

Revista SÍNTESE

Direito Administrativo

196 – Abril/2022

Conselho Editorial

Alexandre de Moraes
Carlos Ari Sundfeld
Fernando Dantas Casillo Gonçalves
Ivan Barbosa Rigolin
Ives Gandra da Silva Martins
Kiyoshi Harada
Maria Garcia
Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Misabel de Abreu Machado Derzi
Odete Medauar
Sidney Bittencourt
Toshio Mukai

Revista SÍNTESE

Direito Administrativo

ANO XVII — Nº 196 — ABRIL 2022

REPOSITÓRIO AUTORIZADO DE JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Regional Federal da 1ª Região – 610-2
Tribunal Regional Federal da 2ª Região – 1999.02.01.057040-0
Tribunal Regional Federal da 3ª Região – 18/2010
Tribunal Regional Federal da 4ª Região – 07/0042596-9
Tribunal Regional Federal da 5ª Região – 10/07

DIRETOR DE MARKETING

Oswaldo Meneghel

GERENTE EDITORIAL E DE CONSULTORIA

Milena Sanches Tayano dos Santos

EDITORA

Valdinéia de Cássia Tessaro de Souza

CONSELHO EDITORIAL

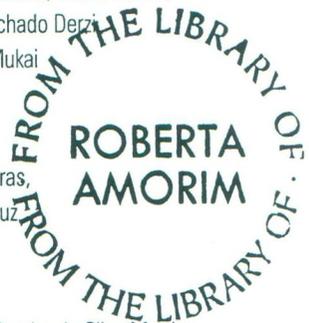
Alexandre de Moraes, Carlos Ari Sundfeld, Fernando Dantas Casillo Gonçalves,
Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Kiyoshi Harada, Maria Garcia,
Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Misabel de Abreu Machado Derzi,
Odete Medauar, Sidney Bittencourt, Toshio Mukai

COMITÊ TÉCNICO

Elisson Pereira da Costa, Elói Martins Senhoras,
Hélio Rios Ferreira, Luís Rodolfo Cruz e Creuz

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Benigno Núñez Novo, Erick Halpern, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins,
Jacques Eduardo Simão Carneiro, Rafael Carvalho Rezende Oliveira, Roberta de Amorim Dutra,
Rogério Vidal Gandra Martins, Rúbia Zanotelli de Alvarenga, Wanderson Rangel Barbosa



2006 © SÍNTESE

Uma publicação da SÍNTESE, uma linha de produtos jurídicos.

Publicação mensal de doutrina, jurisprudência, legislação e outros assuntos de Direito Administrativo.

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução parcial ou total, sem consentimento expresso dos editores.

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de total responsabilidade de seus autores.

Os acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nas secretarias dos respectivos tribunais.

Distribuída em todo o território nacional.

Tiragem: 5.000 exemplares

Revisão e Diagramação: Dois Pontos Editoração

Artigos para possível publicação poderão ser enviados para o endereço conselho.editorial@iob.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista Síntese Direito Administrativo – v. 1, nº 1 (jan. 2006)

Nota: Continuação da REVISTA IOB de DIREITO ADMINISTRATIVO

São Paulo: IOB, 2006-

v. 17, nº 196; 17 x 23 cm

Mensal

ISSN 2179-1651

1. Direito administrativo.

CDU 342.9

CDD 341.3

Bibliotecária responsável: Helena Maria Maciel CRB 10/851

 **SÍNTESE**

IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.
R. Antonio Nagib Ibrahim, 350 – Água Branca
05036-060 – São Paulo – SP

Telefones para Contatos

Cobrança: 0800 724 7900 Coação 03

SAC e Suporte Técnico: 0800 724 7900 Opção 01

E-mail: recepcao@iob.com.br

Renovação: 0800 724 7900

Normas Editoriais para Envio de Artigos	7
---	---

Assunto Especial

PROCESSO ADMINISTRATIVO – A PROVA EMPRESTADA

DOCTRINA

1. Processo Administrativo: 1) Prova Emprestada; 2) Excedimento de Prazo Ivan Barbosa Rigolin	9
---	---

Parte Geral

DOCTRINAS

1. A Improbidade Administrativa no Ordenamento Brasileiro: o Rito da Ação de Improbidade e os Desafios da Atualidade Rúbia Zanotelli de Alvarenga e Wanderson Rangel Barbosa	16
2. A Duração dos Contratos na Nova Lei de Licitações Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Erick Halpern.....	40
3. O Dever de Fundamentar o Voto do Juiz Militar Proferido nos Julgamentos Oriundos dos Conselhos de Justiça Militar sob Pena de Nulidade Jacques Eduardo Simão Carneiro.....	64

JURISPRUDÊNCIA

ACÓRDÃOS NA ÍNTEGRA

1. Supremo Tribunal Federal	83
2. Superior Tribunal de Justiça	92
3. Tribunal Regional Federal da 1ª Região.....	101
4. Tribunal Regional Federal da 2ª Região.....	109
5. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.....	116
6. Tribunal Regional Federal da 4ª Região.....	136
7. Tribunal Regional Federal da 5ª Região.....	146
8. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	153

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

1. Ementário de Jurisprudência de Direito Administrativo	157
--	-----

Seção Especial

PARECER JURÍDICO

1. Incompatibilidade Parlamentar. Participação em Certame Licitatório Municipal de Sociedade Que Tem Como Sócio Cotista o Presidente da Câmara. Hipótese em Que Não Se Configura a Vedação do Artigo 54, Incisos I e II, Letra a, da Constituição Federal e Artigo 18, Inciso I, Letra a, da Lei Orgânica Municipal de Guarulhos – Implicações Jurídicas e Inexistência de Improbidade Administrativa. Parecer
Ives Gandra da Silva Martins, Rogério Vidal Gandra Martins e
Roberta de Amorim Dutra205

EM POUCAS PALAVRAS

1. As Formas de Ingresso no Serviço Público
Benigno Núñez Novo239

Índice Alfabético e Remissivo.....245

Incompatibilidade Parlamentar. Participação em Certame Licitatório Municipal de Sociedade Que Tem Como Sócio Cotista o Presidente da Câmara. Hipótese em Que Não Se Configura a Vedação do Artigo 54, Incisos I e II, Letra *a*, da Constituição Federal e Artigo 18, Inciso I, Letra *a*, da Lei Orgânica Municipal de Guarulhos – Implicações Jurídicas e Inexistência de Improbidade Administrativa. Parecer

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional.

ROGÉRIO VIDAL GANDRA MARTINS

Advogado Especialista e Professor em Direito Tributário, Juiz do TIT-SP.

ROBERTA DE AMORIM DUTRA

Advogada, Mestranda em Direito Constitucional Tributário pela PUC-SP.

CONSULTA

Formula o cliente a seguinte consulta:

O consulente é Vereador e Presidente da Câmara Municipal e sócio proprietário de uma empresa que presta serviços à Prefeitura.

É certo que, até a data de diplomação dos vereadores para o mandato atual, o atual Vereador e Presidente do Legislativo não detinha a condição de agente político.

Nesse sentido, desde a diplomação e desde a posse, já não figurava mais como administrador da empresa, passando para a condição de cotista, sem qualquer poder de gestão na empresa, sendo referida condição gravada e registrada na Jucesp.

Dessa forma, tinha para consigo que o impedimento previsto no art. 54, I e II, da CF, repetido pela LOM, não restava infringido.

Ocorre que, recentemente, a empresa veio a disputar alguns certames licitatórios, sagrando-se vencedora para prestação de serviço de pavimentação em um deles, estando referido procedimento à espera da formalização contratual.

Ressalte-se que a empresa ainda mantém contratos com a Prefeitura e uma empresa (pública) de *economia mista*, todos por concorrência pública e anteriores à diplomação do parlamentar.

Nesse meio tempo, tem-se notícia de que o MP local recebeu denúncia anônima buscando a instauração de procedimento, com a finalidade de se declarar a perda do mandato de vereador e ainda a condenação por ato de improbidade administrativa, estendendo essa última à pessoa do Sr. Prefeito se esse vier a apor sua assinatura no competente contrato de prestação de serviço (que foi por concorrência pública).

O prefeito reluta agora em firmar contrato com a empresa, temendo pelas consequências decorrentes desse ato dito “improbo”.

Isto posto, consulta-se de forma resumida:

1. O Vereador e atual Presidente da Câmara incorreu nas restrições do art. 54 da CF reproduzido na LOM daquele município?
2. O art. 54 da CF e a LOM contêm comandos que impeçam que vereador figure como simples proprietário de empresa que vença licitação, mesmo que nas regras de constituição e organização não se outorgue ao parlamentar o exercício de gerência ou representação dos negócios da sociedade?
3. Caracteriza ato de improbidade administrativa a condição do vereador presidente e agora sócio cotista da empresa vencedora de certame licitatório promovido pela municipalidade, ainda que sem poder algum de gestão desde o início de sua gestão, condição essa registrada junto à Jucesp?
4. Caracteriza ato de improbidade administrativa a condição do Prefeito, ordenador da despesa nesse específico caso de contratação da empresa vencedora de procedimento licitatório que tem como sócio cotista o Vereador e Presidente do Legislativo local?
5. O Prefeito pode vir a ser parte nesse eventual processo de improbidade administrativa, ajuizado pelo Ministério Público?
6. Existe jurisprudência nesse sentido? Como se posiciona a doutrina?

RESPOSTA

Antes de oferecer respostas objetivas às indagações que nos foram submetidas, mister se faz tecer algumas considerações a respeito da interpretação da norma, mais precisamente do conteúdo e alcance do art. 54, I e II, *a*, da Lei Suprema¹.

