

## 1. INTRODUÇÃO

A construção do sistema de controle dos atos da Administração Pública e, por consequência, dos atos de improbidade administrativa, parte necessariamente da existência de um Estado estruturado sobre o princípio da tripartição dos Poderes e que tenha evoluído de um modelo patrimonialista ou burocrático para um sistema de Administração Pública gerencial.

Somente em Estados ancorados no tripé da separação entre as funções Executiva, Legislativa e Judicial parece existir esse desejável controle, amparado em princípios como os da legalidade e da moralidade. No Estado absolutista, por exemplo, inexistia o interesse do soberano em controlar suas decisões, tornando ineficiente qualquer espécie de fiscalização dos seus atos. Mais do que isso: para se poder falar em persecução da improbidade administrativa, necessário haver primeiramente separação entre as esferas pública e privada, algo que não se falava em tempos de pré-iluministas.

Também foi preciso que a Administração Pública avançasse, deixando de ser meramente patrimonialista, tal como ocorria nos regimes autoritários, em que essa separação dificilmente se cristalizava, e, posteriormente, abandonando o sistema burocrático, que possuía métodos ineficazes de controle na medida em que se encontrava moldado em um formalismo excessivo. Foi necessário progredir até se chegar ao atual modelo gerencial, pautado por princípios reitores voltados ao planejamento estratégico com vistas à redução de despesas, incremento da eficiência dos serviços públicos e combate à corrupção.

A Administração Pública, antes ensimesmada e voltada muito mais ao próprio Estado, reformula a noção de interesse público, passando a identificar-se muito mais com os anseios do administrado, com vistas a atender as novas demandas inerentes ao então incipiente Estado social.

Transformações dessa natureza possibilitaram o incremento de formas mais modernas de gestão pública, de forma a modificar sobremaneira o aparato de controle dos atos administrativos. É na perspectiva da Administração Pública gerencial, caracterizada por possuir perfil competitivo, mecanismos eficazes de controle de gastos e prestação de serviços públicos eficazes e de qualidade, que se estrutura todo o sistema de controle interno e externo da Administração Pública Direta e Indireta e, por consequência, o sistema de controle dos atos de improbidade administrativa.

Devido à sua importância, a matéria foi erigida a *status* constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, dedicando-se o legislador ao tema da fiscalização contábil, financeira e orçamentária da Administração Pública nos artigos 70 a 75 da Constituição Federal, modificados pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, a qual pode ser considerada um dos marcos da transição da Administração Pública burocrática para a gerencial.

Tais dispositivos merecem ser estudados e compreendidos à luz do conceito de descentralização, tido como um dos princípios reitores da Administração Pública gerencial e que delimita os meios e formas de controle dos atos administrativos. Da mesma forma, essas normas devem ser interpretadas em conjunto com o artigo 37, §4º da Constituição Federal ao dispor sobre as penas aplicáveis à improbidade administrativa.

Tendo em vista tal cenário, o presente estudo tem por objetivo investigar os mecanismos que se encontram à disposição, especialmente da Advocacia Pública, para efetuar o controle da Administração Pública, tanto no exercício do controle externo quanto no que toca ao controle interno, utilizando-se para isto de uma metodologia hipotético-dedutiva, porquanto parte-se da hipótese da efetividade e da ampliação dos instrumentos de controle, aplicadas a situações específicas com o fim de comprovação.

## **2. A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO CENÁRIO BRASILEIRO**

### **2.1. Breves antecedentes sobre a corrupção ou uma tentativa de identificar suas causas**

Partindo-se da premissa Durkheimiana<sup>1</sup> de que a transgressão é inerente ao homem e de que enquanto existirem relações intersubjetivas presente estará a iminência do conflito de interesses e, portanto, da transgressão, da mesma forma, enquanto existir Estado, a prática de atos de improbidade administrativa será latente.

Muitas teorias já tentaram explicar a razão da existência do Estado, esse ente abstrato que se substitui à vontade dos indivíduos para satisfazer os interesses dos substituídos, e a conclusão uníssona a que se pode chegar é no sentido de sua imprescindibilidade para a vida em sociedade.

---

<sup>1</sup> DURKHEIM, Émile. As regras do método sociológico, São Paulo, Martins Fontes, 2007

Ao discorrer sobre a *Origem do governo*, David Hume<sup>2</sup>, por exemplo, parte da premissa de que os homens em geral são regidos por seu auto-interesse, conclusão a que chega ao observar que dificilmente os homens se preocupam com alguém além de si mesmos ou dos amigos ou conhecidos mais próximos. Por outro lado, para preservar esse auto-interesse, os homens têm consciência de que devem observar as regras de justiça, pois se não o fizerem não haverá preservação da sociedade e se retornará ao que denomina *condição miserável e selvagem*, representada como sendo o estado de natureza.

Portanto, os homens possuem o auto-interesse como interesse imediato, sendo a preservação da sociedade um meio para a satisfação desse fim, constituindo-se, portanto em um interesse mediato. A observância das regras da sociedade e a proteção das regras da justiça são, assim, formas de preservação do auto-interesse. Para Hume, muito embora seja reconhecido o interesse dos homens na preservação da sociedade e da justiça, justamente por se tratarem de interesses mediatos, esses são continuamente violados, em razão da tendência dos homens de cederem às suas paixões, que se constituem em interesses mais fortes e vívidos, advindos de sua maior contiguidade.

