herança recebida.

Portanto, continuando o raciocínio até então desenvolvido, para que se possa imputar ao terceiro a responsabilidade também pela prática do ato de improbidade administrativa, necessário se faz que este terceiro induza o agente público a praticar o aludido ato, em concurso e/ou seja, beneficiado pelo resultado obtido com a citada prática, ainda que de forma indireta e que no ato praticado haja manifesta intenção de lesar o patrimônio público, auferindo, em consequência, vantagem do ato ilícito executado.

Em outras palavras, é o que leciona MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS:¹⁶ “Portanto, para que o terceiro fique no polo passivo da ação de improbidade administrativa, deverá estar invencivelmente caracterizada, uma relação de promiscuidade com o agente público, caracterizada pelo dolo com a obtenção de um resultado combatido pelo direito”.

Assim sendo, pode-se concluir que terceiro somente poderá ser responsabilizado na execução do ato de improbidade administrativa, quando dolosamente, induzir o agente público ou concorrer com o mesmo para a efetiva realização do ato sabidamente ilícito, objetivando tirar proveito do seu resultado.

Ao contrário, aquele terceiro que age de boa-fé, com lealdade, não induzindo ou não concorrendo com o agente público para a efetivação do ato ilícito, bem como não se beneficiando, de qualquer forma, do resultado então obtido, não pode ser considerado como pessoa ímproba, não sendo alcançado, assim, pelas sanções previstas na lei de improbidade administrativa.

Sobre o tema, embora o art. 3º da Lei nº 8.429/92 não faça expressa referência à possibilidade de pessoa jurídica submeter-se às disposições (sanções) contidas na citada lei, doutrina e jurisprudência dominantes não titubeiam em colocá-la no polo passivo da referida relação jurídica, principalmente nos casos em que dita pessoa jurídica se beneficie, de qualquer forma, do resultado produzido como a realização do ato ímprobo.

Note bem. Em princípio, somente a pessoa jurídica será responsabilizada. Seus sócios não, salvo se for hipótese em que se admita a desconsideração da personalidade jurídica, situação na qual, após prévio exame, se constatar que a mencionada pessoa jurídica estará apenas servindo de escudo para a execução da improbidade.¹⁷

¹⁶ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, *O limite da Improbidade Administrativa*, p. 62/65, citado por Inajara Gravina Kunzler, *Forum Administrativo – Dir. Público*, BH, nº 103, p.42

¹⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *TJDFT*, AI 2005.00.2.008231-6, ob. cit., p.262, em nota de rodapé

Em ocorrendo esse caso, deve-se desconsiderar a existência da pessoa jurídica e fazer incidir sobre os sócios da mesma as disposições previstas na lei em apreço.

3. Aspectos Processuais

À semelhança do que ocorre nos crimes afiançáveis (Código de Processo Penal – art. 514), o art. 17 § 7º, da Lei nº 8.429/1992, na redação acrescentada pela MP 2.225-45/2001, estabelece que, estando a inicial em ordem, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido.

Recebida dita manifestação do requerido, o juiz em 30 (trinta) dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da sua improcedência ou inadequação da via eleita (art. 17 §8º).

Dessa decisão cabe apelação, uma vez que o citado decisum porá fim ao processo. Mais adiante (§10) dispõe a lei em apreço que da decisão que recebeu a petição inicial caberá agravo de instrumento.

Diante disso, tem ocorrido com frequência a rejeição tácita dos argumentos expostos nas respostas dadas àquela notificação mediante a prolação do despacho de “cite-se”, sem qualquer fundamentação.

É óbvio que não se pretende nessa fase processual que o juiz profira decisão meritória, mas que, ainda que de forma sucinta, justifique a rejeição dos argumentos trazidos pela resposta dada à citada notificação, até mesmo em respeito a preceito constitucional (Constituição da República, art. 93 IX), em face do qual todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parece-nos que não é sem motivo que o art. 165, do Código de Processo Civil, estabelece que além das sentenças e acórdãos, que deverão observar o disposto no art. 458 do mesmo diploma processual, “as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”.

É seguindo essa linha, que se manifesta NELSON NERY JUNIOR¹⁸ ao lecionar:” As decisões interlocutórias e os despachos podem ser exteriorizados por meio de fundamentação concisa, que significa fundamentação breve, sucinta. O juiz não está autorizado a decidir sem fundamentação (CF, art.93 IX). Concisão e brevidade não significam ausência de fundamentação”.

Portanto, conforme visto, não encontra embasamento constitucional o ato judicial de rejeição tácita dos argumentos daquela defesa prévia, mediante a simples prolação do “Cite-se”, após a apresentação e exame daquela defesa preliminar.