A primeira consideração que cumpre fazer diz respeito à densidade ôntica do art. 54 – especialmente do inciso II, letra *a* –, assim redigido:

Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:

I – desde a expedição do diploma:

- a) *firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;*
- b) *aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis *ad nutum*, nas entidades constantes da alínea anterior;*

II – *desde a posse:*

- a) *ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;*
- b) *ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis *ad nutum*, nas entidades referidas no inciso I, a;*
- c) *patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, a;*
- d) *ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo. (grifos nossos)*

1 Sendo todas as perguntas formuladas, de natureza constitucional, adotaremos a exegese preconizada por Carlos Maximiliano para este ramo fundamental do Direito: "O grau menos adiantado de elaboração científica do direito público, a amplitude do seu conteúdo, que menos se presta a ser enfeixado num texto, a grande instabilidade dos elementos de que se cerca, determinam uma técnica especial na feitura das leis que compreende. Por isso, necessita o hermeneuta de maior habilidade, competência e cuidado do que no direito privado, de mais antiga gênese, uso mais frequente, modificações e retoques mais fáceis, aplicabilidade menos variável de país a país, do que resulta evolução mais completa, opulência maior de materiais científicos, de elemento de certeza, caracteres fundamentais melhor definidos, relativamente precisos. Basta lembrar como variam no direito público até mesmo as concepções básicas relativas à ideia de Estado, Soberania, Divisão de Poderes etc. A técnica da interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objeto colimado redigidas de modo sintético, em termos gerais" (*Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 304).

Por outro lado, considerando que as leis orgânicas estão subordinadas às Constituições Federal e do Estado em que se localiza o município, tem o art. 29 da lei suprema a dicção que se segue:

O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de 10 dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...].

Percebe-se assim, que a referida autonomia é relativa, no que concerne às funções de cada entidade. Temos dito, inclusive, que os textos constitucionais dos Estados e Municípios, de rigor, têm muito pouca matéria própria, quase sempre reproduzindo textos da Carta Máxima da Nação.

A Suprema Corte, inclusive, já tem decidido que não pode haver ação direta de inconstitucionalidade contra texto estadual ou municipal (competência originária dos Tribunais de Justiça) se o dispositivo normativo do Estado ou Município apenas reproduzir o texto federal, visto que não se pode declarar a inconstitucionalidade de texto estadual ou municipal, mantendo-se a constitucionalidade do texto federal. Deve-se, nesse caso, atacar o texto federal.

Desta forma, sempre que se examinar o texto da lei maior de uma entidade federativa menor, há de se compará-lo com o texto federal para daí se concluir se se trata de norma nova ou de reprodução do texto superior.

O primeiro ponto que entendemos importante salientar é o motivo da inclusão desses impedimentos na Lei Maior.

Os comentaristas da Constituição de 1988 apontam para o conteúdo ético do dispositivo, como ressalta José Cretella Júnior, para quem tais vedações são

[...] de natureza ética para impedir que o congressista, desde a expedição do diploma, ou desde a posse, fique à mercê dos Chefes do Executivo ou de Diretores de outras entidades, perdendo, assim, a independência necessária ao pleno exercício do mandato que lhe foi delegado pelo povo. (*Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. V, p. 2641)

Já Pinto Ferreira tem uma visão um pouco diferente, comentando que [...] a incompatibilidade exerce um efeito altamente moralizador e consagra a independência do legislativo. Ela é indispensável a fim de proibir que os membros do Poder Legislativo pelo seu prestígio e influencia, possam adqui-

rir vantagens pessoais e econômicas, favorecendo os seus interesses. Teriam que necessariamente negociar o seu voto, em manobras escusas e indecorosas, que lhe permitissem a fruição de vantagens e favores ofertados. O Executivo poderia beneficiar-se com a concessão de favores, dados aos legisladores, evitando, assim, a fiscalização deste sobre a administração. A autonomia e a independência do Poder Legislativo estão, desse modo, vinculados naturalmente a um sistema severo de determinação e incompatibilidades. (*Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 3º v., 1992, p. 4)

Um dos signatários dessa opinião legal comentou a Constituição do Brasil juntamente com Celso Bastos em 15 volumes, cabendo a exegese dessa disposição constitucional ao saudoso jurista:

Tanto as prerrogativas estudadas no artigo anterior quanto as proibições que agora passaremos a examinar têm entre si um ponto em comum, qual seja, o de proporcionar ao parlamentar um bom desempenho de suas funções. Lá cuidou-se das inviolabilidades, aqui, trata-se das incompatibilidades.

Vale frisar que as proibições aqui estatuídas, devem ser entendidas dentro da força normativa de um regimento interno, ou seja, de um ato que por natureza regula a própria vida parlamentar, portanto, de efeito *interna corporis*. De qualquer forma, não pode o regimento interno ir além do que a Constituição proíbe. *As vedações a seguir elencadas são peremptórias, ou seja, a enumeração é taxativa.*

São preceitos dotados de obrigatoriedade imediata e que têm todos os elementos necessários para sua aplicação, não sendo dado ao legislador regimental restringi-los ou alargá-los.

Bastante oportuna é a lição de Rubem Nogueira quando lembra não ser cabível acrescentarem-se, às vedações constantes abaixo, referências ao cônjuge ou companheira, ou mesmo às pessoas jurídicas direta ou indiretamente por estes controladas, quando o constituinte não o fez. Dirigiu-se, nesta ocasião, exclusivamente ao congressista.² (grifos nossos)

Tais considerações levam em conta que as normas desse dispositivo constitucional estabelecem nítidas restrições ao direito dos cidadãos de contratar com o Poder Público, cerceamento esse apenas aplicável aos parlamentares após sua posse, e não desde a expedição do diploma de eleição.

Assim, o direito de que gozam todos os cidadãos de ser proprietários, controladores ou diretores de empresas ou de exercerem função remunera-

2 *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, v. 4, t. I, p. 221/222.

da em sociedade destinatárias de benefício outorgado pelo Poder Público é retirado de senadores e deputados federais pelo art. 54, II, a, da *Lex Maxima*.

Tratando-se de dispositivo que restringe a liberdade e outros direitos do cidadão, e que contém uma enumeração taxativa, a interpretação que lhe há de ser dada é *literal*, no sentido de “estrita”, vedada a utilização de processos analógicos³ ou de interpretações extensivas, mesmo quando se trata de interpretar o texto constitucional:

377 – XIV Interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição. Assim se entendem os que favorecem algumas profissões, classes ou indivíduos, excluem outros, estabelecem incompatibilidades, asseguram prerrogativas, ou cerceiam, embora temporariamente, a liberdade, ou as garantias da propriedade.

Entretanto em Direito Público esse preceito não pode ser aplicado à risca: o fim para que foi inserto o artigo na lei, sobreleva a tudo. Não se admite interpretação estrita que entrave a realização plena do escopo visado pelo texto. Dentro da letra rigorosa dele procure-se o objetivo da norma suprema: seja este atingido, e será perfeita a exegese.⁴

Diante do alerta contido na parte final dessa transcrição, releva destacar a finalidade das incompatibilidades parlamentares, que, a nosso ver, têm como corolário a *separação dos poderes e particularmente a independência do Legislativo em relação à atuação do Executivo e de seus órgãos, afastando a possibilidade de relacionamentos promíscuos ente os Poderes*.

A motivação da norma visa principalmente impedir vantagens ilícitas.

Excepcionalmente, há, também, hipóteses em que o favorecimento por necessidades especiais do Poder Público – condições que mesmo favoráveis às empresas escolhidas – decorrem de particularidades que o mercado não oferta outras opções de escolha.

Note-se que a proibição é direta à participação dos próprios parlamentares ou de empresas em que eles exerçam funções de mando, quer como controladores, quer como diretores, quer como proprietários.

3 Essa a lição de Carlos Maximiliano, para quem: “246 – V. Em matéria de privilégio, bem como em se tratando de dispositivos que limitam a liberdade ou restringem quaisquer outros direitos, não se admite o uso da analogia. VI. Quando o texto contém uma enumeração de casos cumpre distinguir: se ela é taxativa, não há lugar para o processo analógico; se exemplificativa apenas, dá-se o contrário, não se presume restringida a faculdade do aplicador do Direito” (*Hermenêutica e aplicação do Direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 213).

4 Ob. cit., p. 331-314.

Outro ponto que necessita algumas considerações é a referência a “favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público”⁵.

Na hermenêutica constitucional, em que a intenção do constituinte tem relevância maior do que na análise do direito decorrente, mas que, por outro lado – nos regimes democráticos – impõe interpretação restritiva à limitação dos direitos individuais, é cediço o princípio de que apenas a norma posterior mais favorável ao cidadão comporta a “benigna amplianda”, isto é, interpretação mais ampla e favorável⁶.

Desta forma, há de se considerar, no referido dispositivo, três aspectos relevantes.

O primeiro é que, quando o constituinte fala em “favores”, à evidência, não desconheceu que tais “benefícios” implicam contrapartida do beneficiário, a bem do interesse nacional. Por exemplo, “estímulos fiscais” apenas são ofertados pelos governos e, *ex vis legis*, a projetos de seu interesse, desde que objetivem desenvolvimento econômico, cultural ou social em determinados setores, para os quais os empreendimentos privados, por suas próprias forças ou opções, jamais procurariam se direcionar.

A contrapartida do Estado aos recursos privados para atender objetivo estratégico governamental, isto é, aos esforços do segmento não governamental, é a oferta de incentivos múltiplos para que ambos atinjam as metas estabelecidas pelo Poder Público.

