

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM CASOS JULGADOS:
POSICIONAMENTO DO TJRS NA PERSPECTIVA MUNICIPALISTA E NA
CONDENATÓRIA PELO ART. 11/LIA**

*Karine Silva dos Santos¹
Ricardo Hermany²*

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo a análise do tema da improbidade administrativa e, como objetivo geral, examinar as perspectivas doutrinária e jurisprudencial relacionadas ao assunto. O problema principal se encontra no exame do comportamento do TJRS frente a discussões de aplicação da Lei nº 8429 (LIA). A metodologia utilizada baseou-se na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Para as questões de pesquisa estudadas na fase inicial – de conhecimento da LIA e das modalidades de condutas ímprobas nela presentes – buscamos fundamentação no entendimento de Pazzaglini Filho. Como objetivos específicos, analisamos o posicionamento do referido Tribunal em duas perspectivas: na condenatória, de onde se demonstrou que a mera ilegalidade não tem sido considerada para fins de condenação por improbidade administrativa e na municipalista, onde restou o entendimento de que a LIA é aplicável aos Prefeitos Municipais. A pesquisa justifica-se na medida em que a improbidade administrativa, como parte integrante das patologias corruptivas, representa uma comum prática efetivadora do fenômeno da corrupção.

Palavras-chave: Improbidade. Prefeitos. Legalidade

ABSTRACT

This work is scoped to the theme analysis of improper conduct and it has the general objective of examining the doctrinal and jurisprudential perspectives related to the subject. The main problem lies in examining the behavior TJRS front of the discussions of the application of Law No. 8429 (LIA). The methodology used was based on the literature and case law research. For research questions studied in the initial phase - knowledge of the LIA and the methods of innappropriate conducts her gifts - seek reasoning in understanding Pazzaglini Filho. For the specific objectives, we analyze the positioning of said Court on two perspectives: the conviction, where it was shown that the mere illegality has not been considered for sentencing purposes by administrative misconduct and municipalist where remains the understanding that the LIA is applicable the Municipal Mayors. The research is justified as the improper conduct, as part of the corrupting diseases, representing a common prolific practice from corruption.

Keywords: Improbability. Mayors. Legality.

¹ Aluna do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. <karinesantos_karine@hotmail.com>.

² Professor Doutor do Departamento de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. <hermany@unisc.br>.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho é fruto das pesquisas desenvolvidas dentro do *Projeto Interinstitucional de Redes de Grupos de Pesquisa sobre o tema Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*, o qual está vinculado ao Programa de Pós-Graduação (*Stricto Sensu*) em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, sendo ainda executado em parceria com instituições conveniadas da América Latina e da Europa.

As pesquisas dentro do projeto pretendem verificar em que medida a corrupção, que em termos de delimitação conceitual representa um fenômeno de múltiplos fundamentos e nexos causais (LEAL, 2013), importa à sociedade civil e a suas instituições, como essas questões são tratadas nos países que integram a Rede e de que ferramentas – administrativas, da sociedade civil, civis e penais – os mesmos dispõem para tratamento preventivo e curativo das patologias corruptivas. Para tanto, o Projeto se estrutura em cinco eixos temáticos, a saber: 1. O Fenômeno da Corrupção: questões filosóficas, políticas, sociais e institucionais; 2. Marcos teóricos e normativos da Contratação Pública no âmbito internacional e nacional – legislação, tratados, pactos e acordos; 3. Responsabilidade Administrativa por atos de Corrupção no âmbito da Contratação Pública; 4. Responsabilidade Civil por atos de Corrupção no âmbito da Contratação Pública e 5. Responsabilidade Penal por atos de Corrupção no âmbito da Contratação Pública. O presente trabalho se atenta, fundamentalmente, para a abordagem do eixo de nº 04 e a sua pretensão de análise detalhada do tema da improbidade administrativa, examinando, como objetivo geral, as perspectivas doutrinária e jurisprudencial ligadas a ele. Assim, metodologicamente, o processo de investigação se direciona, inicialmente, para a análise da doutrina, visto que, para o desenvolvimento da pesquisa, existem questões essenciais de tratamento da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) que devem ser observadas já na fase inicial, como as noções gerais e a conceituação de cada modalidade de improbidade administrativa presente em seu texto, bem como os requisitos indispensáveis para a configuração de cada uma delas. Para esse estágio de pesquisa bibliográfica, buscamos fundamentação teórica, especialmente nos comentários feitos à LIA por Pazzaglini Filho e em entendimentos doutrinários com eles congruentes.

