

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito e administração pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr, Henrique Ribeiro Cardoso, Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-038-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito e Administração Pública I do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe (UFS), cidade de Aracaju SE, caracterizou-se pela atualidade dos temas versados. Dentre estes, evidenciam-se, por sua recorrência, a improbidade administrativa e as contratações públicas.

Há uma série de acontecimentos e modificações na área do Direito, as quais emergem altas indagações sobre a essencialidade do estudo relacionado ao Direito Administrativo e à Administração Pública.

Dentro desse contexto é que o livro em apreço aborda questões relacionadas aos mais variados assuntos do Direito Administrativo hodierno, inclusive refletindo acerca dos princípios e do regime geral de licitações no Brasil.

A diversidade dos temas apresentados e reunidos nesse Grupo de Trabalho, além de refletir um anseio generalizado de abordagens da Administração Pública concertada, implica imensa satisfação por parte dos seus Coordenadores ao vivenciarem tão enriquecedora experiência, invulgar nas observações e discussões de si extraídas em conjunto com tais pesquisadores intimamente ligados ao desenvolvimento nacional. E, para facilitar a experiência e revisitação aos temas e seus autores, a seguir faz-se breve descrição do conteúdo que será encontrado ao longo de toda a obra

Tratando da análise da Lei de Acesso à Informação nos portais do Poder Legislativo Federal, a autora Clarissa Teresinha Lovatto Barros realiza esse estudo com o intuito de verificar a efetividade da Lei de Acesso à Informação no Legislativo Federal como ferramenta de controle social e transparência do Poder Legislativo Federal.

Evidenciando as influências da atuação do Tribunal de Contas da União no trabalho de regulação que vem sendo desenvolvido pela Anatel, a autora Ana Cristina Melo de Pontes Botelho buscou verificar se esta vem adotando as medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.

Na medida em que a Lei de Licitações é o principal instrumento normativo nas aquisições de bens e serviços para a Administração Pública, o autor João Carlos Medrado Sampaio trata da

eficácia das normas de licitação, em especial da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), na promoção da concretização do princípio constitucional da plena satisfação do interesse público.

Versando sobre a legitimidade da ingerência do Judiciário no âmbito da realização e controle das políticas públicas como forma de concretização constitucional dos direitos fundamentais dos cidadãos ou como invasão de competência alheia, a pesquisadora Marília Ferreira da Silva observa que há um espaço de intangibilidade sobre o qual não pode existir qualquer intervenção extraordinária.

No trabalho *Parcerias Público-Privadas (PPP): Uma análise crítica modernização da Administração Pública em face da reforma do Estado*, os autores Gustavo Brígido Bezerra Cardoso e Aldemar Monteiro da Silva Neto tratam do alcance da desestatização por meio das privatizações e das delegações como ferramenta no aprimoramento das relações do Estado com a iniciativa privada.

Em *Improbidade Administrativa no exercício da Função Jurisdicional*, o pesquisador Jailsom Leandro de Sousa trata da sanção por prática de atos de improbidade administrativa prevista na Constituição Federal e na Lei 8.429/92, em especial sobre a possibilidade de os juízes serem responsabilizados por tais atos quando no exercício da função jurisdicional, fundado no fato de a constituição e a lei não terem feito distinção de pessoas e nem de tipos de atividades funcionais.

Realizando uma releitura do Princípio da Supremacia do Interesse Público em detrimento do Interesse Privado à luz do Estado Constitucional de Direito, os autores Gina Chaves e Érico Andrade buscam demonstrar que a Administração Pública tem no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado um instrumento efetivo para atender ao Estado Constitucional de Direito, na busca pela implementação dos direitos e garantias fundamentais.

Os autores Guilherme Dourado Aragão Sá Araujo e Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça em *A absolutização do Direito Administrativo na Utopia Racionalista* demonstram como o Direito Administrativo se torna, na visão deles, absoluto ou total nas sociedades utópicas em decorrência da necessidade constante de manutenção da ordem artificial em detrimento da ordem espontânea.

Em A responsabilidade do estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, Ronaldo Alves Marinho da Silva e Gustavo Santana de Jesus realizam uma análise do âmbito da responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional em Portugal.

Os autores Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas realizam uma análise sistêmica das licitações no âmbito do MERCOSUL e dos recursos do Fundo de Convergência Estrutural (FOCEM), dando a ideia da imprescindibilidade de que o Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL seja efetivamente incorporado pelos Estados, adquirindo vigência no espaço mercosulista e tornando-se, de conseguinte, de obrigatória observância para todos os procedimentos licitatórios realizados pelos Estados-partes e também para o FOCEM.

No artigo Crise de legitimidade do legislativo e a construção de consensos os autores Talia Bárbara Tumelero e Luiz Carlos Cancellier de Olivo tratam dessa crise apontando os fatores determinantes, as consequências deste processo na consolidação da democracia no país e alguma solução possível para esta realidade.