-
- 5 Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina: “Na verdade, a expressão ‘favor’ tem no texto constitucional a significação de condição benéfica, ou, mais precisamente, de condição especial em face das condições normais e habituais dos contratos celebrados pela mesma pessoa de direito público. O favorecimento de uma empresa, que recebe condições especiais (legitimamente, embora em razão de sua importância para a segurança ou para o desenvolvimento), tem como resultado proibir que, nela, exerça função remunerada qualquer deputado ou senador. Igualmente, tem como consequência que o seu proprietário ou diretor, eleito para o Congresso Nacional, tem de deixá-la ao tomar posse, vendendo-a ou exonerando-se. *Com isso, quer-se impedir que o congressista se prevaleça do mandato para beneficiar empresa a que está vinculado. Obriga-o a desvincular-se de toda empresa já favorecida pelo Estado. O mais das vezes, porém, a proibição é contornada. Não é leviandade crer incôua essa proibição.* A Constituição em vigor estende ao acionista-controlador a proibição antes prevista apenas para o proprietário” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2000. p. 340 – grifos nossos).
- 6 Aliomar Baleeiro lembra caso de aplicação do princípio da “benigna amplianda”, ou seja, do art. 112 do CTN: “O CTN dispôs, por outras palavras, que, em relação às penalidades, observe-se o caráter restrito do direito penal, infenso – salvo opiniões isoladas – à analogia. A máxima *in dubio pro reo* vale aqui também. ‘Benigna amplianda’, embora não se reconheça mérito na equiparação das leis fiscais às ‘leges odiosae’, a que se referiram velhos autores. No RE 76.153/SP, o STF repeliu a *responsabilidade do sucessor* pela multa resultante de sonegação do sucedido, porque o art. 133 do CTN só se refere a ‘tributos’. Contrário, em caso assemelhado: RE 74.851, *RTJ* 65/519. Aplicação benígna aos casos pendentes (Ag. 39.394, *RTJ* 41/441). Se o sujeito passivo pagou o tributo espontaneamente embora fora do prazo, mas antes da ação fiscal, cabe a multa da mora e não aquela pela sonegação (RE 70.757, 29.05.1073)” (*Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 448).

O certo é que qualquer que seja a corrente exegética a focar o art. 54, a interpretação não deve ser ampliativa, pois se trata de limitação ao exercício de um direito individual¹⁰.

O terceiro aspecto que cumpre abordar diz respeito à expressão “controlador”¹¹.

No direito ordinário, sempre que a norma é limitativa de direitos, a figura do “controlador” é explicitada, ou seja, a lei define a extensão de sua responsabilidade e de sua condição de controlador.

Tome-se, por exemplo, como limitação a direito do contribuinte, a figura da distribuição disfarçada de lucros. Por ser o instituto referido desconsiderativo da operação formalmente correta, em que deve prevalecer o objeto pretendido sobre a roupagem jurídica adotada, o legislador claramente definiu a extensão da aplicabilidade da norma. Declarou que não só o “controlador” – leia-se: aquele que controla diretamente a empresa – mas também outras pessoas ou sociedades que mantenham a maioria de votos na instituição a ter seu ato rejuridicizado são conformadas com o mesmo perfil do “controlador”¹².

-
- 10 Celso Bastos e outros constitucionalistas preferem referir-se ao “princípio da razoabilidade, proporcionalidade ou proibição de excesso”. Escreveu: “Na contemplação da proporcionalidade das leis a que se referiu acima, verificar-se-á da conformidade dos meios utilizados pelo legislador para atingir os fins constitucionais. Quer isto significar que, neste último caso, o legislador já encampou os valores constitucionais. Mas só isto não lhe terá sido suficiente. Deverá ainda obedecer a uma lógica de proporcionalidade entre aquilo a que busca e os meios que a tanto oferece. É que, dentro de certos parâmetros de nexo lógico, o legislador terá liberdade em seu atuar. Contudo, o Direito, e isto em nenhuma de suas manifestações, pode se compatibilizar com a injustiça. O critério de averiguação da razoabilidade ou proporcionalidade guarda evidente ligação com a questão da discricionariedade, seja ela administrativa ou legislativa. O tema não comporta uma abordagem específica nesta obra, pelo que apenas se indicarão os pontos de contato entre os temas e as respectivas soluções dos inevitáveis confrontos que surgem” (*Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 240).
- 11 Um dos signatários deste parecer já elaborou parecer sobre esse aspecto publicado na *Revista Instituto de Pesquisas e Estudos* n. 36, p. 335-358, dez. 2002; *Revista Instituto de Pesquisas e Estudos* n. 36, p. 335-358, dez. 2002/abr. 2003; *Revista Forense*, v. 371. p. 231-248 – separata *Boletim ADCOAS*, a. 5, n. 12, p. 416-428, dez. 2002.
- 12 Luciano da Silva Amaro e um dos subscritores escreveram para número da *Revista da Universidade de Buenos Aires*, dedicada a Rafael Bielsa, estudo sobre a DDL, lembrando que: “*La institución de la distribución encubierta de beneficios no es una innovación del derecho brasileño. Hay numerosos países con institutos más o menos semejantes as adoptado por la legislación nacional. Quien mejor estudió la materia en nuestro país, en comparación con el derecho de otras naciones, fue Brandão Machado. Transcribimos a continuación algunos fragmentos de su obra: ‘La institución de la distribución encubierta de beneficios, que tiene sus orígenes en la jurisprudencia, no es nueva en el derecho tributario. Las primeras decisiones acerca del problema datan de fines del siglo pasado, cuando el Superior Tribunal Administrativo de Prusia tuvo que examinar litigios suscitados inmediatamente después de la reforma fiscal de 1891, que había extendido a las personas jurídicas la condición de contribuyentes al impuesto a los réditos’*” (*Revista de la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, volumen primero, p. 283, 1979).

Em outras palavras, o “controlador” e aqueles que podem decidir indiretamente sobre o “controle” são atingidos pela norma superativa, no parágrafo único do art. 466 do RIR¹³.

Claramente, a lei distingue a figura do “controlador direto” daquele “indireto”, explicação que se fez necessária para a extensão pretendida, pois, em norma de restrição de direitos, a interpretação redutora se impõe¹⁴.

Ora, tendo, o constituinte, no art. 54, apenas se referido a “controlador” sem explicitação – como ocorreu no caso da DDL, em que também a detenção de controle em outras empresas que não a diretamente infratora ganha este perfil por força de lei – e sendo a norma uma disposição de limitação de direitos, é de se considerar que somente de “controle direto” cuidou o legislador supremo.

O mesmo se diga em relação ao “proprietário” a que alude o texto constitucional em comento.

Na interpretação desse último vocábulo, tampouco as regras de hermenêutica autorizam que a restrição seja aplicada a empresas nas quais deputados ou senadores possuam eventualmente cotas ou ações, na condição de minoritários – pois não é razoável considerar, por exemplo, ser “proprietário” da Petrobras alguém que apenas possua umas poucas ações da companhia.

Em outras palavras: a norma interpretada não impede que titular de cargo eletivo de vereador possua cotas ou ações de sociedades. Se o parlamentar não estiver à frente da empresa, sem exercer o comando e sem exercer funções de administrador, não é razoável que se dê interpretação ampliativa à norma para alcançar tal situação, de vez que *não estará sendo obstada a plena realização do escopo visado pelo texto constitucional* – se-

13 “Art. 466. Se a pessoa ligada for sócio ou acionista controlador da pessoa jurídica, presumir-se-á distribuição disfarçada de lucros ainda que os negócios de que tratam os incisos I a VI do art. 464 sejam realizados com a pessoa ligada por intermédio de outrem, ou com sociedade na qual a pessoa ligada tenha, direta ou indiretamente, interesse (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 61, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, inciso VI). Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, sócio ou acionista controlador é a pessoa física ou jurídica que, diretamente ou através de sociedade ou sociedades sob seu controle, seja titular de direitos de sócio ou acionista que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria de votos nas deliberações da sociedade (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 61, parágrafo único, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, inciso VI).” (grifos nossos)

14 É que, por força do art. 112 do CTN, a interpretação das normas sancionatórias, penais ou limitativas é sempre pró-contribuinte, estando o dispositivo versado nos termos que se seguem: “Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: I – à capitulação legal do fato; II – à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; III – à autoria, imputabilidade ou punibilidade; IV – à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação”.

paração dos poderes e independência do Legislativo em relação à atuação do Executivo e de seus órgãos, óbice à possibilidade de relacionamentos promíscuos ente os Poderes –, a ponto de afastar a interpretação estrita que o texto deve merecer, por estar veiculando restrições a direitos.

Se se adotasse uma interpretação extensiva do dispositivo, nenhum empresário que ingressasse no parlamento jamais poderia possuir participação, por mínima que fosse, direta ou indiretamente, em uma empresa, sem que esta ficasse obstada de contratar com a Administração, o que desbordaria da restrição constitucional¹⁵.

Se se adotar, todavia, a interpretação restritiva, observando o intuito constitucional, que é o de preservar a independência entre os Poderes e não permitir pressões advindas de relações promíscuas entre parlamentares e a Administração Pública para obter benefícios em prol de empresas de seu controle, certamente as finalidades constitucionais do art. 54, II, a, estarão preservadas¹⁶.