Ainda, após esta fase preliminar, passamos ao problema em estudo, que corresponde ao exame do comportamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) nas decisões que envolvem corrupção na contratação pública, mais especificamente nos casos de improbidade administrativa, haja visto o eixo abordado dentro do projeto. Para tanto, adentramos nos julgados do referido Tribunal para verificar como tem sido gerada a jurisprudência na temática e, objetivando especificamente analisar o comportamento frente a dois temas de grande relevância, na perspectiva condenatória e na municipalista, passamos a análise dos casos. Para apresentarmos, portanto, os resultados desenvolvidos até o presente momento dentro do projeto de pesquisa, optamos por expor os panoramas que procedem da fase de exame, na perspectiva (de investigação) condenatória, qualitativo e quantitativo das sentenças em que restaram configuradas condutas ímprobas pela ocorrência de violações aos princípios que regem a Administração Pública, destacando, a partir de análise de mérito que permitiu verificar qual o princípio fundamentou um número maior de condenações, qual tem sido o tratamento dispensado ao princípio da legalidade nesses casos. Da mesma forma, na perspectiva municipalista, examinaremos as razões apresentadas pelos eminentes desembargadores do referido tribunal para decidir pela aplicabilidade da LIA aos Prefeitos Municipais. Os dois temas, tendo sido realizada cada pesquisa, em sua fase de execução, de forma autônoma e individualizada, são questões, ainda que distintas, fundamentais para a busca do entendimento do posicionamento tomado pelo TJRS, visto que podem demonstrar o tratamento jurídico dado ao tema da improbidade, além de possibilitar a descrição de como tem sido aplicada a norma jurídica a casos que envolvam questões problemáticas.

A pesquisa justifica-se na medida em que a temática das patologias corruptivas, tema em alta voga, deve ser estudada de forma a permitir a exposição, através de discussões e investigações de suas causas, tratamentos e consequências e a escolha específica, selecionando uma minúcia entre os dentre os diversos aspectos nela contidos, da improbidade administrativa por representar uma comum prática efetivadora do fenômeno da corrupção.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA: CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI Nº 8429/92 E SUAS MODALIDADES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei nº 8.429/92 conceitua, de forma ampliada, os atos de improbidade administrativa e representa importante marco na legislação infraconstitucional brasileira, por ser significativo mecanismo de confronto, de combate à corrupção, sendo inclusive

viabilizadora do enfrentamento dos efeitos trazidos pelas práticas corruptivas, traduzidas pela desonestidade e desrespeito no trato da coisa pública que tiram a credibilidade das instituições governamentais.

As duas normas que antecederam a Lei nº 8.429/92 (Lei nº 3164/57 - Lei Pitombo-Godói Ilha e Lei nº 3502/58 - Lei Bilac Pinto) tratavam unicamente da modalidade hoje consagrada na LIA em seu artigo 9º, enriquecimento ilícito. Nesse aspecto, a Lei nº 8.429/92, então, significou inovação do ordenamento ao trazer as definições das outras duas modalidades: atos de improbidade que causam lesão ao Erário e que atentam contra princípios da Administração Pública. Inovou ainda equiparar ao dirigente ou empregado de autarquia, o “dirigente ou empregado de sociedade de economia mista, de fundação instituída pelo Poder Público, de empresa incorporada ao patrimônio ou de entidade que receba e aplique contribuições parafiscais” (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 5).

Para efeitos da LIA, o sujeito ativo é o agente público, sendo reputado como tal a pessoa física que exerça alguma função pública ou que corresponda ao interesse público, ainda que transitoriamente, de forma remunerada ou não, em situação definitiva ou transitória, por ocasião de eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função

nos órgãos e entidades das administrações direta e indireta do Poder Executivo dos entes da Federação; nos Poderes Judiciário e Legislativo nas esferas de sua atuação; nos Ministérios Públicos Federais, Estaduais e Distritais; nos Tribunais de Contas da União, Estados e Municípios; nas empresas incorporadas ao patrimônio público; nas empresas privadas dependentes de controle direto ou indireto do Poder Público; e nas entidades privadas de interesse público. Sendo assim são considerados agentes públicos os agentes políticos e os autônomos, os servidores públicos e os particulares em colaboração com o Poder Público. (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 9)

Além da figura do agente público, pode ainda ser enquadrado como sujeito ativo o terceiro, seja ele particular ou agente público, sendo este estranho às funções de quem possui condições e meios para a realização de condutas materiais, que induz ao ato ou concorre na prática delituosa, podendo auferir retorno financeiro com a prática. Segundo Figueiredo (2004), a LIA é clara nas figuras para terceiros e estas se circunscrevem nos verbos ‘induzir’ ou ‘concorrer’; assim, quem dispõe, de fato, de meios e condições eficazes para realização material dos atos ilícitos é o agente ou servidor público, pois ele possui o poder de praticar o ato estatal lesivo. Assim, o terceiro ou particular poderá ser somente coautor ou partícipe da conduta.