Abordando os principais benefícios e riscos da utilização do procedimento de manifestação de interesse social previsto na Lei 13.019/2014, que disciplina as parcerias entre o poder público e o terceiro setor, a autora Mariana Bueno Resende analisa o procedimento de manifestação de interesse já utilizado nas concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas.

Ao tratar do papel das Agências Reguladoras em cenários de instabilidade política e econômica, o autor Francisco Carlos Duarte analisa se as mesmas estão preparadas para agir imediatamente diante de momentos de instabilidade política e econômica, atenuando as consequências para a sociedade e se conferem maior credibilidade à Administração Pública.

O pesquisador Hugo Lázaro Marques Martins, ao realizar uma análise dos Consórcios Intermunicipais e a efetivação da prestação do serviço público de saúde à luz do Princípio Constitucional da Eficiência, demonstra que os Consórcios Públicos apresentam-se como uma das melhores alternativas gerenciais, já que permite a estruturação regional da prestação do serviço público.

No último artigo da coletânea, Emerson Affonso da Costa Moura e Juliana Campos Maranhão demonstram que em uma ordem constitucional voltada à centralidade dos direitos fundamentais, o poder de polícia se submeterá a um juízo de ponderação entre o interesse

público e privado envolvido, de forma a justificar a sua restrição, bem como, a limites procedimentais e substanciais para a sua aplicação.

Com a breve exposição dos trabalhos, é possível ver a atualidade, mediante o emprego de métodos vão além da mera exposição dogmática, a revelar o chamado pensamento tecnológico, voltado para a aplicabilidade e solução dos conflitos com o emprego de uma percepção mais completa e funcional do Direito na Administração Pública, de sorte a revelar investigações científicas cuja leitura recomenda-se vivamente.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr UNICURITIBA

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso - UFS

Profa. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça - UNIFOR

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICCIONAL.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Jailsom Leandro de Sousa

Resumo

Resumo: Discorre sobre a sanção por prática de atos de improbidade administrativa prevista na Constituição brasileira de 1988 e na Lei 8.429/92, em especial sobre a possibilidade de os juízes serem responsabilizados por tais atos quando no exercício da função jurisdiccional. Após conceituar ato de improbidade administrativa, apresenta os tipos de atos e considerações tópicas sobre cada um. Recorre à doutrina nacional e à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para expor a divergência, apresentando ao final sua conclusão pessoal no sentido da possibilidade de responsabilização dos juízes, fundado no fato de a constituição e a lei não terem feito distinção de pessoas e nem de tipos de atividades funcionais.

Palavras-chave: Improbidade, Administrativa, Função, Jurisdiccional

Abstract/Resumen/Résumé

Resumen: Discorre sobre la sanción por práctica de actos de improbidade administrativa prevista en la Constitución brasileña de 1988 y en la Ley 8.429/92, en especial sobre la posibilidad de los jueces sean responsabilizados por tales actos cuando en el ejercicio de la función jurisdiccional. Después de conceituar acto de improbidade administrativa presenta los tipos de actos y consideraciones tópicas sobre cada uno. Recurre a la doctrina nacional y a la jurisprudência del Superior Tribunal de Justicia para exponer la divergencia, presentando al final su conclusión personal en el sentido de la posibilidad de responsabilización de los jueces, fundado en el hecho de la constitución y la ley no hayan hecho distinción de personas y ni de tipos de actividades funcionales.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Improbidade, Administrativa, Función, Jurisdiccional

1 Introdução

A previsão trazida na Constituição de 1988 de punição da prática de atos de improbidade administrativa constituiu importante marco para o saneamento das instituições estatais, através da aplicação de sanções aos agentes públicos que atuarem com desonestidade.

Ao regulamentar o dispositivo constitucional, o legislador ordinário buscou dar-lhe máxima efetividade ao definir de forma abrangente os atos de improbidade e os sujeitos ativos e passivos das condutas.

Não obstante, paira controvérsia sobre a possibilidade de configurar ato de improbidade a prática de atos legislativo e jurisdicional, constituindo este último o objeto deste artigo. Vale dizer, se é possível a prática de ato de improbidade no exercício da função jurisdicional.

O meio de pesquisa utilizado foi a consulta à bibliografia sobre o tema e à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como a análise direta da legislação.

O trabalho está dividido em partes. Inicia apresentando o conceito de improbidade administrativa. Em seguida, apresenta os tipos de atos de improbidade. Depois, discorre sobre quais são os sujeitos passivos desses atos e os sujeitos ativos. Aborda, ato contínuo, os posicionamentos doutrinários e jurisprudencial sobre a possibilidade de juízes serem agentes desses atos, assim como o posicionamento do autor. Por fim, são apresentadas as conclusões.