4.1. Juízo competente para a ação

Embora houvesse no passado discussão acerca de qual seria o juízo competente para apreciação e julgamento das ações cíveis propostas de improbidade administrativa, uma vez que a Lei nº 8.429/92 não dispõe expressamente sobre o tema, fazendo apenas referência à aplicação de alguns dispositivos do Código de Processo Civil, bem como do rito ordinário a ser seguido na ação principal, a questão hoje já se encontra pacificada no sentido de que, à exceção do Presidente da República, para

¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil Comentado*, RT, SP. 9ª edição, p.378

o caso, a competência para o processo e julgamento é do juiz de primeiro grau de jurisdição (cível ou da fazenda pública), dependendo do código local de organização judiciária¹⁹.

Portanto, não se aplica à presente espécie a regra do estabelecimento do foro por prerrogativa de função, direito esse que algumas autoridades gozam em matéria de natureza penal, até porque constitucionalmente previsto, à exceção do Presidente da República²⁰.

Neste particular vale ressaltar que o Colendo Tribunal Regional Federal desta 2ª Região, em Sessão Plenária, à unanimidade, em maio de 2009, examinando a assimetria analógica existente entre a Ação de Improbidade e a Ação Popular, concluiu que, se nesta existe foro por prerrogativa de função, o mesmo não se dá, relativamente àquela, fixando no caso a competência do Juízo de 1º grau para processamento e julgamento do feito²¹.

No mesmo sentido ROGÉRIO PACHECO ALVES²² para quem praticando ditas autoridades (aquelas que têm foro por prerrogativa de função) atos caracterizadores de improbidade, o juízo competente para o seu processo e julgamento será da magistratura de primeiro grau.

Registre-se ainda a propósito, decisão proferida pela Primeira Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, por maioria, quando do julgamento, em 19.02.2008, REsp. 764836, relator para o acórdão Min. FRANCISCO FALCÃO, cujo tema foi o exame da competência para apreciação de ação civil pública/improbidade administrativa, de cuja ementa do acórdão ali lavrada extraímos o seguinte trecho:

I [.....]

II – O STF, ao julgar a Adin 2797, declarou inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 84 do CPP, acrescidos por força da Lei nº 10.628/02, remanescendo patente a inexistência de foro privilegiado na hipótese.

É óbvio que, em se tratando de matéria penal, há de se respeitar a competência do foro por prerrogativa de função, relativamente às autoridades que gozam de tal benefício, em respeito às regras constitucionais anteriormente estabelecidas.

4.2. A questão dos honorários advocatícios

Para observância de princípio constitucional da isonomia civil, salvo hipótese prevista no seu art. 188, em face da qual a Fazenda Pública e ao Ministério Público são assegurados os prazos em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, nos demais casos é assegurada a igualdade de tratamento para as partes do processo.

Por outro lado, o art. 20 do CPC estabelece que o vencido pagará ao vencedor, além das despesas que este antecipou, também honorários advocatícios.

Acontece porém que, em sede de ação civil pública (Lei 7347/1985, art. 18) não cabe, ainda que vencido, a condenação do Ministério Público em honorários

¹⁹ ----- *Atos de Improbidade Administrativa*, ob.cit., p.308

²⁰ STJ, Ag Rg no Ag nº 46546

²¹ TRF, 2ª Região, DJU 25/05/2009, p. 98/99

²² GARCIA, Emerson e Alves, Rogério Pacheco, ob.cit. p.680

advocatícios, salvo a comprovada má-fé, consoante posicionamento exposto pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme será demonstrado mais adiante.

Nessa última hipótese, sem dúvida, há manifesta afronta àquele princípio geral de igualdade de tratamento que deve existir entre as partes do processo.

Se no caso de improcedência da ação, o Ministério Público não pode ser condenado a pagar honorários advocatícios à parte autora, ressalvado os casos de má-fé, aplicando-se o princípio processual de que deve haver igualdade de tratamento entre as partes do processo, no caso de procedência da ação não cabe igualmente condenação da outra parte em honorários advocatícios.

Nesse sentido já decidiu a Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp.895530/PR rel. Min. ELIANA CALMON, DJU 18.12.2009) entendendo que por questão simétrica, “à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o parquet beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública”.

Registre-se ainda que, trazido à colação o julgado supra por ocasião do julgamento de apelação cível nº 535293, processo nº 2006.51.01.0001339-8, na Sétima Turma Especializada do Colendo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, embora o relator do recurso, Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAUJO FILHO, tenha ressalvado em princípio o seu entendimento contrário “não obstante, por disciplina judiciária, e em atenção à isonomia preferiu seguir o posicionamento do Tribunal Superior”, do não cabimento da condenação da outra parte no pagamento de honorários em favor do Ministério Público.