Para David Hume, como os homens em geral possuem dificuldade em dar primazia ao interesse mediato (preservação da sociedade e da justiça) em detrimento de seus interesses imediatos (auto-interesse), ou, para usar suas palavras, como os homens “*são incapazes de preferir o distante ao contíguo*”<sup>3</sup>, assim explicitada:

A única dificuldade, portanto, é descobrir esse expediente por meio do qual os homens curam sua fraqueza natural, submetendo-se à necessidade de observar as leis da justiça e da equidade, não obstante sua violenta propensão a preferir o que é contíguo ao que é remoto. É evidente que esse remédio nunca poderia ser eficaz sem corrigir essa propensão; e como é impossível mudar ou corrigir algo importante em nossa natureza, o máximo que podemos fazer é transformar nossa situação e as circunstâncias que nos envolvem, tornando a observância das leis da justiça nosso interesse mais próximo, e sua violação, nosso interesse mais remoto. Mas como isso é impraticável com respeito a toda humanidade, só pode funcionar com respeito a umas poucas pessoas, em quem criamos um interesse imediato pela execução da justiça.

---

<sup>2</sup> HUME, David. *Tratado da natureza humana*. São Paulo: UNESP, 2009.

<sup>3</sup> *In Tratado da natureza humana*, p. 575.

Portanto, o instrumento pelo qual os homens curam sua fraqueza natural e se submetem à observância das leis da justiça é constituir os governantes e o Estado, que por seu papel na sociedade começam a ter como interesse imediato a preservação dessas regras da justiça. A instituição *Estado* adquire o condão de colocar o auto-interesse dos governantes a serviço do interesse público, o que para os governados constitui-se apenas em um proveito mediato. Para o governante, o auto-interesse passa a coincidir com o interesse público de preservação da sociedade e das regras da justiça, sendo essa a primordial função da instituição denominada governo.

O Estado constitui-se então, *a priori*, em um aparelho organizador das relações sociais, com vistas a satisfazer as necessidades dos administrados, mediante a prestação de serviços públicos atribuídos às mais diversas pessoas jurídicas, criadas ou não especialmente para esse fim.

Tais serviços públicos são executados por pessoas físicas investidas das funções públicas, a quem são atribuídos poderes e prerrogativas necessários ao desempenho das atividades inerentes ao cargo ou função exercidos. Essas funções constituem-se em poderes instrumentais, na medida em que nada mais são do que ferramentas ou instrumentos necessários à satisfação do interesse público. Seu uso e exercício devem ser correlacionados com a finalidade pela qual foram criados.

Ocorre que nem sempre essa proposição é observada, o que configura transgressão contra os Poderes do Estado, que decorre de abuso de poder ou desvio de finalidade. Eis o ato de improbidade administrativa, que exsurge quando aquele investido na condição de agente público faz uso dos poderes instrumentais que lhe foram conferidos como fonte de aquisição, usufruto, distribuição e transmissão de privilégios, mediante a obtenção de vantagem para si ou para outrem.

A improbidade administrativa configura-se como sendo uma desonestidade qualificada, em que se descumpre o dever de não desprezar os elementos éticos exigidos da conduta do agente público, que age desprovido de boa fé e lealdade, sem observância dos princípios reitores da Administração Pública.

Nessa esteira, a corrupção pode ser conceituada como sendo o ato de improbidade administrativo, cujo grau de censurabilidade se exacerba diante da consecução de enriquecimento ilícito do agente que a pratica ou do tráfico de influência, com vistas ao favorecimento indevido de terceiros.

É contra atos dessa natureza que a ciência jurídica busca fornecer meios para responsabilizar o agente público pelo uso desviado dos poderes e prerrogativas de que foi investido e, nessa esteira, pode-se afirmar que não é recente a preocupação com o fenômeno da imoralidade administrativa. A corrupção possui raízes seculares na política, gerando contínua intolerância das diferentes classes sociais que buscam se arregimentar de mecanismos eficazes contra sua prática.

Na Grécia Antiga, em meados do Século III a.C., Aristóteles dedicou, em seu *Ética a Nicômaco*, substancial parcela de escritos à questão da ética na política.

Em Roma, a improbidade no setor público, sob a forma de malversação das verbas públicas, favorecimentos em geral e nepotismo, era bastante comum.

Avançando um pouco na história, pode-se observar que nas últimas décadas se operou um incremento legislativo voltado ao combate da corrupção no setor público, destacando-se hipóteses casuísticas ensejadoras de regulamentação, tal como o escândalo *Watergate*, condão à renúncia do Presidente Norte-Americano Richard Nixon.

No Brasil, é possível afirmar que a prática de atos de deterioração da ética pública advém de uma certa tolerância da sociedade brasileira com o fenômeno da desonestidade, decorrente de uma linha contínua entre a vida cotidiana e a corrupção<sup>4</sup>, gerando o que se pode denominar cultura da improbidade.

Suas causas são principalmente econômicas, sociais e pedagógicas, porquanto se reputam normais comportamentos que, em realidade, são reprováveis. É a chamada corrupção branca, com a qual as pessoas já se habituaram, mas que alçada a maiores proporções é passível de gerar crise de governabilidade, colocando em risco os principais esteios do Estado.