Há mais. Contratos anteriores firmados com o Poder Público por empresa de que não participava nenhum parlamentar, cujo controlador, direto ou indireto, diretor ou proprietário, ou que nela recebia qualquer remuneração, dela se afastou ao ingressar na Câmara ou no Senado, não podem ser

-
- 15 Manoel Gonçalves Ferreira Filho reconhece a dificuldade exegética provocada pela imprecisão vernacular. Escreve: "Esta proibição já era prevista desde a Constituição de 1891 (art. 24). O grande problema que oferece à interpretação é a significação e o alcance da expressão favor que emprega. Nessa expressão está o cerne do problema. Na Primeira República, foi mesmo promulgada lei que definia os favores pressupostos por essa proibição (Lei nº 35, de 26.01.1892). Esta (art. 31) incluía, entre os favores proibidos, a garantia de juros; as subvenções; a isenção de direitos ou taxas federais; a redução destas, seja por força de lei ou contrato; o privilégio para emitir notas ao portador, com ou sem lastro de ouro; o privilégio de zona de navegação, o de contrato de tarifas ou o de concessão de terras (cf. Barbalho, *Constituição Federal brasileira*, cit., p. 106)" (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2000, p. 340).
- 16 Celso Bastos hospeda a mesma perplexidade de Manoel Gonçalves, ao dizer: "Embora esta proibição seja antiga no nosso direito constitucional, posto que já estava na sua essência presente na Constituição de 1891, o certo é que até hoje a doutrina não se pôs de acordo para precisar o exato alcance da expressão 'que goze de favor'. Já, no passado, chegou-se mesmo a elencar quais seriam essas prerrogativas com conotação de favor para efeito de configurar a proibição consubstanciada nesse inciso – Lei nº 35, de 26 de janeiro de 1892. Hoje não se procede dessa maneira, não sendo, sequer, cabível, no nosso ponto de vista, lei que tente disciplinar o que se deve entender por favor. O entendimento dominante parece ser o de que configura um favor toda condição que não esteja presente habitualmente nos contratos das pessoas de direito público. Não negamos que esse entendimento, em tese, poderia proceder. Contudo, ele esbarra com dificuldades insuperáveis. É que hoje o próprio direito constitucional reconhece que todo o atuar da Administração Pública direta, indireta ou fundacional deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade (art. 37), sem falar no princípio da licitação consagrado no art. 37, XXI. Portanto, não vislumbramos em que condições um contrato possa consubstanciar alguma sorte de privilégio que caracterize uma situação especial. O particular contratante com o Poder Público, certamente, deve ter-se submetido às normas gerais configuradoras do benefício, senão o contrato cairia no puro e simples arbítrio do Poder Público que teria resolvido ao seu talento conferir tal privilégio a alguém. Essa eventualidade é insuscetível de ocorrer juridicamente à luz do próprio direito constitucional" (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 4º v., t. I, 2002, p. 228/229).

alcançados pela aplicação da vedação restritiva prevista no art. 54, II, a, da lei suprema.

Como homenagem à inteligência do constituinte, não podemos sequer admitir interpretação extensiva que leve a concluir que todos os empresários sócios de empresas que possuíssem contratos com a Administração estariam impedidos de concorrer às eleições parlamentares, sob pena de perda dos contratos, ainda que delas se retirassem! A Constituição não admite tal intelecção.

O razoável, portanto, é que seja excluído da hipótese do art. 54, II, aquele que não envergue a condição de controlador, diretor ou proprietário de empresa contratada pela Administração Pública, ou que, em o sendo, dela se retire no ato da posse.

Ainda uma consideração se faz necessária, na interpretação do art. 54, II, a, da CF. É a que diz respeito à exclusão do alcance da norma “firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes”.

Com bem reconhece José Afonso da Silva:

[...] a caracterização de “contrato de cláusulas uniformes” não alcançado pelas incompatibilidades é controvertida em doutrina; típicos são os chamados “contratos de adesão” tais como o de seguro, o de transporte, o de fornecimento de gás, luz e força, o de prestação de serviços telefônicos, certos contratos bancários e alguns de direito marítimo.¹⁷

Submetida a interpretação da expressão ao Poder Judiciário, o Ministro Sepúlveda Pertence decidiu, no Recurso Extraordinário nº 10.130, que:

Não obstante, a mim me parece que contrato por licitação e contrato de cláusulas uniformes – ao menos, no sentido em que utilizado na Constituição (art. 54, I, a) ou na regra de inelegibilidade –, são conceitos que *lurent de se trouver ensemble*. Contrato de cláusulas uniformes é o chamado contrato de adesão [...]. No contrato por licitação, por conseguinte, não há jamais o que é o caráter específico do contrato de adesão: provir a totalidade do seu conteúdo normativo da oferta unilateral de uma das partes a que simplesmente adere globalmente o aceitante: ao contrário, o momento culminante do aperfeiçoamento do contrato administrativo formado mediante licitação não é o de adesão do licitante às cláusulas pré-fixadas no edital, mas, sim,

17 *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, p. 422.

o da aceitação pela Administração Pública de proposta selecionada como a melhor sobre as cláusulas abertas ao concurso de ofertas.

Data venia desse entendimento, parece-nos que o argumento prova demais, pois, em outros processos que são, inquestionavelmente, considerados contratos de cláusulas uniformes, há igualmente espaço para negociação.

Isso porque a principal característica do processo de licitação é a igualdade de condições, nos termos do que determina o art. 37 da CF, já que no edital de abertura do certame já constam todas as condições de contratação e vencerá a proposta objetiva mais bem avaliada.

O que vale dizer que na licitação não há e não pode haver influências, privilégios ou favorecimentos, pois todos os participantes serão tratados da mesma forma e quem vencer o certame terá o mesmo contrato, de forma rigorosa, nos termos do que foi apresentado quando da abertura do edital de licitação.

Isso porque aos contratos administrativos, tanto quanto à sua celebração quanto ao seu conteúdo, aplicam-se todos os princípios e normas que compõem o regime de direito público, caracterizado, segundo nossa melhor doutrina¹⁸, por duas pedras de toque: a supremacia do interesse público sobre o privado e pela indisponibilidade do interesse público¹⁹.

Por “interesse público” não se deve tomar o interesse individual do Estado, ou seja, aquele que o Estado pode ter como sujeito de direitos, similar a qualquer outra pessoa jurídica ou física, mas sim aquele que tenha sido qualificado como tal pelo sistema normativo, vale dizer, que seja considerado “interesse público” pela Constituição ou pelas leis editadas em consonância com ela.

18 Celso Antonio Bandeira de Mello, ob. cit., p. 52.

19 Mauro Roberto G. Mattos sublinha que: “O fim principal da Administração Pública é o bem comum da coletividade, convergindo o direito administrativo para a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade do interesse público. Não seria moral, e nem ético que a atividade-fim do Estado fosse o interesse particular se sobrepondo ao coletivo, visto que a Administração se corporifica para a realização dos fins previstos na lei. Sendo que os interesses legais, contidos na *Lex* representam o suprimento das conveniências e necessidades da coletividade, sendo certo, que jamais poderá haver como interesse-fim do legislador conveniências privadas ou individuais, pois a finalidade do ente legislativo não é a de baixar normas para agraciar determinados interesses isolados em detrimento do coletivo. Todavia, como muito bem, adverte Celso Ribeiro Bastos: ‘A supremacia do interesse público não existe tão somente para esmagar o indivíduo sob uma juridicidade consagradora de privilégios injustificáveis. Essa supremacia do interesse coletivo tem que encarnar privilégios legítimos. Vale dizer, recursos jurídicos que o direito administrativo dispõe e que são absolutamente indispensáveis para o atingimento dos fins coletivos, mediante o menos custo possível para o cidadão’” (*O contrato administrativo*, Editora América Jurídica, 2001, p. 111-112).

Ainda que não se pretenda aqui proceder a um profundo exame do regime de direito público, algumas de suas características precisam ser ressaltadas, para embasar as respostas que daremos a esta consulta.

O primeiro ponto que cumpre observar é que, em razão da posição de supremacia de que goza a Administração, ao contrário do que ocorre no âmbito do direito privado – em que a relação entre os contratantes se caracteriza como de mera coordenação –, a que se desenvolve entre o Estado e o particular, no âmbito do direito público, tendo por objeto um bem ou um serviço posto pelo ordenamento sob esse regime, caracteriza-se pela subordinação ou verticalidade.

Vale dizer, a lei outorga à Administração uma série de prerrogativas, como condição indispensável para que possa prover o interesse público que a lei lhe impõe realizar, como a de constituir os particulares em obrigações por ato unilateral, a de modificar ou até extinguir, também unilateralmente, as relações contratuais com eles já estabelecidas.

É certo que esse poder não é ilimitado. A própria lei estabelece barreiras para essas alterações, especialmente como se vê do art. 124 da Lei nº 14.133/2021 (antigo art. 65 da Lei nº 8.666/1993).

Ademais, tais prerrogativas são poderes instrumentais, ou seja, que só se legitimam se e enquanto forem exercidos para fazerem valer o interesse público. Recorrendo, ainda uma vez, às palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Quem exerce “função administrativa” está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. *Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos*; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.²⁰

O gozo dessas prerrogativas levou alguns autores a não considerarem possível a existência de uma relação verdadeiramente contratual, nos “contratos administrativos”, assim considerados aqueles celebrados entre o Estado e o particular, tendo por objeto bens ou atividades que o ordenamento sujeita ao regime de direito público²¹.

20 Ob. cit., p. 62.

21 Vide MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1969. p. 681-687.

É que a essência do vínculo contratual está na consensualidade e na autoridade de suas cláusulas – que fazem lei entre as partes e não podem ser alteradas unilateralmente por nenhuma delas – características que parecem, à primeira vista, incompatíveis com as prerrogativas que o regime de direito público assegura à Administração, como, por exemplo, a de instabilizar o vínculo da avença firmada com o particular, alterando-a unilateralmente, em prol do atendimento ao interesse da coletividade.

No entanto, a maioria da doutrina reconhece que os privilégios outorgados ao Poder Público tanto pela lei, que protege determinadas atividades, como pelo próprio contrato, nas “cláusulas exorbitantes” – assim chamadas porque inadmissíveis no âmbito do direito privado – não suprimem completamente a natureza comutativa e sinalagmática dos contratos administrativos²².

Isso porque a consensualidade e a autoridade das cláusulas contratuais são suficientemente preservadas, quer pela manifestação de vontade do contratante particular em participar da formação do vínculo, quer pelo resguardo de seus interesses, representado pela garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença, ao longo de toda sua duração – mesmo no caso de instabilização do vínculo mediante alteração do pactuado ou rescisão da avença unilateralmente pelo Poder Público.