2 Conceito

Não são frequentes definições de improbidade administrativa na doutrina pátria. Preferem os autores enumerar as diferenças da responsabilidade administrativa com outras esferas de responsabilidades.

Di Pietro (2013, pág. 896), por exemplo, apresenta as distinções da improbidade com a imoralidade, concluindo que aquela é uma espécie desta, do tipo mais grave, de forma que toda improbidade seria também imoralidade, enquanto nem toda imoralidade seria improbidade.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Nobre Júnior (2004, pág. 67), o qual pondera que “não haveria sentido de o Constituinte distinguir a improbidade da moralidade administrativa se não fosse para legar àquela um conteúdo especial”.

Prado (2001, pág. 21) destaca a distinção da responsabilização por improbidade administrativa da responsabilização penal e da aplicação de sanções por faltas disciplinares. Afirma que ela não se confunde com a penal (embora quase sempre exista um tipo penal correlato a um ato de improbidade administrativa), posto que não resulta “na aplicação de

penas restritivas de liberdade e nem estão sujeitas ao juízo criminal”, tendo o próprio constituinte previsto que a aplicação das sanções por improbidade não afastaria as sanções penais cabíveis (CF, art. 37 § 4º). Diferenciam-se das sanções disciplinares por serem aplicadas não só aos agentes públicos, mas também aos particulares que com eles atuam (art. 3º), bem como por ser exclusivamente do Judiciário a competência para aplicar as penas por improbidade administrativa (pág. 22).

A nosso ver, a ideia de improbidade administrativa está associada ao conceito de ímprobo. Ímprobo é aquele que não é probo, sendo que a palavra é definida pelo Dicionário Aulete Digital como “1. Que é honesto, de bom caráter; ÍNTEGRO; HONRADO”. Assim, ímprobo significa desonesto, desonrado, podendo-se, pois, afirmar que improbidade administrativa é a desonestidade no trato da administração pública.

Improbidade administrativa é espécie do gênero imoralidade, qualificada pelo traço da desonestidade ou da deslealdade para com a administração pública.

Tem-se, assim, que não é qualquer ato que pode caracterizar improbidade administrativa, mas apenas aqueles que importem em desonestidade ou deslealdade para com a administração pública.

Pode-se, então, conceituar ato de improbidade administrativa como “ato desonesto que atente contra os princípios da administração pública, que gere dano ao Erário ou enriquecimento ilícito, praticado por agente público ou particular em associação com aquele em face de entidade pública ou que tenha participação estatal ou que do Estado receba verba ou subvenção”.

No ordenamento jurídico pátrio vigente, a punição dos agentes públicos por prática de ato de improbidade está prevista no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

Art. 37. § 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Referido dispositivo foi regulamentado pela Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.

3 Tipos de atos de improbidade administrativa

A Lei 8.429/92 classificou os atos de improbidade administrativa em três tipos, definindo-os nos artigos 9º, 10º e 11.

Observe-se que o legislador cuidou de definir as condutas típicas no *caput* de cada um desses artigos, adotando tipo aberto que possa ser preenchido por variadas condutas neles enquadráveis. E, nos incisos, relacionou de forma exemplificativa hipóteses de ocorrência das condutas previstas no *caput*. A técnica legislativa adotada permite que condutas não indicadas possam ser consideradas ímprobas, desde que se enquadrem na previsão ampla de conduta inscrita no *caput*.

3.1 Atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito

Nos termos do artigo 9º, considera-se ato de improbidade que importe enriquecimento ilícito “auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente:...”.

Com relação a este tipo de ato de improbidade e em especial ao disposto no inciso VII do referido artigo (“adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”), colocam-se algumas questões. Tratam do princípio da presunção de inocência, da necessidade de desonestidade ou deslealdade para caracterizar o ato de improbidade e da possibilidade, ou não, de responsabilização objetiva.

Analisando essas questões, tem-se que não andou bem o legislador. A tipificação como ato de improbidade da simples aquisição de bens em valor desproporcional à evolução patrimonial ou à renda do agente público viola o princípio da presunção de inocência, o qual, se observado, imporá ao acusador a prova de que o bem foi adquirido com recursos de origem ilícita.

Viola, também, o próprio conceito de improbidade administrativa, que pressupõe desonestidade ou deslealdade para com a Administração, uma vez que a simples aquisição do bem nessas condições não implica em desonestidade ou deslealdade para com a administração.

Esses argumentos permitem concluir que não se admite a chamada responsabilização objetiva em improbidade administrativa a partir tão-somente de indicadores de riqueza sem fonte justificada, vale dizer, não se admite pressupor o ato de improbidade sem prova de conduta desonesta ou desleal para com a administração pública.