A corrupção brasileira também pode ser explicada em perspectiva histórica, por duas causas que em realidade se complementam.

A primeira delas diz com a herança do patrimonialismo ibérico, ligada às práticas comuns oriundas dos colonizadores e à ausência de um projeto de Nação para a então colônia. À época da colonização, havia menos interesse no desenvolvimento do Brasil do que expectativa de enriquecimento dos dominadores às custas das riquezas da nova terra.

---

<sup>4</sup> Neste sentido, vide GUERRA, Sidney; GUERRA, Caio Grande. *A corrupção na administração pública como elemento violador de direitos fundamentais*. (artigo não publicado ; no prelo).

Outra causa que pode ser apontada para a origem da corrupção no Brasil é a inexistência de uma história feudal, o que poderia explicar a ausência de separação entre as esferas pública e privada.

Na Idade Média, havia uma absorção da esfera privada dos servos pelo senhor feudal, que centralizava o poder na esfera pública, a quem incumbia inclusive a administração da justiça e poder de constituir suas forças armadas. Na Europa, até o Iluminismo, essa separação não existia. No Estado Absolutista, o monarca exercia o poder supremo sobre todas as esferas. Foi o Estado Moderno que criou essa necessária dicotomia, especialmente quando se difundiu a doutrina do liberalismo, que transformou o significado da propriedade privada e operou a separação entre Estado e sociedade civil<sup>5</sup>.

O Brasil não viveu essa evolução. Seu desenvolvimento foi marcado por um processo de modernização arcaico, fundado no patrimonialismo, o qual se caracteriza por primar pela manutenção de uma estrutura de dependência capaz de sustentar a preservação das elites conservadoras: os interesses dos grandes proprietários de terras, dos empresários e outros representantes do capital.<sup>6</sup>

E é justamente a cultura patrimonialista que concebe as estruturas públicas como sendo áreas privadas, concepção essa já acentuada na própria história do Brasil ; a ideia está tão imbricada que para a identificar basta que se observe o quão pouco se evoluiu em distribuição de riqueza nos últimos cinco séculos.

Soma-se a esses fatores históricos outras causas mais diretas da corrupção. Destacam-se a falta de transparência de alguns atos administrativos, a exclusão da maioria da população das decisões políticas mais importantes, a recorrente impunidade, o sigilo bancário, além da burocracia excessiva, consistente na criação de dificuldades a ensejar a venda de facilidades.

Soma-se a isso o baixo nível salarial de alguns agentes públicos, as falhas na lei de licitações e a profissionalização da política, que ensejam campanhas caras e dependentes do poder econômico.

Com base nesses fatores, há por certo mecanismos preventivos à corrupção no setor público, tais como a necessária extensão da transparência, a exposição periódica das contas públicas, o incentivo à participação da comunidade nas decisões administrativas por meio de

---

<sup>5</sup> ARENDT, Hannah. *A condição Humana*. São Paulo: Forense Universitária, 2010.

<sup>6</sup> GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, cap. III.

consultas ou audiências públicas e a elaboração de uma reforma política, com vistas à limitação ao financiamento dos partidos e das campanhas políticas e a seu maior controle.

Possivelmente o mais eficaz instrumento de combate à corrupção seja, no entanto, a fiscalização por meio dos órgãos de controle, em que se sobressai a função da Advocacia de Estado, no seu papel (1) de orientação da administração pública e (2) de persecução de atos ímprobos, cuja relevância se exacerba historicamente no contexto de criação de aparato normativo que confere legitimidade ativa *ad causam* aos membros da Advocacia de Estado para demandar contra agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função exercidos na administração pública.

Daí a importância de se analisar o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao controle dos atos administrativos para, posteriormente, identificar quais as atribuições de tais agentes dentro desse contexto.

## **2.2. A organização do Estado e as formas de controle da Administração Pública**

Para que possa cumprir a finalidade de executar essas decisões políticas, a partir de um critério de eleição de prioridades regidas pelo interesse público, a Administração Pública gerencial, pautada no princípio da eficiência, possui a descentralização como um de seus esteios.

O surgimento do Estado Social e Democrático de Direito trouxe consigo a necessidade de alargamento de sua própria esfera de atuação, diante do aumento das demandas que foi chamado a atender. A concretização dos interesses da coletividade, a implementação dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como a prestação de serviços públicos eficientes e de qualidade tornou-se tarefa sofisticada, de modo a exigir do Estado que se reorganizasse para bem cumprir tais misteres.

É nesse sentido o ensinamento de Fernando Capez<sup>7</sup>:

O Estado Democrático de Direito, consagrado logo no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal, exige igualdade entre os cidadãos não apenas no âmbito formal, mas uma igualdade efetiva, concreta, material. Suas metas fundamentais são o combate a toda e qualquer forma de preconceito, a eliminação das desigualdades, a erradicação da miséria e a reafirmação da dignidade (art. 3º e incisos). A dignidade humana, a

---

<sup>7</sup> CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à lei de improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77.

cidadania e o pluralismo político (art. 1º, III, IV e V), a imprescritibilidade do crime de racismo (art. 5º, XLII), a imprescritibilidade das ações reparatorias por dano ao erário (art. 37, §5º), a Administração Pública regida por princípios de moralidade e eficiência (art. 37, *caput*) e inúmeras outras regras constitucionais procuram fazer da sociedade brasileira contemporânea uma autêntica socialdemocracia.