Os sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa são os órgãos ou entidades que detenham atribuições de gestão de verbas públicas e que exerçam atividades públicas ou privadas que possuam interesse público. Sendo assim, são as entidades da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer um dos Poderes dos entes federativos, as empresas incorporadas ao patrimônio público ou entidade que tenha sua criação ou custeio a partir do patrimônio financeiro público em mais da metade do patrimônio ou receita anual, além daquelas que recebam subvenção, benefício ou incentivo, seja fiscal ou creditício, de órgão público ou ainda as que tenham em sua criação ou seu custeio o Erário correspondendo a menos de cinquenta por cento; nos dois últimos casos, a sanção patrimonial limita-se à repercussão da conduta ilícita sobre a contribuição dos cofres públicos.

Para efeitos da LIA, inexistente litispendência ou prejudicialidade entre as instâncias civil e penal; sendo autônomas, há a possibilidade de simultânea tramitação de ações quando determinado comportamento configurar improbidade administrativa e crime, pois há a possibilidade de sancionamentos independentes. Cabe observar que a exceção dessa independência se dá quando, na seara penal, há o reconhecimento da ausência de materialidade do fato tipificado como crime atribuído ao réu ou quando existe a negação de autoria, casos em que essas decisões refletem na esfera civil.

De forma estandardizada, os artigos 9º, 10 e 11 trazem, em seu caput, a noção geral da modalidade e, em seus incisos, a exemplificação dos comportamentos ímprobos correspondentes a cada uma delas e que ocorrem mais comumente.

Para as condutas ímprobas, as penas fundamentais impostas para quem infringe a lei, não sendo as únicas aplicáveis, estão dispostas no artigo 37, §4º da Constituição Federal de 1988 (CF88). Foram regulamentadas pela LIA, que, em seu artigo 12, traz sanções não de natureza penal, mas segundo Pazzaglini Filho (2011), política (suspensão de direitos políticos), político-administrativa (perda de função pública), administrativa (proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios) e civil (multa civil, ressarcimento integral do dano e perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio).

O termo improbidade, significando desonestidade e ausência de honradez, segundo Prado (2001), tem carga significativa acentuada, especialmente no que diz respeito ao elemento subjetivo necessário para que determinada conduta seja considerada ímproba, visto este que se traduz no nexos subjetivo que une o agente ao resultado.

3 CONCEITOS E REQUISITOS INDISPENSÁVEIS PARA CARACTERIZAÇÃO DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 Dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (Art. 9º/LIA)

Como característica fundamental dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito está a percepção de vantagem patrimonial economicamente apreciável por parte de agente público que atua, de onde se compreende indispensável à existência de conexão entre o comportamento considerado ilegal e o exercício funcional, em ciência da ilicitude da obtenção ou mesmo da pretensão de obter esse ganho. A consciência da ilicitude da vantagem obtida em benefício próprio ou de terceiro, ou seja, a antijuridicidade da conduta, relaciona-se com a responsabilidade subjetiva do agente, sendo que, segundo Pazzaglini Filho *et. al* (1999), nenhum agente público desconhece a vedação do enriquecimento a expensas de seu exercício funcional ou a proibição de permitir que outro o faça, através de sua conduta ilegal; sendo assim, inexistente enriquecimento ilícito imprudente ou negligente.

Importa observar o entendimento que a prática pode causar prejuízo aos cofres públicos, mas nem sempre, apesar de configurada a conduta, haverá correlação ou correspondência entre proveito ilegal auferido e dano ao Erário ou patrimônio de entidades públicas ou privadas de interesse público. Segundo Prado (2001, p. 72), o bem jurídico protegido é a própria probidade da administração, a qual já é ferida quando o agente público se desvia dos fins legais ao qual deve se atrelar.