3.2 Atos de improbidade que causam dano ao erário

O artigo 10º assim define o ato de improbidade que causa lesão ao erário:

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

A respeito desse tipo de ato algumas considerações são pertinentes.

A primeira é que o conceito de erário não envolve todo o patrimônio público, a ponto de alcançar bens não aferíveis monetariamente, como, por exemplo, o meio ambiente.

Isso porque, conforme o Dicionário Aurélio, erário é variação de fazenda, no sentido de recursos financeiros do poder público. O termo está associado à fazenda pública, fisco, tesouro público, daí concluir-se que o conceito de erário somente abrange o patrimônio público aferível monetariamente.

A segunda, que é constitucional a tipificação de conduta culposa como ato de improbidade, pois o artigo 37, § 4º, da Carta da República, acima transcrito, não faz qualquer ressalva. Veja-se:

Ora, como não proíbe, conclui-se que a Constituição permite o enquadramento de condutas culposas como ensejadoras de improbidade administrativa.

Outro ponto de destaque diz respeito a saber se a desonestidade é pressuposto para os atos de improbidade que causem prejuízo ao erário aos quais a lei admite a modalidade culposa.

Entende-se afirmativamente, sob a visão de que a desonestidade está caracterizada já com a deslealdade do agente contra a administração ao não ter, quando devia, perícia, prudência e diligência. Dentre as três hipóteses, vislumbra-se ser possível em apenas uma excluir a deslealdade, qual seja, quando o agente não tinha consciência de sua condição de imperito.

Merece menção, ainda, a questão sobre se o prejuízo deve pressupor ilegalidade ou desvio de finalidade, ou se basta a simples incompetência caracterizada pelas modalidades de culpa (negligência, imperícia e imprudência).

Pelo que se verifica no *caput* e nos incisos do artigo 10º, o prejuízo ao erário tem sempre como pressuposto a ilegalidade ou o desvio de finalidade. E isso ainda que a ilegalidade seja apenas o agir negligentemente, como previsto no inciso X (“agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público”), pois, então, estar-se-ia violando o dever legal que tem todo servidor público de agir com diligência e cuidado.

Dessa forma, entende-se que não se pune a conduta culposa sem que esteja caracterizada ilegalidade ou o desvio de finalidade.

Outra questão diz respeito a saber se existe ato de improbidade sem que tenha ocorrido dano material ou à imagem da Administração.

A resposta é depende do tipo de ato. Quando se tratar de ato de improbidade que resulte lesão ao erário, não, pois há sempre de se exigir um dano material ou à imagem indenizável monetariamente. Porém, a resposta é sim para os casos de ato de improbidade que importem em enriquecimento ilícito ou em violação de princípio da administração pública, eis que nesses casos não se exige dano material ou à imagem da Administração.

3.3 Atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração

A Lei 8.429/92 assim os define:

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

Discorrendo sobre o tema, Sarmiento (2002, pág. 110) afirma que “só é administrador ímprobo o agente público que, ao mesmo tempo, contraria regra jurídica e o dever de honestidade”. Assevera também, citando Saraiva Filho, que “a moral administrativa está juridicizada, não se confundindo com a moral comum”, bem como que a moralidade administrativa “é composta por um conjunto de valores que foram juridicizados e transformados em normas jurídicas cogentes”.

Ao concordar com esses argumentos, extrai-se que a caracterização da improbidade administrava exige ao mesmo tempo, além da contrariedade a uma norma jurídica, a violação do dever de honestidade. Vale dizer, a simples prática de uma ilegalidade, a simples violação do princípio da legalidade não implica em ato de improbidade: exige-se o desrespeito ao dever de honestidade, ou seja, uma intenção desonesta.

Por outro lado, a moralidade que integra os princípios regentes da administração pública não é a moral do senso comum. É a moral que está juridicizada, ou seja, que foi convalidada, encampada pelo ordenamento jurídico. É moral positivada, vale dizer, é necessário que a conduta moral exigida conste expressamente de texto escrito, de forma que o agente público não possa alegar desconhecê-la. Essa positivação pode dar-se em lei ou em atos regulamentares fundados em lei, como, por exemplo, os códigos de ética da administração pública.

Além do parâmetro antes referido, instrumento útil para aferir o respeito, ou não, da moralidade administrativa é verificar se o ato administrativo buscou finalidade pública, pois o ato que tem finalidade pública ordinariamente observa a moralidade administrativa, pois, como diz Sarmiento (2002), “a finalidade pública é o termômetro da moralidade”.

4 Sujeitos passivos e ativos de atos de improbidade

Ao dispor sobre o seu alcance e os sujeitos ativos e passivos dos atos de improbidade administrativa, assim dispôs a Lei 8.429/92 no artigo 1º:

“**Art. 1º.** Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da união, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual”.