A complexa tarefa de cumprir com os objetivos propostos possivelmente não poderia ser executada por meio de um sistema centralizador, especialmente em se tratando de um Estado com dimensões continentais, multicultural e socialmente heterogêneo, o que por certo foi determinante para a descentralização política da Administração Pública brasileira.<sup>8</sup>

Para compreender-se o conceito do instituto da descentralização, tomam-se por empréstimo as palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>9</sup>:

A descentralização política ocorre quando o ente descentralizado exerce atribuições próprias que não decorrem do ente central; é a situação dos Estados-membros da federação e, no Brasil, também dos Municípios. Cada um desses entes locais detém competência legislativa própria que não decorre da União nem a ela se subordina, mas encontra seu fundamento na própria Constituição Federal. As atividades jurídicas que exercem não constituem delegação ou concessão do governo central, pois delas são titulares de maneira originária.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, a partir de seu artigo 18, dispõe sobre a organização do Estado, determinando que a República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e, a partir daí, delimitando a competência de cada um desses entes, em especial no que tange à prestação de serviços públicos.

Tais entes formam a Administração Pública Direta, também denominados Pessoas Políticas, que completam a estrutura do Estado juntamente com a Administração Pública Indireta, ou Pessoas Administrativas, compostas pelas autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, as quais possuem personalidade jurídica própria e,

---

<sup>8</sup> Sobre os estudos da Administração Pública, vide GUERRA, Sidney. *Supersalários na Administração Pública Municipal: o leading case de Duque de Caxias*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

<sup>9</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 361.

embora tenham autonomia, são submetidas ao sistema de controle exercido pela Administração Pública Direta<sup>10</sup>, sendo também sujeitas ao controle interno e externo.

Toda essa atividade administrativa, oriunda da Administração Pública Direta e Indireta merece ser devidamente fiscalizada, de forma a encontrar adequação com a ordem legal e constitucional.

É por essa razão que tanto as Pessoas Políticas quanto as Pessoas Administrativas sujeitam-se a uma série de regramentos impostos à Administração Pública Direta, dentre eles destacando-se os incisos II, XIII, XVII, XXI do artigo 37 da Constituição Federal, bem como os §§3º e 4º do mesmo dispositivo.

Assim, aplicam-se também às autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas regras atinentes à necessidade de prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, à vedação à vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para efeito de remuneração de pessoal, à vedação de acumulação remunerada de cargos públicos (ressalvadas as exceções elencadas pela própria Constituição) e a necessidade, para a realização de obras, serviços, compras e alienações, de prévia licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

Tais entes também se sujeitam à fiscalização do usuário (reclamações, acesso à informação e direito de representação), bem como à suspensão dos direitos políticos, à perda da função pública, à indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, por ato de improbidade administrativa praticado por seus agentes, este último considerado um dos mais importantes instrumentos de controle da Administração Pública, merecendo especial atenção.

Ao tratar da aplicabilidade da Lei nº 8.429/92, é nesse sentido o ensinamento de Wallace Paiva Martins Junior<sup>11</sup>:

A própria lei dilata sua órbita, pois de maneira exemplificativa emprega a expressão “ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo” (art. 2º), dando concepção bem ampla à expressão “função pública” como qualquer forma de vinculação, funcional ou contratual, remunerada ou não, definitiva ou transitória, do agente (pessoa física ou jurídica) com a Administração Pública direta, indireta e fundacional (ou seja, com as entidades referidas no art. 1º e parágrafo único), para a prestação de um serviço público ou de utilidade pública. A amplitude do conceito de agente público é decorrência da compreensão do princípio da moralidade administrativa.

---

<sup>10</sup> MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 227.

<sup>11</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 300.

Devido à complexidade da organização político-administrativa do Estado, orientada pela descentralização a fim de que possa cumprir com sua tarefa de prestar serviços públicos de qualidade, também não poderia deixar de ser complexo e diversificado o sistema de controle desses entes, especialmente em virtude de sua finalidade.

Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>12</sup> que:

A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.

O controle pode ser realizado pela Administração sobre seus próprios atos ou pode ser efetivado por um dos Poderes sobre o outro, razão pela qual, quanto ao órgão que a executa, pode ser classificado em controle interno e controle externo. Ainda, o controle externo pode ser jurisdicional ou legislativo.

O controle exercido pelo Poder Judiciário, decorrente do princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da CF<sup>13</sup>, se dá por provocação do administrado<sup>14</sup>, sendo restrito à análise da legalidade e da constitucionalidade do ato guerreado, pois ao Poder Judiciário descabe a análise do mérito do ato administrativo, sendo-lhe defeso emitir juízo de oportunidade e conveniência quanto à escolha do administrador.

Por seu turno, o controle externo legislativo, no âmbito da União, se dá por meio de Resoluções do Congresso Nacional, convocação de Ministro de Estado, pedidos de informações, instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito, julgamento pelo Senado Federal do Presidente e Vice-Presidente da República por crimes de responsabilidade, atribuição de competência ao Senado Federal para fixar limites da dívida consolidada da União e do Congresso Nacional para sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem seu poder regulamentar.