Segue a transcrição do inciso XXI do art. 37 da CF, *verbis*:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

22 Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “No contrato administrativo, existe uma *oferta* feita, em geral, por meio do edital de licitação, a *toda coletividade*; dentre os interessados que a aceitam e fazem a sua proposta (referente ao equilíbrio econômico do contrato), a Administração seleciona a que apresenta as condições mais convenientes para a celebração do ajuste. Forma-se, assim, a *vontade contratual unitária* (primeiro elemento). Os *interesses e finalidades* visados pela Administração e pelo contratado são contraditórios e opostos; em um contrato de concessão de serviço público, por exemplo, a Administração quer a prestação adequada do serviço e o particular objetiva o lucro (segundo elemento). Cada uma das partes adquire, em relação à outra, o direito às obrigações convencionadas (terceiro elemento). Quer isto dizer que os contratos administrativos enquadram-se no conceito geral de contrato como *acordo de vontades gerador de direitos e obrigações recíprocas*” (*Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, p. 236).

Tal garantia, para além de se alicerçar na legislação que rege o contrato administrativo e ter sede no art. 37, XXI, da CF, *na medida em que referida norma vincula a obrigação de pagamento à manutenção das condições efetivas da proposta, é também uma decorrência do Estado de Direito (art. 1º da CF), do princípio geral de direito que veda o locupletamento indevido de um contratante às custas de outro (art. 4º da LICC), dos princípios da moralidade, e da eficiência, que, a teor do caput do art. 37 da CF, presidem todo o agir da Administração.*

Assim, se, de um lado, as prerrogativas conferem à Administração o poder de, unilateralmente, instabilizar a relação contratual e até mesmo de determinar a extinção antecipada do contrato em prol do interesse da coletividade, de outro, *o ordenamento assegura ao particular inocente a plena recomposição dos danos e os lucros cessantes, de forma que não reste prejudicado pela atuação do ente estatal em prol do interesse público*²³.

*Sem tal segurança, o Estado não encontraria quem quisesse com ele contratar*²⁴. Bem por isso enfatiza Celso Antonio Bandeira de Mello a lógica do contrato administrativo:

Não é difícil entender a lógica do instituto sub examine. Há duas ordens de interesses que se devem compor na relação em apreço. O interesse público curado pela Administração, reclama dele flexibilidade suficiente para atendimento das vicissitudes administrativas e variações a que está sujeito. O interesse particular postula suprimento de uma legítima pretensão de lucro, segundo os termos convencionados. As traças concebidas pela lei e pelos estudiosos mais apontados resumem-se a consagrar estes escopos ambos prezáveis e ambos conformados na ordenação positiva.

Daí que se defere a cada qual o que busca no negócio jurídico.

Nem faria sentido conceder-lhes ou mais ou menos que o necessário à satisfação dos fins perseguidos.

23 Paul Bénéit observa, curiosamente, que: "O regime de contrato de direito público pode, bem ao contrário, revelar-se muito mais favorável aos particulares contratantes com a Administração do que o é o regime do contrato de direito privado, na medida em que surge como necessário defender o interesse geral através do interesse particular: a jurisprudência sobre imprevisão ilustra este fato de maneira marcante" (*apud* Celso Antonio Bandeira de Mello, *ob. cit.*, p. 572).

24 Segundo George Péquigot: "O contratante tem direito à remuneração inscrita em seu contrato. Ele não consentiu seu concurso senão na esperança de um certo lucro. Aceitou tomar a seu cargo trabalhos e áleas que, se não houvesse querido contratar, seriam suportados pela administração. É normal que seja remunerado por isso. Além disso, seria contrário à regra da boa-fé, contrário também a qualquer segurança dos negócios, e portanto para o estado social e econômico que a administração pudesse modificar, especialmente reduzir a remuneração" (Mauro Roberto G. Mattos, *O contrato administrativo*, Editora América Jurídica, 2001, p. 118).

Por isso mesmo não há fugir à conclusão de que *ao Poder Público pertencem todas as prerrogativas necessárias ao bem asseguramento do interesse público, de sorte que pode adotar as providências requeridas para tanto, ainda que impliquem alterações no ajuste inicial. Também não há evadir-se à conclusão de que nunca por nunca a Administração esquivar-se à contrapartida delas, isto é, ao cabal ressarcimento dos gravames resultantes para o contratante privado.*²⁵ (grifos nossos)

Por essa razão, a doutrina denomina as cláusulas que consagram as prerrogativas da Administração em prol do interesse público²⁶ de cláusulas “regulamentares” e as cláusulas que protegem o contratante particular de cláusulas “contratuais”.

Nesse sentido, muito embora seja possível traçar paralelo entre contratos de adesão e os com cláusulas uniformes, vez que naqueles (contrato de adesão) há a necessidade de contratar, *ao passo que, nestes (contrato com cláusulas uniformes ou pré-fixadas), o elemento vinculante do negócio é a esfera volitiva do interesse contratual (âmbito da liberdade, não da necessidade).*

A Administração Pública e o parlamentar eleito estariam, em regra, proibidos de celebrar ou manter contratos, *salvo quando se tratar de negócio com cláusulas uniformes, pois, neste caso, há estrita observância aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.*

Nesse sentido, é a jurisprudência do eg. Tribunal de Justiça de São Paulo:

Apelações. Improbidade administrativa. Contrato celebrado entre a Prefeitura Municipal e a empresa-ré, cuja sócia-administradora, à época, era vereadora. Compra de materiais elétricos, de iluminação e ferramentas mediante pregão presencial, pelo menor preço. Cláusulas contratuais pré-fixadas em edital próprio, qualificadas como uniformes. Inexistência de lesão ao erário, superfaturamento e desrespeito aos princípios norteadores da Administração Pública. Ausência de dolo, má-fé ou deslealdade contratual. Improcedência dos pedidos que se impõe. Recursos dos réus providos, portanto. (TJSP, AC 1001310-10.2015.8.26.0160, 3ª CDPúbl., Foro de Descalvado – 1ª Vara, Relª Encinas Manfré, DJ 28.05.2019, data de registro: 29.05.2019)

25 Ob. cit., p. 573.

26 Para Caio Tácito, “a tônica do contrato se desloca da simples harmonia de interesses para a consecução de um fim de interesse público” (*Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 292).

Demanda de responsabilização civil por improbidade. Caso de apontada incompatibilidade contratual. Sentença originária de procedência. Agravo retido. A inversão lógica de eventual interesse probatório e a relativamente bastante prova emprestada justificavam, de modo razoável, o antecipado julgamento da lide. Não provimento do recurso intercorrente. Competência: O STF, no julgamento da ADIn 2.797, declarou, com o efeito constitucional *erga omnes*, a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1 e 2º ao art. 84 do Código Processo Penal. Ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público” (verbete nº 329-STJ). Interesse agir e possibilidade jurídica do pedido: A só referência, na inicial da ação de improbidade administrativa, a *nomen acaso* menos próprio da demanda, não é sugestiva de violação do *due process of law*, se não se indicam, na espécie, pontualmente, falta de observância das normas de rito específicas da Lei nº 8.429, de 1992, e correlato prejuízo concreto à defesa. Prescrição: A fluência do curso prescritivo, na espécie, exigia considerar o disposto no inciso I do art. 23 da Lei nº 8.429, para não dizer – o que aponto, porém, com reserva de entendimento pessoal – que o perseguido ressarcimento de danos ao Erário, por força da ilicitude de conduta, padeceria de imprescritibilidade de origem constitucional (§ 5º do art. 37 do Código político). Mérito: *Falta de prova da ilegalidade (incompatibilidade contratual), por mingua de confirmar-se a quebra de cláusulas uniformes. Caso ainda em que não se provaram dolo nem culpa grave nas contratações objeto.* Não provimento do agravo retido. Acolhimento da apelação de um dos correqueridos, com extensão do efeito do julgado ao litisconsorte passivo. Prejuízo do exame da apelação do Ministério Público da Comarca. (TJSP, AC 0000998-74.2001.8.26.0602, 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público, Foro de Sorocaba – 5ª Vara Cível, Rel. Ricardo Dip, DJ 27.05.2014, data de registro: 07.07.2014 – grifos nossos)

Nem se diga que a matéria ficou pacificada na Ação Penal nº 530²⁷ e que tenha sido pacificado o entendimento de que contratos precedidos de licitação não obedecem a cláusulas uniformes.

Primeiro, porque a decisão ali adotada o foi em sede de processo penal, em caso de falsidade de estatuto social de empresa de rádio, estando, portanto, seus efeitos adstritos ao caso específico.

Em segundo lugar, porque os temas de abrangência constitucional estão postos no bojo de duas *Arguições de Descumprimento de Preceito*

27 AP 530, Relª Min. Rosa Weber, Rel. p/o Ac. Min. Roberto Barroso, J. 09.09.2014, DJe 19.12.2014.

Fundamental nºs 246 e 379, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que ainda não foram julgadas.

Vale a pena destacar, ainda, as lições de Adilson de Abreu Dallari²⁸:

Seja permitido comprovar que desde longa data, há mais de vinte anos, temos mantido o entendimento no sentido de que *o contrato administrativo precedido de licitação deve ser entendido como regido por cláusulas uniformes*, não acarretando nem inelegibilidade, nem vedação ou impedimento.