“**Parágrafo único.** Estão também sujeitos às penalidades desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nesses casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.”

Nota-se que o legislador adotou um aspecto amplo para incluir o maior número possível de sujeitos passivos, colocando como possíveis vítimas dos atos de improbidade administrativa todos os entes componentes da administração direta, indireta e fundacional dos três Poderes em todos os entes da Federação, bem como as empresas incorporadas ao patrimônio público ou entidades para cuja criação ou custeio o erário tenha contribuído com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual.

Também são sujeitos passivos as entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público e aquelas para cuja criação ou custeio o erário tenha contribuído ou contribua com menos de 50% (cinquenta por cento), limitada a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

A mesma amplitude foi utilizada com relação ao sujeito ativo: definiu que qualquer agente público, servidor ou não, pode praticar atos de improbidade contra a Administração. A dimensão foi mais aclarada no artigo 2º, no qual estabeleceu que

reputa-se agente público todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Indo além, o artigo 3º deixa claro que as disposições da lei são “aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

Pode-se afirmar, em resumo, que são sujeitos ativos qualquer agente público, servidor ou não, bem como qualquer um que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou com ele se beneficie de qualquer forma.

5 Juízes como sujeitos ativos de atos de improbidade administrativa

Tema pouco tratado na doutrina e na jurisprudência, embora seja de grande relevância e suscite controvérsias, diz respeito à possibilidade de juízes serem sujeitos ativos de atos de improbidade administrativa.

Costumeiramente, a análise divide-se conforme o ato praticado pelo juiz seja no exercício da função administrativa ou da jurisdicional.

Quando o ato é praticado na função administrativa, o entendimento de que o juiz pode ser sindicado e punido sob a ótica da improbidade administrativa é pacífico.

Di Pietro (2013, pág. 898), sem distinguir tipos de atos, entende que os magistrados podem ser sujeitos ativos de atos de improbidade administrativa:

Os membros da Magistratura, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas incluem-se também como sujeitos ativos, sejam eles considerados servidores públicos, como querem alguns, ou agentes políticos, como preferem outros. De uma forma ou de outra, podem ser sujeitos ativos de atos de improbidade, consoante conceito amplo que decorre do artigo 2º da lei. O fato de gozarem de vitaliciedade não impede a aplicação de sanções previstas na lei, inclusive a de perda do cargo, já que uma das hipóteses de perda do cargo, para os servidores vitalícios, é a que decorre de sentenças

transitadas em julgado (art. 95, I, e 128, § 5º, II, d, da Constituição). E as sanções por improbidade administrativa, com fundamento no artigo 37, § 4º, da Constituição, só podem ser impostas por sentença judicial.

Quando o ato é no exercício da função jurisdicional, são raras as manifestações a respeito, predominando o silêncio. É mais comum a discussão sobre a prática de improbidade por agentes políticos do Executivo e em atos legislativos, pouco se falando sobre prática de improbidade no exercício da função jurisdicional ou mesmo na função ministerial pelo Ministério Público.

Prado (2001, pág. 70), porém, assim se manifesta explicitamente:

Também os integrantes da Magistratura estão sujeitos aos ditames da Lei 8.429, de 1992, e podem ser responsabilizados pelos atos de improbidade que praticarem. Todavia, os atos tipicamente jurisdicionais escapam à regência dessa lei, uma vez que são insuscetíveis de configurar improbidade *administrativa* (destaque no original). Nada impede, todavia, que os magistrados venham a responder por ações fundadas na Lei de Improbidade Administrativa relativamente aos atos que praticarem no exercício de função tipicamente administrativa.

Mattos [s.d] leciona que o magistrado não poderia ser responsabilizado sob a ótica da improbidade administrativa com relação a seus atos judiciais, pois o artigo 41 da Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN, LC 35/79) estatui que o magistrado "não poderá ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor de suas decisões, salvo se cometer impropriedades ou excesso de linguagem". Para ele, o magistrado estaria imune, pois, à responsabilização por improbidade, "tratando-se de verdadeira ausência de possibilidade jurídica do pedido para a propositura da ação".

Posicionando-se em sentido contrário, Medina Osório [s.d.] entende que o ato jurisdicional, assim como o legislativo e o ministerial, é sindicável sob a ótica da improbidade administrativa. Afirma que

se o ato jurisdicional, ministerial ou legislativo é praticado com dolo, para fins ilícitos, não parece haver maiores problemas na identificação de um *uso indevido da função pública*. Nesse caso, o que é reprimido não é um ato jurisdicional, ministerial ou legislativo **stricto sensu**, mas uma conduta ilícita, até criminosa, que lhe precede e que lhe vicia [destaques do original].