Cabe ressaltar que, além da responsabilidade civil, pode ser ainda verificada, através da devida investigação, a responsabilidade penal do agente ímprobo, visto que quem enriquece ilicitamente pode incorrer, e isso em geral acontece nos crimes tipificados como peculato (312/Cód. Penal), concussão (316/Cód. Penal) e corrupção passiva (317/Cód. Penal).

3.2 Dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao Erário (Art. 10/LIA)

Nos esclarecimentos feitos por Pazzaglini Filho (2011, p.62), “o Erário é a parcela do patrimônio público de conteúdo econômico-financeiro direto, ou seja, (corresponde) aos recursos financeiros do Estado, ao Tesouro Público”.

Constitui ato de improbidade administrativa a lesão ao Erário causada por conduta, seja ela dolosa ou culposa (esta é admitida unicamente na modalidade em comento), derivada de má-fé. Pazzaglini Filho (2011) afirma que a improbidade que lesa o Erário de forma culposa se dá quando o resultado danoso involuntário é previsível, sendo consequência de comportamento voluntário denotativo de deslealdade funcional ou desvio ético e falta de probidade por parte de agente público.

A referida lesão pode se dar por perda patrimonial (decréscimo nos pertences públicos), desvio (mudança no destino legal da coisa pública), apropriação (ação de apoderar-se do que é público), malbaratamento (venda de algo por preço irrisório) ou ainda dilapidação (desperdício de recursos) dos bens ou haveres das entidades que se enquadram como agentes passivos das condutas ímprobadas.

É indispensável a prova da perda patrimonial, por ser a ocorrência de lesão efetiva um dos requisitos para a caracterização de ato de improbidade administrativa que cause lesão ao Erário. Precisa, portanto, da comprovação de dano material aos cofres públicos, não sendo admissível o prejuízo presumido ou o dano moral. No entendimento de Dinamarco (2001), o dano é pressuposto para tornar indenizável o ato tido como lesivo.

3.3 Dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública (Art. 11/LIA)

Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública qualquer conduta, comissiva ou omissiva, que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. Percebe-se que a redação do artigo 11/LIA não está no sentido de reiterar os princípios que constitucionalmente se encontram dispostos de forma expressa no caput do artigo 37 como dever de observância da Administração Pública direta e indireta, mas pode-se entender que

a circunstância de constar dele a expressão violação da legalidade elucidada, sem dúvidas, que o preceito compreende a transgressão dos demais princípios constitucionais que instruem, condicionam, limitam e vinculam a atuação dos agentes públicos, posto que, [...] do exame dos princípios constitucionais da Administração Pública, estes servem para esclarecer e explicitar a conteúdo do "princípio maior ou primária da legalidade". Ademais, a afronta ao "dever de honestidade" corresponde a violação do princípio da moralidade, e ao "dever de imparcialidade" a ofensa ao princípio da impessoalidade. (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 100)

O artigo em exame pode ser considerado soldado de reserva, utilizado no caso de o comportamento não ser enquadrado nas normas principais, contidas nos artigos 9º e 10, significando, assim, norma de aplicação residual. A transgressão a princípio da Administração Pública nas condutas do artigo 9º e 10/LIA, em virtude do princípio da subsidiariedade, que preceitua que *Lex primaria derogat legi subsidiariae*, é absorvida pela conduta da norma principal.

4 TJRS NA PERSPECTIVA CONDENATÓRIA: CONDUTAS QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O TRATAMENTO DADO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

4.1 Aspectos metodológicos

Para melhor compreensão da escolha dos casos que foram analisados dentre os julgados relacionados ao tema da improbidade que constam na jurisprudência do tribunal escolhido, passamos a descrever os termos de pesquisa utilizados na antiga plataforma³ de busca avançada de jurisprudência, que, conjugados, resultaram no padrão que melhor atingiu nossos objetivos (em questão de quantidade de resultados e em correspondência com o tema). O campo **Palavras-chave** foi preenchido com *improbidade administrativa e ação civil pública*; todos os **Órgãos Julgadores** foram selecionados, bem como todos os **Relatores**; a pesquisa dos termos se restringiu a **Ementa** dos julgados, visto que ao selecionar o inteiro teor seriam incluídos nas buscas casos em que fossem citados os artigos 9º, 10 ou 11 de qualquer legislação e, ainda, o filtro poderia trazer casos em que a LIA fosse mencionada, não significando, com isso, que houvesse configuração de condutas ímprobadas naquilo que estava

³ Com a mudança no site do TJRS, a pesquisa atualmente é realizada através do link http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris, com filtro modificados.