Na *Revista de Direito Público* nº 18, publicada em outubro/dezembro de 1971, à p. 302, em matéria consistente na transcrição dos trabalhos de um curso de direito e administração municipal (ministrado por professores consagrados, como Geraldo Ataliba, Celso Antônio Bandeira de Mello, Antônio Tito Costa, Francisco Otávio de Almeida Prado, Paulo Salvador Frontini, Nircles Breda, Eugênio Montoro e Pedro Luciano Marrey Junior), respondendo à *indagação sobre se vereador pode manter contrato com a Prefeitura “em razão de concorrência pública”*, tivemos a oportunidade de dizer que:

“Se a concorrência foi realizada e seguiu todos os trâmites, se houve igualdade de oportunidade, não vejo nenhuma vedação a que esse vereador possa contratar com o Município.”

Levantou-se a dúvida, ainda, acerca das disposições da Lei Orgânica Municipal que impediriam as licitações no município, em face de sua especialização reconhecida por muitos anos em obras públicas. Indaga-se, outrossim, se, quanto ao Prefeito se negar a assinar a contratação da referida empresa, haveria a correta inteligência do dispositivo da Lei Orgânica Municipal e se haveria, no caso em tela, infração à Lei de Improbidade Administrativa.

Para tanto, importante se faz destacar que o conceito de improbidade administrativa, a teor do art. 37, § 4º, da CF, corresponde à utilização da função pública para obter vantagem ilegal ou imoral, em proveito próprio ou de terceiros, com expressa violação das regras e dos princípios que regem todas as atividades estatais, resultando ou não em prejuízo patrimonial.

Conquanto o legislador não tenha fornecido um conceito e tampouco a doutrina tenha, por ora, pacificado a sua conceituação jurídica – havendo

28 DALLARI, Adilson Abreu. Contrato regido por cláusulas uniformes. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 192, p. 82-90, abr./jun.

mesmo correntes que se digladiam sobre o tema²⁹ –, alguns autores³⁰ observam que, embora se trate de um conceito vago, confrontando o ato administrativo ou a conduta do agente com as regras éticas constantes da disciplina interna da Administração Pública, é possível estabelecer uma linha divisória entre justo e injusto, moral e imoral, honesto e desonesto.

Em linhas gerais, o conceito de improbidade traduz a ideia do homem que não procede bem por não ser honesto ou que não age de maneira indigna por não ter caráter. Segundo o art. 37, § 4º e a Lei nº 8.429/1992 – que regula as sanções aplicáveis aos agentes públicos –, a improbidade administrativa corresponde à utilização da função pública para obter vantagem ilegal ou imoral, em proveito próprio ou de terceiros, com violação aos princípios que regem a Administração Pública, previstos no *caput* desse dispositivo constitucional, e às regras que regem todas as atividades estatais.

Tanto na Lei nº 8.429/1992 quanto na Lei nº 14.230/2021, os atos de improbidade estão classificados em três categorias: os que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam prejuízo ao Erário (art. 10) e os que afrontam os princípios da Administração Pública (art. 11).

Contudo, esses conceitos não se encontram, por ora, pacificados, pois parte da doutrina sustenta a sua interpretação elástica, enquanto outros autores consideram impossível a sua flexibilização.

A divergência pode ser constatada até mesmo na jurisprudência, como se vê, por exemplo, em dois arestos do Superior Tribunal de Justiça, proferidos recentemente, com entendimentos antagônicos a esse respeito, embora não tenha transcorrido grande lapso de tempo entre um e outro.

No REsp 1.558.038/PE, DJe 09.11.2015, o Tribunal adotou um conceito mais restritivo de improbidade administrativa, segundo o qual ela não se configura, quando o ato, ainda que praticado por agente público no exercício de suas funções, não caracterize abuso de autoridade, tipificado na Lei nº 4.898/1965, e quando deste ato não haja lesão aos cofres públicos. Assim, esse julgado considera a improbidade administrativa apenas quando existe efetiva lesão aos cofres públicos. Importante destacar um trecho desse acórdão:

29 Maria Sylvania Zanella Di Pietro estabelece o conceito de improbidade administrativa a partir da autonomia entre os princípios da moralidade e da probidade administrativa e da prática de um ato ilícito (*Direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014) e José Afonso da Silva, para quem a probidade administrativa está subordinada ao princípio da moralidade (*Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012).

30 MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

[...] Contudo, o conceito jurídico de ato de improbidade administrativa, por ser circulante no ambiente do direito sancionador, não é daqueles que a doutrina chama de elásticos, isto é, daqueles que podem ser ampliados para abranger situações que não tenham sido contempladas no momento de sua definição. Dessa forma, considerando o inelástico conceito de improbidade, vê-se que o referencial da Lei nº 8.429/1992 é o ato de agente público frente à coisa pública a que foi chamado administrar. Logo, somente se classificam como atos de improbidade administrativa as condutas dos servidores públicos que causam vilipêndio aos cofres públicos ou promovem enriquecimento ilícito do próprio agente ou de terceiros [...]. (Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 09.11.2015)

Já em outro julgado, REsp 1.177.910/SE, de 17.02.2016, o *Superior Tribunal de Justiça adota um conceito elástico*, independente de restar caracterizado abuso de autoridade:

Com base nessas premissas, a Segunda Turma já teve oportunidade de decidir que a “Lei nº 8.429/1992 objetiva coibir, punir e afastar da atividade pública todos os agentes que demonstraram pouco pareço pela pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida” (REsp 1.297.021/PR, DJe 20.11.2013). É certo que o STJ, em alguns momentos, mitiga a rigidez da interpretação literal dos dispositivos acima, porque “não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência considera indispensável, para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/1992, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do art. 10 (AIA 30-AM Corte Especial, DJe 28.11.2011). A referida mitigação, entretanto, ocorre apenas naqueles casos sem gravidade, sem densidade jurídica relevante e sem demonstração do elemento subjetivo. De qualquer maneira, a detida análise da Lei nº 8.429/1992 demonstra que o legislador, ao dispor sobre o assunto, não determinou expressamente quais seriam as vítimas mediatas ou imediatas da atividade desonesta para fins de configuração do ato ímprobo. Impôs, sim, que o agente público respeite o sistema jurídico em vigor e o bem comum, que é o fim último da Administração Pública”. (REsp 1.177.910/SE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 17.02.2016)

A nosso ver, o conceito de “probidade administrativa” se vincula, constitucionalmente, à “moralidade administrativa”, e, consistindo na proibição de atos inequivocamente desonestos ou desleais para com o Poder

Público, praticados por agentes públicos ou terceiros, não prescinde de que se caracterize por grave lesão à moral positivada³¹.

O princípio da legalidade é inerente a toda a ordem jurídica e, embora repetido na Constituição, como ocorre no art. 37 ou no art. 150, I, tem sua matriz no art. 5º, II, assim redigido:

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

[...]

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Todo o ordenamento pátrio está lastreado, pois, na legalidade, e agir com improbidade significa perpetrar lesão ao comportamento positivado³².

O princípio da publicidade é o princípio da transparência, permitindo aos cidadãos³³ que seja conhecido o agir do administrador público, de modo a que possam controlar a ação estatal e constatar a sua compatibilidade com a lei, como é, de rigor, no Estado de Direito. Agir com improbidade administrativa sonogando deliberadamente informações a que o cidadão tem direito é, igualmente, lesar a moral positivada.

-
- 31 Pinto Ferreira ensina: "Outro princípio importante que se refere o texto constitucional é o princípio da moralidade administrativa, também conhecido pelo nome de princípio da proibidade administrativa. Como afirma Hauriou, o sistematizador do conceito, 'não se trata da moral comum, mas sim de moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de condutas tiradas da disciplina interior da Administração'. O seguinte acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo enuncia e consagra o princípio no direito pátrio: 'O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas, por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo' (TJSP, RDA 89:134). Na França, o Conselho do Estado, desde 1945, admitiu que os princípios de direito público são 'aplicáveis, mesmo na ausência de textos'. A doutrina passou assim 'a reconhecer o caráter de regra de direito aos princípios gerais e, em consequência, admite que sua violação é determinante de nulidade'. No País o problema foi debatido com perfeição única pelo mestre paranaense Manoel de Oliveira Franco Sobrinho em valiosa monografia" (*Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2º v., 1990, p. 363).
- 32 O *caput* do art. 37 e o art. 150, I, da Constituição Federal estão assim redigidos: "Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: [...]". "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça".
- 33 Prefere-se ao termo "administrado" a terminologia americana, mais democrática, que fala em "cidadão" em sentido amplo, e não em "administrado", ranço jurídico da teoria da dominação no direito público, que, a título de defesa excessiva do interesse estatal, exterioriza, não poucas vezes, espírito mais ditatorial que democrático.

Já a impessoalidade não permite favorecimentos, estando umbilicalmente jungido ao princípio maior da moralidade pública. Violá-lo implica dano à isonomia.

O cidadão deseja que o administrador³⁴ seja honesto. Digno. Capaz de liderar movimentos contra a corrupção, por ser incorruptível. Capaz de atuar contra a sonegação e de exigir a verdade no trato da coisa pessoal e pública, por não ser nem mentiroso, nem falso. Capaz de combater o crime, os criminosos, falsários, contrabandistas, por não ser contrabandista, criminoso, falsário, nem a eles se vincular.

Porém, a doutrina³⁵ salienta que o conceito de improbidade administrativa não pode ser baseado exclusivamente na sua raiz etimológica, pois isso não permite a compreensão exata desse fenômeno. É que a etimologia transmite a noção de que a improbidade administrativa deva estar imbuída de desonestidade e demarcada com os contornos da corrupção. Entretanto, o ato pode ser praticado simplesmente por despreparo e incompetência do agente público.

Não concordamos com esse posicionamento, pois, se o ato foi praticado mediante conduta culposa, entendemos não caracterizada a improbidade administrativa, que pressupõe o dolo.

Assim, uma interpretação adequada e compatível com o conceito de improbidade administrativa não pode deixar de levar em conta a grave lesão à moral positivada, da qual dificilmente deixam de decorrer danos materiais. Já no caso de infrações leves, perdoáveis, escapam ao conceito de improbidade, não justificando as pesadas sanções previstas na lei.