Acrescenta que mesmo os atos culposos que lesam o Erário, quando cometidos no exercício da atividade jurisdicional, devem ser responsabilizados na ótica da improbidade administrativa, pois

se o erro judiciário ou parlamentar enseja responsabilidade civil do Estado, por qual razão não ensejaria, uma vez constatada culpa grave do agente político, responsabilidade deste perante o Estado?

Parece-me que o posicionamento mais correto e coerente com o sistema jurídico aponta no sentido da possibilidade de se apanharem os atos jurisdicionais, ministeriais ou legislativos típicos, quando fruto de erro grosseiro, culpa grave, e desde que gerem prejuízo ao Erário.

O Superior Tribunal de Justiça, o tribunal responsável, na Federação, pela uniformização da interpretação da lei federal (como é o caso da Lei de Improbidade Administrativa), analisou a questão reiteradas vezes, sendo representativos de seu posicionamento os julgados cujas ementas a seguir se transcreve:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MAGISTRADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. ART. 2º DA LEI N. 8.429/92. AGENTE POLÍTICO. COMPATIBILIDADE ENTRE EVENTUAL REGIME ESPECIAL DE RESPONSABILIZAÇÃO POLÍTICA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da

Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Precedente.

2. Esta Corte Superior tem posicionamento pacífico no sentido de que não existe norma vigente que desqualifique os agentes políticos - incluindo magistrados, para doutrina e jurisprudência que assim os consideram - como parte legítima a figurar no pólo passivo de ações de improbidade administrativa.

3. Não custa pontuar, ainda, que os magistrados enquadram-se no conceito de "agente público" (político ou não) formulado pelo art. 2º da Lei n. 8.429/92 e, mesmo que seus atos jurisdicionais pudessem eventualmente subsumirem-se à Lei n. 1.079/50, a jurisprudência do

Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que existe perfeita compatibilidade entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei n. 8.429/92, cabendo, apenas e tão-somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* na Constituição da República vigente.

4. Precedente: Rcl 2.790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 4.3.2010.

5. Recurso especial parcialmente provido a fim de determinar a continuidade da ação de improbidade administrativa também em face do réu sobre o qual recai a controvérsia do acórdão recorrido.¹

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992 AOS AGENTES POLÍTICOS. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. ATOS BUROCRÁTICOS PRATICADOS NA FUNÇÃO LEGISLATIVA. CABIMENTO.

1. Aplica-se a Lei 8.429/1992 aos agentes políticos dos três Poderes, excluindo-se os atos jurisdicionais e legislativos próprios. Precedente.

2. Se no exercício de suas funções o parlamentar ou juiz pratica atos administrativos, esses atos podem ser considerados como de improbidade e abrigados pela LIA.

¹ Segunda Turma, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, REsp 1169762 / RN, julgado em 10/08/2010, publicado no DJe de 10/09/2010, votação unânime.

3. O STJ possui entendimento consolidado no sentido de que as esferas penal e administrativa são independentes, salvo nos casos de absolvição por inexistência do fato ou autoria.

4. Recurso especial provido.²

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI 8.429/92). APLICABILIDADE AOS MAGISTRADOS POR PRÁTICA DE ATOS NÃO JURISDICIONAIS.

1. Trata-se na origem de agravo de instrumento apresentado pela ora recorrida em face da decisão que recebeu a inicial de ação civil pública apresentada ao argumento de que ela, enquanto juíza eleitoral, visando atender interesses de seu cônjuge, então candidato a deputado, teria escondido e retardado o andamento de dois processos penais eleitorais, nos quais a parte era parente e auxiliar nas campanhas eleitorais de seu marido.

2. Não viola o artigo 535 do CPC, tampouco nega prestação jurisdicional, acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, conforme ocorreu no caso em exame.

3. É pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual magistrados são agentes públicos para fins de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, cabendo contra eles a respectiva ação, na forma dos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.429/92.

Precedentes: REsp 1205562/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 17/02/2012; AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/09/2011,

² Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, REsp 1171627 / RS, julgado em 06/08/2013, publicado no DJe de 14/08/2013, votação unânime.

DJe 28/09/2011; REsp 1.133.522/RN, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 16.6.2011; REsp 1.169.762/RN, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 10.9.2010.

4. Verifica-se que o ato imputado à recorrida não se encontra na atividade finalística por ela desempenhada. O suposto ato de improbidade que se busca imputar à recorrida não é a atitude de não julgar determinados processos sob sua jurisdição, fato este plenamente justificável quando há acervo processual incompatível com a capacidade de trabalho de um Magistrado ou de julgá-los em algum sentido, a uma ou a outra parte. Aqui, se debate o suposto retardamento preordenado de dois processos penais eleitorais em que figura como parte pessoa que possui laços de parentesco e vínculos políticos com o esposo da Magistrada, que concorria nas eleições de 2002 ao cargo de Deputado Federal, tendo o Ministério Público deixado claro que tais processos foram os únicos a serem retidos pela Magistrada.