em discussão; a **Seção Cível** foi escolhida, visto que, mesmo que existam casos da seção criminal que se relacionem com a temática, os mesmos não eram relevantes para a fase qualitativa da pesquisa em questão. Todos os **Tipos de Processos** foram incluídos no filtro, o que se justifica por essa opção melhor corresponder à realidade, pois ao escolher determinado tipo de processo, os resultados de buscas eram, por muitas vezes, zerados. O **Número** do processo não foi preenchido, observado não ser o trabalho um estudo de caso específico. Não foram especificadas **Comarca de Origem** ou **Data de Julgamento**. Na **Data de Publicação** do jugado, foi selecionado o seguinte período: de 24/09/2013 a 24/09/2014; esse recorte temporal foi realizado na medida em que se buscou o entendimento atual dado à norma. Na área **Procurar Resultados**, o campo **Com Todas as Palavras** foi preenchido com *improbidade administrativa* e o campo **Com a expressão** foi preenchido com *ação civil pública*. Não foram preenchidos os campos **Com qualquer uma das palavras** e **Sem as palavras**. O campo **Expressão** na busca livre, relacionado com os campos específicos, foi preenchido com *improbidade administrativa "ação civil pública"*; a busca resultante com a utilização desse filtro foi a que melhor atendeu os questionamentos propostos no trabalho. Optou-se, na questão cronológica, pela apresentação dos casos em **Data decrescente**. O filtro encontrou 212 acórdãos que foram analisados no mérito do julgamento para que pudessemos avançar para a etapa de classificação, em relação à modalidade de improbidade, das condenações.

Em um breve panorama descritivo, apresentamos os seguintes resultados: desses 212 resultados, 104 puderam ser analisados. Foram descartados um total de 108 resultados: 106 pelo tipo de processo, visto que correspondiam a agravos e embargos de declaração que não são relevantes para análise de mérito e 2 processos por não se estarem disponíveis em inteiro teor no site do TJRS, o que também impossibilitou a análise de mérito. Entre os casos analisados no mérito, em 35 não houve condenação por não ter sido configurada improbidade administrativa. Entre os casos em que houve sentença condenatória, obtivemos os seguintes índices: 7 condenações somente pelo artigo 9º; 7 condenações pelo artigo 9º e 11; 2 condenações pelo artigo 9º e 10; 3 condenações por todos os artigos conjugados; 15 condenações somente pelo artigo 10; 5 condenações pelo artigo 10 e 11 e 30 condenações somente pelo artigo 11.

Assim, partimos para, novamente analisando o mérito, a verificação de qual princípio possui maior incidência nas condenações pela improbidade administrativa contida no artigo 11/LIA. Inicialmente, analisamos a ementa de cada um deles, buscando nesse ponto inicial a

indicação do princípio que, tendo sido violado, fundamentou a decisão pela condenação. Para os casos julgados que não tinham essa referência na ementa, buscamos-na no relatório e nos votos dos desembargadores.

Importante ressaltar que esses princípios, além daqueles trazidos na própria redação do dispositivo legal, referidos no artigo 11/LIA, correspondem aos encontrados nas disposições do artigo 37/CF88 e artigo 4º/LIA, sendo assim excluídos outros (como razoabilidade e proporcionalidade, devido processo legal, suficiência, insignificância) que, apesar de recorrentes nos julgados, não se relacionam à temática. Considerando todos os tipos de processos em que houve condenação (42) pelo artigo 11/LIA, combinadas ou não com outra modalidade de improbidade: o princípio da moralidade foi o que mais apareceu nas sentenças condenatórias, 19 vezes, sendo que dessas, 6 vezes isoladamente, sendo sua violação principal motivação para a configuração da prática ímproba; o princípio da legalidade aparece 8 vezes, sendo que em nenhuma delas aparece isoladamente; o princípio da impessoalidade aparece 10 vezes; o princípio da imparcialidade aparece 2 vezes; o princípio da lealdade aparece 5 vezes; o princípio isonomia da aparece 3 vezes; o princípio da eficiência aparece 1 vez; o princípio da honestidade aparece 3 vezes. Ademais, em 5 casos não se encontrou menção ao princípio que serviu de motivo determinante para a sentença condenatória (o que se justifica pela disponibilidade apenas do que foi discutido em segundo grau de jurisdição).

No decorrer da pesquisa, a discussão relacionada a esse estudo jurisprudencial que se apresentou como de maior relevância para posterior investigação foi a que se relaciona com o tratamento que é dado ao princípio da legalidade, conforme será examinado a seguir.