Pode-se dizer que as expressões “moralidade administrativa” e “proibidade administrativa” significam a mesma coisa, tendo ambas a ver com a ideia de honestidade na Administração Pública, a significar que não basta

34 Na linha de Hauriou, Hely Lopes Meirelles lembra que: “Desenvolvendo a sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: *non omne quod licet honestum est*” (*Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 79 – grifos nossos).

35 MASON, Cleber. *Interesses difusos e coletivos esquematizados*. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2015 *apud* CARDOSO, João Gabriel. A (in)elasticidade do conceito de improbidade administrativa na visão do Superior Tribunal de Justiça. *Jus Navigandi*, ISSN 151862, Teresina, a. 22, n. 5271, 6 dez. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58910>.

ao agente atuar com observância da lei, ou seja, com respeito à legalidade formal, mas também deve pôr-se de acordo com os princípios éticos, de lealdade e de boa-fé e as regras que assegurem a boa administração.

José Afonso da Silva ensina que:

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 653)

Por essa razão é que o crime de improbidade administrativa não é um crime comum, mas um crime de responsabilidade. É irresponsável aquele que macula, tisma, fere, atinge, agride a moralidade pública, sendo ímprobo administrador, favorecendo terceiros, praticando a concussão ou sendo instrumento de corrupção.

A ação civil pública constitui um instrumento capaz de proceder ao controle da improbidade administrativa, legitimando o Ministério Público a promovê-la.

Com efeito, os arts. 127 a 130-A da CF, ao preverem as funções essenciais à Justiça, disciplinam a instituição do Ministério Público, indicando, no primeiro desses artigos, suas atribuições, os princípios que regem seus membros, a autonomia funcional e as normas que regem seu orçamento. No art. 128, indica os órgãos que compõem a instituição e traça seu regime jurídico.

Já o art. 129 indica as competências do Ministério Público, entre as quais está, no inciso III:

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

[...]

Com base nessa competência, cabe-lhe promover a ação civil pública, sempre que o administrador público, no exercício de suas funções, incorre em improbidade administrativa, nos termos do constante do art. 37, § 4º:

§ 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 graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Para alguns autores, o dano ao Erário não é hipótese que legitime o Ministério Público a ingressar com ação civil pública, e sim com ação popular.

Em primeiro lugar, porque *o interesse do erário não se aloca entre os interesses difusos a que se reporta o inciso III do art. 129 da CF*, acima transcrito.

Em segundo lugar, porque *o inciso IX do mesmo art. 129 da CF veda expressamente que o Ministério Público atue como representante das entidades públicas*, ao dispor:

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, *sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas*. (grifos nossos)

Por essa razão, a jurisprudência é firme em decretar a carência da ação em casos como o que se vê do Agravo de Instrumento nº 274440-1/6 da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³⁶, assim ementado:

Ação civil pública. Descabimento propositura pelo Ministério Público. Reparação de dano ocasionado ao patrimônio público por subvenções sociais. Objeto de ação popular. Decretada carência da ação. Inteligência do art. 5º, LXXIII, da CF.

Ementa oficial: Ilegitimidade do Ministério Público, quando cabente eventual ação popular. Pedido impossível de condenação a reparar o dano, pagando aos cofres municipais. Mescla de ações injustificável.

Ementa da Redação – A Constituição da República ampliou a legitimação do Ministério Público, para intentar o inquérito civil e a ação civil pública (art. 129, III). Primeiramente, surge necessário não esquecer de que a Lei Maior exige irromperem indisponíveis, sempre, os interesses sociais e individuais defendidos pelo Ministério Público.

Segundo a Constituição se refere a interesses difusos e aditivos.

Defendendo a Promotoria direito alheio, de natureza patrimonial, pertencente à municipalidade, há que se ressaltar que a mesma possui representação legal e advogados aptos a defendê-la. Não se cuida, ademais, de interesses difusos e coletivos. (grifos nossos)

De destacar-se, outrossim, trecho desse aresto que retrata situação jurídica semelhante a objeto deste feito:

Todos sabem de raiz que a ação civil pública guarda natureza supletiva, mostrando-se como exceção, no sistema. Basta ler-lhe o primeiro mandamento (art. 1º, caput, da Lei nº 7.347/1985). *Daí, obrigar a que a interpretação irrompa estreita e típicos seu objeto e finalidade. Não se permite alargar um e outra, sem ferir a taxatividade.*

A finalidade da ação civil pública é marcada na lei – não ao talante do Ministério Público – ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais, causados: “I – ao meio ambiente; II – ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV – qualquer outro interesse difuso, ou coletivo; e V – por infração da ordem econômica” (incisos do art. 1º da Lei nº 7.347/1985).

Além disso, o objeto da mencionada ação excepcional surge evidente: “A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro, ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (art. 3º). Se a condenação exsurgir em dinheiro, “a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo, gerido por um Conselho Federal e por Conselhos Estaduais” (arts. 13 e 20 da Lei nº 7.347/1985 c/c Decreto nº 1.306/1994).

“Ação popular – de outra sorte – é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas, subvencionadas com dinheiros públicos.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 16. ed. atualizada por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 87-88; ainda, ver art. 1º da Lei nº 4.717/1965)

Argumenta-se que a Constituição da República ampliou a legitimação do Ministério Público, para intentar o inquérito civil e a ação civil pública (art. 129, III). Primeiro, surge necessário não esquecer de que a *Lei Maior exige irromperem indisponíveis, sempre, os interesses sociais e individuais, defendidos pelo Ministério Público – uma das atribuições institucionais – escritas – (art. 127, caput). No caso, aparece a Promotoria Pública, defendendo direito alheio, de natureza patrimonial, pertencente à Municipalidade; a qual, no mínimo, possui representação legal e advogados aptos à procura de*

seus direito e peculiares interesses. Segundo, a Constituição da República refere interesses difusos e coletivos. Vale afirmar: menciona a proteção do patrimônio público e social, além do meio ambiente, e “de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III). Não se cuida, aqui, tecnicamente, de interesses difusos e coletivos; mas, de pretensão direito ao ressarcimento de dano ao patrimônio público municipal, com pedido de destinação da reparação aos cofres do Município de Matão.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, assera que, a mais, os órgãos de execução, dentre as funções gerais, lhes incumbe: “Promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei” (art. 25, IV). *A única lei vigente é a 7.347, de 24.07.1985, e, como visto, não importa ao caso vertente.*

Afirma-se, também, que, ao promover o inquérito e a ação civil pública, “para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais, ou de entidades privadas de que participem”, o Ministério Público tomaria para si a titularidade da ação popular (art. 25, IV, b, da Lei nº 8.625, de 12.02.1993). Assim, sob a denominação de ação civil pública – ou melhor, de nova e sexta finalidade inobstante se cuidar de números fechados (art. 1º da Lei nº 7.347/1985) – ter-se-ia dado ao Ministério Público legitimação ativa, para espécie do gênero ação popular. Existiria, pois, a ação popular do cidadão e a ação popular do Promotor de Justiça, criada pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, à margem da Constituição da República e ferindo-a. Curiosa espécie que, sendo popular, não é exercitada por cidadão qualquer. E, pode acabar absorvendo o gênero, visto que libera o cidadão de constituir advogado. Sem esquecer de que, se o Ministério Público sustentar lide temerária, jamais seria condenado no décuplo das custas (art. 5º, LXXIII, da Constituição da República, c/c art. 13 da Lei nº 4.717/1965).

Já a ação civil de reparação de dano, por enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, ou por violação de princípios da administração pública, instituída pela Lei nº 8.429, de 02.06.1992, se invocou para trazer mais incerteza à petição inicial. Esqueceu-se de que o pedido exsurge, sempre, como elemento de identificação da ação incoada e de fixação do objeto litigioso. A cumulação de pedidos exige, no mínimo, compatibilidade e adequação típica.

No caso, misturam-se três ações, dotadas de titularidades variadas; objeto diferentes; finalidades desiguais; e de procedimentos diversos. Nada justifica mesclar ação popular, ação civil e ação ordinária de reparação de dano específico.

Posto isto, é de se reconhecer o Ministério Público carecedor da ação, seja de legitimidade, seja por exibir pedido impossível, extinto o processo, sem

juízo de mérito; restando, assim provido o recurso (art. 267, VI e § 3º, c/c art. 329 do CPC). (grifos nossos)

De notar, entretanto, que a propositura de ação civil pública pelo *Parquet* para proteção do Erário público é cabível *subsidiariamente*, ou seja, quando, instado, o Poder Público queda-se inerte. Porém, nesses casos, deve a ação lastrear-se na Lei de Improbabilidade Administrativa e da LONMP, ou seja, dos arts. 17³⁷ da Lei nº 14.230/2021, e 25, IV, *b*, da Lei nº 8.625/1993³⁸.

A nosso ver, a improbidade administrativa pode ser definida como sendo a “ação ou omissão, no exercício das funções administrativas, contra a lei, que impliquem benefício próprio ou de terceiros, de forma intencional”³⁹.

Nesse sentido, inclusive, o *Superior Tribunal de Justiça*, em julgado bastante conhecido, já assentou que

[...] a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Conseqüentemente, a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mas que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade [...] (STJ, REsp 480.387/SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, DJU 16.03.2004)

Contudo, no desempenho dessa atividade fiscalizadora, não se pode perder de vista “aspectos realistas, de natureza finalística, em que a razoabilidade se faz necessária. Em outros termos, deve pugnar para que a legalidade e a moralidade sejam pautas da Administração, mas sempre tendo em vista o

37 “Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o rito comum previsto na Lei nº 10.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.”

38 “Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: [...] IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: [...] b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem; [...]”