5. As atividades desempenhadas pelos órgãos jurisdicionais estão sujeitas a falhas, uma vez que exercidas pelo homem, em que a falibilidade é fator indissociável da natureza humana. Porém, a própria estruturação do Poder Judiciário Brasileiro permite que os órgãos superiores revejam a decisão dos inferiores, deixando claro que o erro, o juízo valorativo equivocado e a incompetência são aspectos previstos no nosso sistema. Entendimento contrário comprometeria a própria atividade jurisdicional.

6. O que justifica a aplicação da norma sancionadora é a possibilidade de se identificar o *animus* do agente e seu propósito deliberado de praticar um ato não condizente com sua função. Não se pode pensar um conceito de Justiça afastado da imparcialidade do julgador, sendo um indicador de um ato ímprobo a presença no caso concreto de interesse na questão a ser julgada aliada a um comportamento proposital que beneficie a umas das partes. Constatada a parcialidade do magistrado, com a injustificada ocultação de processos, pode sim configurar ato de improbidade.

A averiguação da omissão injustificada no cumprimento dos deveres do cargo está vinculada aos atos funcionais, relativos aos serviços forenses e não diretamente à atividade judicante, ou seja, a atividade finalística do Poder Judiciário.

7. Não se sustenta aqui que o magistrado, responsável pela condução de milhares de processos, deve observar criteriosamente os prazos previstos na legislação processual que se encontram em flagrante dissonância com a realidade das varas e dos Tribunais, sendo impossível ao magistrado, pelo elevado grau de judicialização do Brasil, cumprir com a celeridade necessária a prestação jurisdicional. Porém, no presente caso, a suposta desídia estaria vinculada, repise-se, à possível ocultação com o conseqüente retardamento preordenado de dois processos específicos, a fim de possibilitar a candidatura do esposo da requerida a eleições em curso.

8. Recurso especial provido.³

No primeiro julgado, o Tribunal reiterou entendimento no sentido de ser possível o julgamento de juiz por improbidade administrativa, assim como a jurisprudência sobre a possibilidade de os agentes políticos responderem por improbidade, sem prejuízo da responsabilização política.

No segundo, fez a enunciação, ao lado da independência das esferas penal e administrativa, da disposição sobre a impossibilidade de responsabilização por improbidade administrativa quando da prática de atos legislativos e jurisdicionais típicos.

No terceiro, a Corte reiterou sobre a impossibilidade de juiz ser sindicado por improbidade administrativa quando da prática de ato jurisdicional. O julgado tratou de imputação de ato de improbidade a magistrada acusada de improbidade por supostamente ter ocultado os autos de processo eleitoral para beneficiar candidato apoiador de seu esposo, também político. Na espécie, decidiu o Tribunal pela possibilidade de prosseguimento da ação por entender que o ato de ocultação de autos não é jurisdicional⁴.

³ Segunda Turma, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, REsp 1.249.531 - RN, julgado em 20/11/2012, votação unânime.

⁴ Em março de 2015, a decisão estava pendente de apreciação de Recurso Extraordinário interposto para o Supremo Tribunal Federal.

Sem prejuízo do entendimento jurisprudencial exposto, tem-se que analisando a dicção dos artigos 1º e 2º da Lei 8.429/92, não se vê sustentação para a tese segundo a qual os atos legislativos ou jurisdicionais não poderiam ser sindicados sob a ótica da improbidade administrativa, mas apenas os atos administrativos.

Isso porque a Constituição e a lei não fazem qualquer restrição à natureza dos atos e nem às pessoas que podem ser responsabilizadas por improbidade administrativa, de forma que tanto os atos políticos quanto os legislativos e os judiciais podem ser sindicados, desde que enquadráveis em quaisquer dos tipos da lei de improbidade.

Em verdade, a esfera da improbidade administrativa é mais uma que se soma às esferas cível, penal, administrativa e político-administrativa. Como observa Garcia (2004),

são esferas distintas que objetivam resguardar bens jurídicos diferentes, de forma que estar o agente sujeito a responsabilização nessas outras esferas não afasta a responsabilização na esfera da improbidade administrativa, quando violentados quaisquer artigos da Lei de Improbidade.

A Lei 8.429/91 é clara ao incluir como responsabilizáveis todos os tipos de agentes públicos, exercentes de mandatos, cargos, emprego ou função e independente de a forma de provimento ter-se dado por eleição, nomeação, designação ou contrato.

A afirmação de que os juízes têm imunidade, não podendo ser processados por improbidade administrativa não parece acertada.

Isso porque a Constituição Federal, ao dispor sobre a penalização da prática de ato de improbidade administrativa no artigo 37, § 4º, não excepcionou quaisquer tipos de agentes públicos. Como, aliás, também não fez a lei regulamentadora do dispositivo (Lei nº 8.429/92).