4.2 Resultados obtidos: análise de mérito

O princípio da legalidade encontra-se em situação singular na interpretação de casos concretos no TJRS. Mesmo que nem todos os princípios trabalhados na fase qualitativa da pesquisa jurisprudencial tenham se apresentado isoladamente para a decisão de ser determinada conduta considerada improbidade administrativa, a referência ao princípio da legalidade sempre vem amparada de excepcional fundamentação por parte dos desembargadores.

Isso posto, passamos a aduzir os principais comentários que compõem a linha argumentativa dos desembargadores do tribunal em destaque, visto o exposto em seus votos.

Para que seja caracterizada a improbidade administrativa, é necessária atuação que ultrapasse o campo da desconformidade com a lei e abarque também as práticas desonestas e desleais, além daquelas realizadas por agente público revestido de inidoneidade ou incompetência para as atividades funcionais. Esse entendimento pode ser observado no voto do Des. Luiz Felipe Silveira Difini, na apelação cível nº 70052688124, oportunidade em que também sustenta seu posicionamento na doutrina de Pazzaglini Filho, conforme segue

acerca da conceituação do que se entende por improbidade administrativa, traz-se à colação lição de Marino Pazzaglini Filho (2011, p. 32): Improbidade administrativa é mais que mera atuação desconforme com a singela e fria letra da lei. É conduta denotativa de subversão das finalidades administrativas, seja pelo uso nocivo (ilegal e imoral) do Poder Público, seja pela omissão indevida de atuação funcional, seja pela inobservância dolosa ou culposa das normas legais. Decorre tanto da desonestidade e da deslealdade, quanto da inidoneidade ou da incompetência do agente público no desempenho de suas atividades funcionais. (RIO GRANDE DO SUL, 2013A)

Não cabendo responsabilização objetiva para fins de condenação de agente público por ato de improbidade administrativa, é necessário comprovar a existência do elemento subjetivo. Assim, não são proferidas sentenças condenatórias em face somente da ocorrência de ilegalidade, como se observa no voto da Des. Denise Oliveira Cezar, na apelação cível nº 70059649749:

Inicialmente, relembro que a improbidade não é mera ilegalidade, sendo certo que a Lei nº 8.429/92 dá ênfase ao elemento subjetivo do agente, que deve ser demonstrado (dolo ou culpa), sendo rejeitada a tese de “responsabilidade objetiva” por ato ímprobo. Em função de seu caráter repressivo e das sanções que aplica, a Lei de Improbidade identifica-se com o Direito Penal, sendo rígida a tipificação das condutas previstas na lei que rege a matéria. Como vem decidindo o egrégio STJ, “a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa exige a presença do elemento subjetivo da conduta do agente público, pois não é admitida a responsabilidade objetiva em face do atual sistema jurídico brasileiro, principalmente considerando a gravidade das sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa”. (RIO GRANDE DO SUL, 2014)

A condenação por ocorrência de violação de legalidade ocorre quando o referido princípio encontra-se qualificado pela presença, na conduta considerada ímproba, da má-fé do agente público. Esse entendimento pode ser sustentado pela doutrina, conforme é feito pelo Des. Carlos Roberto Lofego Caníbal, quando cita Fazzio Junior (2007, p. 163-164) em seu voto na apelação cível nº 70056636384, para destacar que

a “má-fé é premissa do ímprobo”. Por isso, a ilegalidade só adquire *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração pública coadjuvada pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade. As condutas gravadas no art. 11 e seus incisos pressupõem a consciência da conduta e o ânimo de realizar o resultado proibido. [...] Destarte, “dolo, para o art. 11 e seus incisos, é a vontade livre e consciente de se conduzir contra a probidade administrativa ou pelo menos agir nessa direção, assumindo o risco do resultado”. (RIO GRANDE DO SUL, 2013B)

Segundo o observado que, para que certo comportamento seja reputado como ilícito e se enquadre na modalidade do art. 11/LIA, foi consolidado o entendimento da imprescindível presença do elemento subjetivo essencial e que as irregularidades nulas ou anuláveis, a inabilitação e o despreparo escusável não geram condenação, afastando a responsabilidade objetiva dos agentes públicos.