---

<sup>12</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 636.

<sup>13</sup> MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 218.

<sup>14</sup> Em geral por meio dos denominados remédios constitucionais, destacando-se o Habeas Corpus, o Habeas Data, o Mandado de Injunção, o Mandado de Segurança, a Ação Popular e as Ações que versam sobre (in)constitucionalidade.

Também o Poder Legislativo exerce o controle financeiro, contábil e orçamentário do Poder Executivo, o que faz com auxílio do Tribunal de Contas da União.

Na esfera estadual, tal controle opera-se sobre as atividades correlatas àquelas descritas na Constituição Federal, com a especificidade de que no âmbito dos Estados, esse controle externo é realizado pelo Poder Legislativo Estadual, auxiliado pelo Tribunal de Contas dos Estados.

Em sede de controle externo, merece destaque a atuação do Ministério Público, bem como a fiscalização exercida pelo próprio administrado.

Por seu turno, o controle interno, efetuado pelos agentes que compõem a Administração Pública sobre os atos dela emanados, possui alcance mais amplo, vez que não se limita ao controle de legalidade, abrangendo também a análise do mérito do ato administrativo, permitindo não só a anulação do mesmo por ilegalidade, mas também a sua revogação, por julgá-lo contrário à conveniência e à oportunidade.

O controle interno da Administração Pública Direta e Indireta também não se limita aos aspectos financeiro e orçamentário, podendo dirigir-se a questões mais amplas, como de fato ocorre com os atos de improbidade administrativa.

Sua maior amplitude se relaciona com questões atinentes à sua instauração, uma vez que a iniciativa do controle interno pode se dar tanto por provocação do administrado, quanto de ofício, por parte do agente que representa os interesses da Administração Pública, destacando-se, quanto a esse último aspecto a figura dos membros da Advocacia Pública, representada, na esfera da União, pela Advocacia-Geral da União e, no âmbito dos Estados, pela figura do Procurador do Estado. Tais órgãos, componentes do sistema de Advocacia Pública, possuem importantes prerrogativas no que tange à persecução dos atos de improbidade administrativa, quer mediante o ajuizamento de ação perante o Poder Judiciário, exurgindo nesse caso hipótese de controle externo, quer fazendo uso da possibilidade de controle interno, munindo-se de poderes investigatórios decorrentes, por exemplo, da aplicação do instituto do controle de legalidade.

### **3. AS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA DE ESTADO NA PROMOÇÃO DO CONTROLE DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

#### **3.1. O instituto do controle interno como prerrogativa do advogado público**

Por meio do sistema de controle interno, a Administração Pública exerce seu poder de autotutela, o qual lhe faculta a análise de atos administrativos dela mesma emanados, e que mereçam ser anulados ou revogados, consoante já se referiu oportunamente. Nesse sentido dispõem as Súmulas 346<sup>15</sup> e 473<sup>16</sup> do STF.

A fim de ilustrar, destaca-se o caso do Estado do Rio Grande do Sul, cujo sistema de controle interno encontra-se regulamentado no Decreto Estadual nº 38.553/98, que dispõe sobre os controles prévio, concomitante e superveniente dos atos administrativos, financeiros, orçamentários e patrimoniais praticados pelos gestores no âmbito da Administração Pública Estadual, com ênfase na atuação preventiva e observância dos princípios da tempestividade, eficiência, eficácia e economicidade, bem como na necessidade de ser assegurado ao gestor o direito ao contraditório.

Na esfera estadual, em diversas oportunidades se sobressai a iniciativa *ex officio* do controle interno que emana da figura do Procurador do Estado, cuja atuação judicial e extrajudicial lhe permite tomar conhecimento da prática, em tese, de irregularidades praticadas pelo Administrador Público.

Trata-se de competência outorgada pela Constituição Estadual gaúcha, cujo artigo 115 preceitua:

Art. 115. Competem à Procuradoria-Geral do Estado a representação judicial e a consultoria jurídica do Estado, além de outras atribuições que lhe forem cometidas por lei, especialmente:

- I – propor orientação jurídico-normativa para a administração pública, direta e indireta;
- II – pronunciar-se sobre a legalidade dos atos da administração estadual;
- III – promover a unificação da jurisprudência administrativa do Estado;
- IV – realizar processos administrativos disciplinares nos casos previstos em lei, emitindo pareceres nos que forem encaminhados à decisão final do Governador
- V – prestar assistência jurídica e administrativa aos Municípios, a título complementar ou supletivo;

---

<sup>15</sup> Súmula 346 do STF: “A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”.

<sup>16</sup> Súmula 473 do STF: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

VI – representar os interesses da administração pública estadual perante os Tribunais de Contas do Estado e da União.

Nesses casos, e sabendo-se que a “*tutela da probidade administrativa também se executa e desenvolve no seio do controle interno da Administração Pública*”<sup>17</sup>, pode-se afirmar em apertada síntese que o membro da Advocacia Pública dispõe de alguns instrumentos eficazes na busca pela regularização da atividade estatal, tais como a propositura de ação de improbidade administrativa (sobre a qual se irá discorrer infra, por se tratar de atividade que demanda a atividade do Poder Judiciário), a instauração de processo administrativo-disciplinar, a prestação de atividade de consultoria a fim de promover a unificação da jurisprudência administrativa e a abertura de procedimento de controle da legalidade.