Da mesma forma, essa pretendida imunidade não consta das garantias da magistratura insculpidos no artigo 95 da Constituição Federal (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios) e nem dos princípios orientadores do futuro Estatuto da Magistratura, enunciados no artigo 93.

Nessa linha, pode-se afirmar que o artigo 41 da Lei Complementar 35/79 não foi recepcionado pela Constituição na interpretação que pretende conceder aos magistrados imunidade contrária à ordem constitucional inaugurada em 1988.

Atenta inclusive contra o princípio da isonomia a pretensão de que um agente do Estado só possa ser responsabilizado por impropriedades ou excesso de linguagem ("não poderá ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor de suas decisões,

salvo se cometer impropriedades ou excesso de linguagem") e não pelo mérito de sua conduta que viole a probidade administrativa.

Por outro lado, não constitui obstáculo o fato de uma das sanções cabíveis ser a perda do cargo público, já que esta -se ocorrer - se dará por meio de decisão judicial transitada em julgado, como exige a Constituição para os possuidores de vitaliciedade.

Ao argumento de que os juízes não estariam sujeitos por serem agentes políticos contrapõem-se a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Rcl 2.790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 4.3.2010), que decidiu que os agentes políticos podem ser processados por ato de improbidade administrativa, sendo essa esfera distinta e não excludente da responsabilização política por crime de responsabilidade.

De forma semelhante, não implica em ofensa à independência judicial.

Pois, sendo o processo de improbidade administrativa da competência do próprio Judiciário, não há que falar em ingerência de outro Poder nas decisões judiciais e nem que as ações possam ser utilizadas como elemento de pressão interna sobre o juiz por seus colegas de carreira, já que pessoas físicas não são legitimadas para propô-las.

Por fim, a ação de improbidade não se presta para revisão de decisões judiciais, que somente pode ser feita por meio dos recursos processuais cabíveis.

Conclusão

A doutrina e a jurisprudência brasileiras são uníssonas sobre a possibilidade de juízes serem sujeitos ativos de atos de improbidade administrativa quando no exercício da função administrativa.

Os doutrinadores, no entanto, dividem-se quanto à possibilidade de responsabilização por improbidade praticada no exercício da função jurisdicional, hipótese terminantemente negada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Não obstante, tem-se que a Constituição não trouxe qualquer exceção quanto a quem poderia ser responsabilizado e também não incluiu imunidade nesse sentido como garantia da magistratura e nem entre as diretrizes que enumerou para o Estatuto da Magistratura.

O rol de sujeitos ativos da Lei 8.429/92 não excepciona os juízes e, considerando que as penas por atos de improbidade somente são aplicadas por meio de processo judicial, estaria assegurado, em caso de aplicação da pena de perda do cargo ao juiz, o respeito à vitaliciedade concedida para a magistratura, pois resguarda a previsão de que o cargo do juiz vitalício somente pode ser perdido por meio de sentença judicial transitada em julgado.

Ressalvada a impossibilidade de aplicação dessa pena aos juízes de corte superior aos quais a Constituição assegura foro privativo para aplicação da pena de perda do cargo.

Conclui-se, portanto, que a Constituição e a legislação ordinária não impedem a responsabilização por ato de improbidade praticado no exercício da função jurisdicional.

Bibliografia

AULETE, Caldas. Aulete Digital – dicionário contemporâneo da língua portuguesa: Dicionário Caldas Aulete, versão digital. Disponível em aulete.com.br, acesso em 17.03.2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Publicada no D.O.U. de 06.10.1988. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 10 de março de 2015.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Publicada no D.O.U. de 03.06.1992. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 10 de março de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial nº 1.169.762/RN. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte e Carlos Adel Teixeira de Souza. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 10/09/2010. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 11.03.2015.

- . -. Acórdão em Recurso Especial nº 1.171.627 / RS. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Outro e Glademir da Costa Conceição e Outros. Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe de 14/08/2013. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 11.03.2015.

- . -. Acórdão em Recurso Especial nº 1.249.531/ RN. Ministério Público Federal e Amanda Grace Diógenes Costa Dias. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 20/11/2012. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 11.03.2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2013. 26ª edição.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Eletrônico Aurélio, v. 5.0, 2004.

GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do Agente Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Improbidade administrativa e atos judiciais. Disponível em

http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/improbidade_administrativa_e_atos_judiciais.pdf,
acesso em 07.03.2015.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. Observações acerca dos sujeitos do ato de improbidade administrativa. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. [s.d] Disponível em http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1285252622.pdf, acesso 07/03/2015.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos*. Revista de Direito Administrativa, nº 235, jan/mar 2004, pág. 61-91, Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45126/45037>. Acesso em 18 de março de 2015.

PRADO, Francisco Otávio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.