5 TJRS NA PERSPECTIVA MUNICIPALISTA: A APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS PREFEITOS

5.1 Aspectos metodológicos

Pretendendo verificar como o TJRS tem decidido a discussão sobre a preliminar de inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, questão suscitada nos recursos interpostos pelos Prefeitos Municipais, foi feita busca avançada no site do referido Tribunal, sem especificar **Órgão Julgador, Relator, Tipo de Processo** ou **Comarca de Origem**, selecionando **Ementas de Decisões Monocráticas e Acórdãos** e sem selecionar **Seção**; preenchendo o campo **Com Todas as Palavras** com *prefeito* e o campo **Com a Expressão** com *inaplicabilidade da lei 8.429/92 aos agentes políticos*; os demais ficaram em branco. No aspecto cronológico, delimitamos o período, (01/01/2013 até 31/12/2013), somente para a **Data de Julgamento**. Obtivemos 4 resultados, todos apelações cíveis. A realização dessa pesquisa, assim como a anteriormente descrita, também se deu nos antigos filtros disponíveis no site do TJRS.

Procedimento semelhante foi utilizado, alterando somente o campo, na busca avançada, **Com Todas as Palavras** para *aplicabilidade da Lei nº 8.429/92*; obtivemos 32

resultados. Porém, adotamos a pesquisa com 4 resultados, inicialmente descrita, por sua maior relação com a figura do Prefeito Municipal.

5.2 Resultados obtidos: análise de mérito

Levantando os fundamentos utilizados, observa-se que os agentes políticos, no caso específico, os Prefeitos Municipais, estão sob o respaldo da Lei de Improbidade Administrativa, visto que os sujeitos ativos dos atos ímprobos são os mesmos agentes públicos ao qual se faz referência no artigo 37, §4º /CF88, sendo o agente político espécie pertencente ao gênero agente público; ademais, o próprio artigo 1º da LIA é abrangente ao compreender os agentes de todos os Poderes. Quando, no artigo 12 da LIA, não se faz distinção sobre a perda de função pública, a expressão abrange também o cargo eletivo, além de se extrair, desse mesmo artigo, a suspensão de direitos políticos.

Em relação ao regime de responsabilidade política ao qual se submetem os Prefeitos Municipais, que consta nas normas do Decreto-Lei nº 201/67, inexistente incompatibilidade com o regime de responsabilidade da LIA, sendo competência do juiz singular processar e julgar as ações de improbidade administrativa movidas contra Prefeito ou ex-Prefeito Municipal, por ocorrência da declaração de inconstitucionalidade, feita pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 2797, do foro privilegiado previsto na Lei nº 10.628/02, que conhecia como competência originária para as referidas situações, o Tribunal de Justiça.

Julgada procedente em julho de 2007, Reclamação Constitucional nº 2138, do Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu pela inaplicabilidade da LIA aos agentes políticos, mas examinava, especificamente, o caso de Ministro de Estado, não tendo, portanto, eficácia *erga omnes*, nem efeito vinculante. Com isso, se ampliou a competência do STF, que já era para as infrações penais comuns e os crimes de responsabilidade, para processar e julgar as ações de improbidade administrativa, mas tão somente nos processos em que figurem os agentes elencados no artigo 102, I, “c”/CF88, não repercutindo nos demais. Da leitura da ementa da RC nº 2138 se depreende que esses agentes se submetem à LIA, mas não ao seu regime de competência; no quanto nos interessa, destaca-se que

RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. 1. (omissis). 2. (omissis). 3. Regime especial. Ministros de Estado. **Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).** 4. (omissis). 5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de oito anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal – seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, “c”, da Constituição. (grifo nosso) (BRASIL, 2008)

A análise, por esses argumentos apresentados no levantamento, demonstrou que, quando discutida a questão, os desembargadores do TJRS decidem por afastar a preliminar e, julgando os recursos apresentados, decidem pela aplicabilidade da LIA aos Prefeitos Municipais.

6 CONCLUSÃO

A Lei nº 8429/92, como mecanismo e instrumento viabilizador do enfrentamento a práticas corruptivas, ampliou o rol das condutas consideradas ímprobas e conceituou as três modalidades que se encontram dispostas atualmente na legislação, sendo elas as condutas que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º/LIA), que causam dano ao patrimônio público financeiro (artigo 10/LIA) ou ainda que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11/LIA).

As inovações que a Lei de Improbidade Administrativa trouxe e sua abrangência ao reputar como agente público, sujeito ativo nas condutas de improbidade, todo aquele que exerça, de forma remunerada ou não, transitória ou definitivamente e ainda que sem vínculo empregatício, bem como ao abarcar de forma extensa entidades, descritas em seu artigo 1º, como sujeitos passivos, correspondem ao reclame contra a desonestidade e o desrespeito com a coisa pública.