Tal ocorre porque membro da Advocacia Pública, no exercício de suas funções, age em defesa da observância das normas constitucionais por parte dos poderes do Estado e dos demais órgãos da Administração Pública Estadual, bem como pelos concessionários e permissionários de serviço público estadual e por parte dos entes que exerçam função delegada do Estado ou executem serviço de relevância pública.

Para bem exercer o controle interno da Administração Pública por meio de processo administrativo disciplinar, e aqui cuida-se não somente de atos de improbidade administrativa mas também de toda e qualquer transgressão funcional praticada por servidor estatutário no âmbito do Poder Executivo, o membro da Advocacia Pública dispõe de amplos poderes investigatórios, merecendo ser instaurado independentemente das demais ações, por força do que dispõe o princípio da independência das esferas administrativa e judicial, servindo muitas vezes como suporte probatório para que se possa deduzir em juízo eventual ação de improbidade.

Nesse sentido, leciona Wallace Paiva Martins Júnior<sup>18</sup>:

A Lei Federal n. 8.429/92 não revogou a Lei Federal n. 8.112/90, nem as leis estaduais nem as municipais, no que diz respeito às faltas funcionais e correlatas sanções, processo administrativo e competência no exercício do poder disciplinar, inclusive no tocante à probidade administrativa. São esferas distintas e independentes de repressão. As hipóteses de atos de improbidade administrativa não excluem a conceituação legal do fato delineada nos estatutos do funcionalismo federal, estadual

---

<sup>17</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 202.

<sup>18</sup> Idem p. 204

e municipal, de modo que não se pode afirmar que as primeiras prevalecem sobre as segundas.

Destaca-se, aqui, primeiramente, o processo administrativo disciplinar, que tem por finalidade apurar os ilícitos funcionais praticados pelo agente público, com vistas a responsabilizá-lo por infração que praticou no exercício do cargo público que ocupa ou da função pública que exerce.

Rege-se pelos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, tratando-se de verdadeira garantia constitucional, insculpida no artigo 5º, inciso LV, da CF, encontrando no Procurador do Estado, enquanto autoridade processante, um agente assegurador da legalidade e da própria democracia, conforme explicita Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>19</sup>:

A procedimentalização do agir administrativo, a fixação de regras para o modo como a administração deve atuar na sociedade e resolver os conflitos configura, assim, condição indispensável para a concretização da democracia. Sem a fixação do procedimento administrativo, impossibilita-se qualquer relação estável entre administração e cidadãos, em que cada um saiba até onde vai o poder do outro e como este poder será exercido.

A instauração, processamento e julgamento de processo administrativo disciplinar constitui-se em importante prerrogativa dos membros da Advocacia Pública que merece ser fortalecida como instrumento garantidor do respeito à legalidade e à probidade e que passa pela boa estruturação das carreiras públicas, que merecem ser articuladas e dispostas de forma a possuírem unidades especializadas em matéria disciplinar.

Paralelamente ao processo administrativo disciplinar, são também importantes na seara do controle interno da Administração Pública as atividades de Consultoria, por meio de proposições jurídico-normativas, além da unificação da jurisprudência administrativa da União e dos Estados, atribuições essas que devem se encontrar a cargo do Procurador do Estado e do Advogado da União.

Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal confirmando a assertiva de que as atividades de consultoria e assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo Estadual, em qualquer dos Estados-membros, são de atribuição exclusiva do Procurador do Estado.

---

<sup>19</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 134.

Trata-se de decisão com caráter vinculante, proferida pelo Ministro Ayres Britto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4261/RO, cuja ementa elucida:

Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Anexo II da Lei Complementar 500, de 10 de março de 2009, do Estado de Rondônia. Erro material na formulação do pedido. Preliminar de não-conhecimento parcial rejeitada. Mérito. **Criação de cargos de provimento em comissão de assessoramento jurídico no âmbito da administração direta. Inconstitucionalidade** (sem grifos no original).

Por fim, em se tratando de controle interno, um dos mais importantes e eficazes aparatos de moderação e fiscalização da Administração Pública Estadual Direta e Indireta é a instauração do procedimento de controle da legalidade, de que é exemplo a legislação do Estado do Rio Grande do Sul.

Tal atribuição vem insculpida no artigo 189 da Lei Complementar Estadual nº 11.742/2002, a Lei Orgânica da Advocacia do Estado do Rio Grande do Sul, a qual regula a apuração dos indícios da prática de irregularidades na Administração Pública Estadual que chegarem ao conhecimento da Procuradoria-Geral do Estado.

Tendo ciência da possível ocorrência de tais irregularidades, ao Procurador do Estado cabe encaminhar representação fundamentada ao Dirigente de sua equipe de trabalho, ou ao Coordenador da Procuradoria a que estiver vinculado, o qual deverá levar o tema à deliberação da unidade. Sendo admitida, a representação é encaminhada ao Procurador-Geral do Estado, que deverá officiar à autoridade apontada como a responsável pela prática do ato, com vistas a prestar informações, as quais deverão ser enviadas ao órgão colegiado de origem a fim de que adote as medidas necessárias à correção da irregularidade, se entender necessário, podendo ou não acarretar o ajuizamento de ação perante o Poder Judiciário.

Tal procedimento, como não poderia deixar de ser, aplica-se tanto à Administração Direta, quanto à Administração Indireta, em nível estadual.

Ao lado dos demais instrumentos mencionados, trata-se o controle de legalidade de importante mecanismo de monitoramento dos atos do administrador público, cuja utilização deve ser sistemática e conjugada, de forma a potencializar a eficácia da aplicação do princípio da legalidade e, conseqüentemente, da eficiência na prestação dos serviços públicos e da probidade administrativa. Constitui-se, principalmente, em prerrogativa essencial do Procurador do Estado, que merece ser fortalecida mediante seu pleno exercício, de forma

independente e plena, de modo a concretizar a edificação de uma das bases de uma sólida Advocacia de Estado.

### **3.2. O controle externo e a legitimidade da Advocacia Pública para a ação de improbidade administrativa**

Sendo a Advocacia Pública uma instituição incumbida de exercer a representação, judicial e extrajudicial, da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios e tendo ela sido erigida ao *status* de função essencial à justiça, categoria essa atribuída ao advogado, ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União, aos Procuradores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e à Defensoria Pública, trata-se, pois, de função sem a qual inexistente o exercício da jurisdição, por decorrência de um de seus princípios reitores que é o princípio da inércia, segundo o qual *nemo iudex sine actore*, revelando que a justiça age por provocação.

Especificamente no que tange à Advocacia Pública, a Constituição Federal rompeu definitivamente com a sistemática segundo a qual o Ministério Público exercia a representação judicial da União, passando esta a ser executada por instituição diretamente vinculada ao Poder Executivo. Tal se deu também no âmbito dos Estados e Municípios em que tal sistema ainda não era adotado.

Constituiu-se o ministério do Advogado Público em função cujo alargamento de atribuições impulsionado pela Carta Magna ampliou sua responsabilidade para com a defesa das instituições constituintes do Estado, tendo como consequência primeira a modernização e especialização do aparato de controle da Administração Pública.

Como já se afirmou, cuidando-se de função vinculada ao Poder Executivo, incumbe ao seu Procurador zelar pelo bom funcionamento do Estado-Administração, tanto enquanto realizador das políticas públicas que eleger prioritárias em seu plano de governo, quanto na condição de guardião dos direitos e garantias fundamentais.

O representante da Advocacia de Estado, no exercício de suas funções constitucionais e legais deve, antes, obediência aos estritos limites da legalidade, aqui entendida em sentido amplo como a totalidade das regras e princípios que impõem fronteiras intransponíveis à atuação do Administrador. Assim, além de função essencial à Justiça, desvela-se também como importante instrumento reitor da Administração Pública.

Para cumprir tal desiderato, além de sua atuação protagonista enquanto órgão de controle interno, um dos instrumentos de que dispõem o Advogado da União e o Procurador do Estado é justamente a ação de improbidade administrativa, prevista na Lei nº 8.429/92, que torna possível a persecução em relação a atos do gestor público nas hipóteses de enriquecimento ilícito, prejuízo ao Erário ou lesão aos princípios da Administração Pública, tanto por ato doloso quanto, em algumas hipóteses, por ato culposos.

Fazendo uso dessa atribuição, o membro da Advocacia Pública aciona o controle externo, por meio de demanda perante o Poder Judiciário, que pode ou não ser precedida de atividade decorrente do controle interno, por notícia de prática de ato de improbidade que aporta em geral no trâmite de sindicância ou processo administrativo-disciplinar, ou mesmo em decorrência de investigações feitas no seio do expediente de controle de legalidade, como referido.

Importante aqui destacar a atribuição legal conferida ao membro da Advocacia Pública no que tange à sua legitimidade ativa *ad causam* para a propositura da ação, atribuição essa cujo efetivo e pleno exercício é também alicerce de fortalecimento da respectiva carreira, nas situações em que o ato de improbidade administrativa é praticado em prejuízo da Administração Pública.

Tal atribuição lhe é outorgada por força do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, ao dispor que “*a ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada*”, e que permite à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios (além da Administração Pública Indireta, das empresas privadas que recebam subvenções públicas, dos partidos políticos, dos sindicatos e do serviço social autônomo), representados por seu sistema de Advocacia de Estado, o ajuizamento de ação de improbidade administrativa contra o agente público *lato sensu* ou mesmo o agente de fato, além do terceiro beneficiário.

Busca-se com a demanda a atribuição das penas de perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do autor do ato ímprobo, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e multa civil, além da pena de proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios para o particular que age em comunhão de esforços com o agente público.

Tradicionalmente, a ação de improbidade administrativa tem sido ajuizada pelo órgão do Ministério Público, que em geral toma conhecimento da transgressão previamente, restando ao membro da Advocacia Pública a possibilidade de aderir ao polo ativo da demanda.

No entanto, pela importância de suas atribuições quanto à atividade de controle da Administração Pública, importante seja diuturnamente exercida a prerrogativa de ajuizamento da demanda, não apenas a fim de consolidar a legitimidade da Advocacia Pública para tal, mas especialmente em razão da aderência da questão de mérito deduzida em juízo com a função institucional de orientação da atividade do administrador.