Fundamental é a observância dos requisitos considerados indispensáveis para a caracterização de cada uma das modalidades de improbidade administrativa, sendo comum, a todas elas, o elemento subjetivo essencial que corresponde à existência de má-fé na atuação do agente público. Para configurar o disposto no artigo 9º, é imprescindível que exista conexão entre o exercício funcional e a percepção do ganho patrimonial; para o artigo 10, é

necessária a ocorrência de lesão efetiva, manifestada no dano material e concreto aos cofres públicos e, para o artigo 11, soldado de reserva, deve haver conduta, comissiva ou omissiva, violadora de princípio constitucional regulador da Administração Pública.

Quando da abordagem do problema principal do trabalho, observou-se que o TJRS tem em sua jurisprudência argumentos consolidados, conformativos entre os desembargadores, para decisões que envolvam questões problemáticas relacionadas ao tema da improbidade.

A adesão recíproca pode ser observada no desenvolvimento dos objetivos específicos trabalhados dentro do problema principal. Assim, após o desenvolvimento das pesquisas jurisprudenciais, observa-se que há uniformidade no comportamento do referido tribunal para as decisões que envolvam essas questões controversas. Em relação às condenações por improbidade administrativa, o desmembramento da pesquisa em fases específicas se mostrou fundamental para alcançar um diagnóstico confiável. Assim, a primeira etapa de escolha dos filtros de pesquisa dentro do site do TJRS, aliada a seleção de resultados a ser analisada no mérito, levou ao primeiro índice importante para o desenvolvimento do trabalho quando apontou que a modalidade que mais condena é a do artigo 11/LIA, ou seja, atentar contra os princípios que regem a Administração Pública.

Após isso, pode-se descobrir qual era o princípio que fundamentava um número maior de condenações; o fato de ser o princípio da moralidade não nos tornou tão surpresos quanto o fato de o princípio da legalidade condenar somente quando acompanhado por outro que o sustente. Visto ser o princípio tratado de maneira diferente dos demais, e isso se comprova pela linha argumentativa que se apresenta no texto das decisões, especificamente nos votos dos eminentes desembargadores do TJRS, buscou-se apresentar as razões que aparecem de forma reiterada nos julgados, favorecendo a ideia de que a denominada mera ilegalidade não é sinônimo de improbidade.

Essa conformidade de entendimentos foi vista também na linha argumentativa observada na pesquisa relacionada aos Prefeitos Municipais. Isso por a jurisprudência do TJRS se mostrar sempre pela aplicabilidade da LIA aos agentes políticos, tendo como argumentos principais a inexistência de incompatibilidade do regime de competência da LIA com o Decreto-Lei nº 201/67 e da ausência de efeito *erga omnes* na Reclamação Constitucional nº 2138, do STF.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 2138 DF. Relator: Nelson Jobim. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756839/reclamacao-rcl-2138-df>> Acesso em: 17 jul. 2014.

DINAMARCO, P da S. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FAZZIO JUNIOR, W. *Atos de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Atlas, 2007.

FIGUEIREDO, M. *Probidade administrativa*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

LEAL, R. G. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

PAZZAGLINI FILHO, M. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas - 5. ed. - São Paulo: Atlas, 2011.*

PAZZAGLINI FILHO, M.; ROSA, M. F. E.; FAZZIO JUNIOR, W. *Improbidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PRADO, F. O. de A. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. Apelação Cível nº 70052688124. Apelante: Ministério Público; apelado(s): Paulo Renato Marcowich e outros. Relator: Des. Luiz Felipe Silveira Difini. Porto Alegre: julgado em 11/12/2013A. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris>. Acesso em: 28 out. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Vigésima Segunda Câmara Cível. Apelação Cível nº 70059649749. Apelante: Promotoria de Defesa do Patrimônio Público; Apelado: Mauro Renato De Souza Appel e outro. Relator: Des.^a Denise Oliveira Cezar. Porto Alegre: julgado em 26/06/2014. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris>. Acesso em: 28 out. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. Apelação Cível nº 70056636384. Apelante: Ministério Público; Apelado: Acácio Scheidt de Souza e outro. Relator: Des. Carlos Roberto Lofego Canibal. Porto Alegre: julgado em 11/12/2013B. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris>. Acesso em: 28 out. 2014.