Por fim, também como atividade de controle externo, destaca-se ainda a prerrogativa da habilitação do Procurador do Estado ou do Advogado da União na ação penal, na qualidade de Assistente de Acusação, quando a ação versar sobre crimes praticados contra a Administração Pública estadual ou federal, respectivamente, posto que representa o Estado ou a União na qualidade de vítima do delito.

O exercício de tal atribuição vai ao encontro do princípio da instrumentalidade, na medida em que resta possível ao Assistente de Acusação postular a aplicação do efeito da condenação de perda do cargo do servidor infrator, bem como a execução civil da sentença penal condenatória, a fim de buscar a restituição ao Erário em virtude dos danos causados pela prática do crime, sem a necessidade de ajuizamento de prévia *Actio Civilis ex Delicto*.

Tratam-se, enfim, de atribuições cuja consolidação mediante o exercício ininterrupto relaciona-se sobremaneira com o fortalecimento do sistema de Advocacia Pública, instituição indispensável à preservação da legalidade e da probidade administrativas, que além de constituir-se em função essencial à justiça, pode ser também definido como função essencial ao exercício das funções inerentes à atividade do Poder Executivo na execução de políticas públicas.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O atual modelo de Administração Pública, de natureza gerencial, voltado à prestação de serviços públicos eficientes, pautado no gerenciamento das despesas públicas, otimização das receitas e na probidade administrativa, estribado na tripartição dos Poderes, desincumbe-se mais facilmente do seu dever por meio de uma organização política descentralizada.

A descentralização, embora constitua-se em maior garantia de eficácia ao Estado-Administração, enquanto assegurado das políticas públicas, exige o aprimoramento do sistema de controle dos atos dele emanados, sistema esse exercido tanto pelo próprio Poder Executivo, em decorrência do princípio da autotutela dos atos administrativos, quanto pelos Poderes Legislativo e Judiciário, daí decorrendo os conceitos de controle interno e controle externo da Administração Pública.

No que diz respeito ao controle interno da Administração Pública, exercido no âmbito do próprio Poder Executivo, são de fundamental importância as atividades desempenhadas pelos membros da Advocacia Pública, competindo-lhe figurar como autoridade processante em processos administrativo-disciplinares e/ou emitir parecer final quanto à demissão de servidores públicos que tenham incorrido em infração disciplinar.

Devido à atribuição da Advocacia Pública de prestação de atividades de consultoria e a uniformização da jurisprudência na esfera interna do Poder Executivo, visando ao alinhamento da conduta do gestor aos princípios da legalidade e da moralidade e cabendo a sua responsabilização em caso de descumprimento da orientação emanada, compete ao Advogado Público o pleno exercício de tais prerrogativas, como forma de fortalecimento da necessária advocacia preventiva.

A propositura de ação de improbidade administrativa, nas hipóteses em que o gestor público pratica conduta caracterizadora de enriquecimento ilícito, lesiva ao Erário ou aos princípios constitucionais regentes da Administração Pública, mostra-se eficaz enquanto aparato de controle à medida em que tem como finalidade o próprio ressarcimento ao Estado, além da perda dos direitos políticos do demandado, dentre outras consequências igualmente importantes, revelando-se de fundamental importância o seu exercício pelas Procuradorias de Estado e pela Advocacia-Geral da União como forma de consolidar a legitimidade que lhe foi legalmente outorgada, paralela à possibilidade de requerer perante o juízo criminal a sua habilitação como Assistente de Acusação em todas as hipóteses em que a ação penal versar sobre crimes que de alguma forma lesem o Estado-membro ou a União, cujos interesses representa.

Em suma, diante de todo o contexto legal e constitucional instaurado pela nova ordem democrática, é possível afirmar que muito se evoluiu no que tange à criação e ao incremento de instrumentos eficazes voltados a controlar a Administração Pública, tendo-se por outro lado presente que a potencialização da eficácia de tais instrumentos depende da

conjugação harmônica das diferentes instâncias e órgãos que protagonizam a fiscalização dos entes públicos, os quais devem pautar-se por uma política de cooperação mútua que seja convergente à melhor satisfação do interesse público.

Por fim, tendo em vista que a finalidade da atuação em todas as esferas de controle é a mesma, qual seja, a preservação do interesse público, devem andar juntos os órgãos encarregados da fiscalização tanto no Poder Executivo, no Poder Judiciário e no Poder Executivo, sendo a atividade do Advogado Público essencial e determinante à preservação da legalidade e da moralidade, princípios reitores da Administração Pública por disposição constitucional.

## **5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ARENDDT, Hannah. *A condição Humana*. São Paulo: Forense Universitária, 2010.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à lei de improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005.
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*, São Paulo: Martins Fontes, 2007
- HUME, David. *Tratado da natureza humana*. São Paulo: UNESP, 2009.
- GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GUERRA, Sidney. *Supersalários na Administração Pública Municipal: o leading case de Duque de Caxias*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.
- GUERRA, Sidney; GUERRA, Caio Grande. *A corrupção na administração pública como elemento violador de direitos fundamentais*. (artigo não publicado ; no prelo).
- MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009.