39 Diógenes Gasparini escreve que: “Para Hely Lopes Meirelles, apoiado em Manoel Oliveira Franco Sobrinho, a moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do *bom administrador*. Este é aquele que, usando de sua competência, determina-se não só pelos preceitos legais vigentes mas também pela moral comum, propugnando pelo que for melhor e mais útil para o interesse público. A importância desse princípio já foi ressaltada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (RDA 89:134), ao afirmar que a moralidade administrativa e o interesse coletivo integram a legalidade do ato administrativo. Por outro lado, estabelece o § 4º do art. 37 da Constituição que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda de função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (*Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 7).

atendimento do interesse público, intento às vezes prejudicado pelo deturpado e radical legalismo”.⁴⁰

Consoante a Lei nº 14.230/2021, a improbidade administrativa está classificada, nos arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 9º, 10 e 11 desse diploma, nas seguintes categorias:

- atos que importem em enriquecimento ilícito do agente público (art. 9º), acarretem ou não danos ao Erário;
- atos que atentem contra os princípios da administração (art. 11), acarretem ou não lesão ao Erário ou enriquecimento ilícito.

Importante se faz destacar a redação trazida pela Lei nº 14.230/2021, que, no art. 1º, § 2º, estabeleceu que:

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Enfatiza-se, assim, a figura do dolo plenamente consubstanciado para a caracterização de um ato de improbidade administrativa.

Fernando Capez, com sua elucidação retórica, ensina que:

Na exegese e aplicação desses dispositivos, por muito tempo se discutiu a necessidade de dolo ou culpa para a responsabilização do agente por ato de improbidade.

No STJ, a primeira turma entendia ser necessário o dolo para caracterização das condutas previstas nos arts. 9º e 11, e admitia tanto dolo quanto culpa nas do art. 10 da Lei nº 8.429/1992, uma vez que este último dispositivo tipificava como ímprobo tanto o dano doloso, quanto o culposo. Com relação aos arts. 9º e 11, aplicava-se a regra do art. 18, parágrafo único, do CP, segundo a qual, salvo previsão expressa da modalidade culposa, a infração somente será punida a título de dolo. A segunda turma, por seu turno, divergia na hipótese do art. 11, entendendo que a lei não exigiu dolo, bastando a mera voluntariedade.

A controvérsia teve fim com o julgamento do REsp 875.163/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, julgado em 23.06.2010, firmando entendimento da imprescindibilidade da demonstração do dolo para reconhecimento do ato de improbidade previsto no art. 11. A necessidade

40 PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa – Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas Jurídico, p. 25.

do dolo nas ações de improbidade também foi profundamente debatida no REsp 765.212/AC, em função de recurso interposto pelo Ministério Público do Acre, em ação ajuizada contra o ex-prefeito e a ex-secretária municipal do município de senador Guiomard, prevalecendo no julgamento, a necessidade de dolo, nos mesmos moldes da legislação criminal.

Partindo da premissa de que as sanções por improbidade carregam caráter claramente punitivo, como supressão de direitos políticos, perda de bens e valores, perda da função pública e multa, parte dos administrativistas já sinalizava a aproximação com as regras e princípios do direito penal, a fim de garantir ao acusado as mesmas garantias do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

No próprio julgamento do REsp 765.212, em um primeiro momento, o ministro Herman Benjamin defendeu a adoção da Teoria da Voluntariedade, em função da relevância do bem juridicamente tutelado pela LIA. O ministro Mauro Campbell, no entanto, distinguiu os conceitos de “consciência e vontade”, de um lado, e “mera voluntariedade” de outro, esclarecendo que “voluntariedade [...] não se confunde com vontade. A vontade necessariamente pressupõe uma conduta com resultado querido. Novamente, como Luiz Regis Prado, citando Welzel: [...] a voluntariedade significa que um movimento corporal e suas consequências podem ser conduzidos a algum ato voluntário, sendo indiferente quais consequências queria produzir ao autor. Isso quer dizer que a voluntariedade se caracteriza pela simples enervação muscular que põe em andamento um processo de natureza causal. De outro lado, a vontade tem conteúdo próprio inerente ao comportamento humano, e diz respeito ao resultado querido [...]”. Deste modo, restou superada a adoção da Teoria da Voluntariedade, com o reconhecimento de que no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, deve ser adotada a responsabilidade subjetiva, mediante a exigência de dolo.

Em reforço a esta tese já prevalente, a Lei nº 14.230/2021 encerrou definitivamente qualquer controvérsia acerca do dolo. Conferindo nova redação ao art. 1º, § 1º, da LIA, passou a considerar atos de improbidade administrativa somente as *condutas dolosas* tipificadas nos arts. 9º, 10, 11. Assim, tornou atípico qualquer conduta desprovida de dolo, não admitindo a mera voluntariedade para incidência do art. 11 e ainda excluiu do rol do art. 10 as condutas lesivas ao Erário praticadas por negligência, imperícia ou imprudência, as quais não mais se consideram atos de improbidade.

O § 2º do art. 1º, conceitua dolo como a vontade livre e consciente de produzir o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11. Não basta, todavia, o dolo genérico, consistente na consciência e vontade de praticar o ato e produzir o resultado. Agora, é necessário, além disso, a finalidade especial do agente de violar a lei. Em outras palavras, *exige-se* que tenha consciên-

cia e vontade de realizar a conduta para buscar um fim ilícito. (CAPEZ, Fernando. Dolo penal na improbidade administrativa. *Revista Consultor Jurídico*, 9 dez. 2021, 8h)

Interessa-nos analisar mais de perto a hipótese do art. 9º, VII, da Lei nº 14.230/2021, uma vez que a inicial da ação sobre a qual versa a consulta indica esse dispositivo como sua fundamentação:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente

[...]

VII – adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.

Marinho Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Junior⁴¹, comentando esse dispositivo legal, observam que, para essa regra se reputar configurada, é de rigor o preenchimento dos seguintes requisitos:

- vantagem patrimonial auferida por agente público, acarretando ou não danos ao Erário;
- vantagem patrimonial resultante de causa ilícita;
- ciência do agente público da ilicitude da vantagem patrimonial alcançada;
- nexos etiológico entre o exercício funcional do agente público em qualquer entidade elencada no art. 1º e a indevida vantagem patrimonial por ele obtida.

A figura do dolo está tão intrínseca à improbidade administrativa que ela mesmo permeia toda a legislação que trata da matéria.

No tocante ao enriquecimento ilícito, a conduta descrita no art. 9º da Lei nº 14.230/2021 somente pode acontecer quando ocorram rendimentos ilícitos. Sendo lícitos na sua fonte e utilizados para o incremento patrimonial

41 PAZZAGLINI FILHO, Marinho; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit., p. 64.

do agente, está afastada a possibilidade de ocorrência de qualquer improbidade⁴².

Caso os rendimentos auferidos sejam lícitos, porém ocultados, por exemplo, do Fisco, para impedir a tributação pelo imposto de renda e com eles o agente adquirir bens em nome dele ou de terceiros, a pergunta que se põe é se aquisição deveria ser considerada ato de improbidade administrativa, podendo ser objeto de ação civil pública.

Alguns autores entendem que sim, enquadrando-se a conduta no art. 11 da Lei nº 14.230/2021. No entanto, esse comportamento estaria inserido no campo da infração à lei tributária, falecendo ao Ministério Público competência para deduzi-lo no âmbito da ação civil pública⁴³, nos termos da Lei nº 7.347/1985, que, em seu art. 1º, parágrafo único, dispõe:

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos benefícios podem ser individualmente determinados.

Para a materialidade do enriquecimento ilícito, deve o autor da ação proceder à comprovação de que o réu tenha adquirido bens cujo valor é superior ao de sua renda *ou de sua evolução patrimonial, benefício financeiro obtido mediante práticas imorais, irregulares, ilegais em descumprimento do que disciplina a Administração Pública, em sua legislação pertinente.*

Para alguns autores, no caso de enriquecimento ilícito, a responsabilidade é objetiva, existindo uma presunção de responsabilidade, apenas mediante a verificação da incompatibilidade entre o patrimônio e a renda auferida no exercício do cargo pelo agente.

Nesse sentido, sustenta Luiz Fabião Guasque⁴⁴, para quem:

No caso do agente público, há uma presunção de responsabilidade se existir nexo de incompatibilidade entre o patrimônio e a renda auferida no exercício do cargo. O dano é presumido com a constatação da variação patrimonial injustificada. Por via de consequência, há inversão no ônus da prova, devendo o agente justificar a origem para escapar à sanção do art. 12, I, da Lei.

42 DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2014.

43 Com exceção do disposto no art. 10-A da Lei nº 8.429/1992.

44 O Ministério Público e a tutela dos interesses difusos, *RMPMG*, Jus 16, 217-236.

Note-se que, nesta espécie de responsabilidade, não se fala em dolo ou culpa, ou melhor não há necessidade de aferição de vontade no ato que dá origem à sanção da lei.

Não comungamos desse entendimento.

A incongruência entre o patrimônio e a remuneração do agente público *não pode ser automaticamente e por si só havida como suporte do ato ímprobo*. Não pode servir como causa e fundamento exclusivo para o reconhecimento de tal ato ilícito administrativo e a imposição e de suas gravíssimas sanções, mediante ação civil pública.

As presunções são de extrema valia para a instauração de investigações, mas precisa haver previsão legal e não se prestam, de modo algum, para fundamentar sanções, que só podem ser aplicadas quando não há dúvidas quanto aos fatos puníveis e a sua autoria.

Tecidas essas considerações, podemos responder objetivamente às questões formuladas:

1. O vereador e atual Presidente da Câmara incorreu nas restrições previstas no art. 54 da CF, reproduzida pela LOM no art. 18?

R.: Não. O parlamentar que, sem envergar a condição de dirigente ou controlador, seja tão somente proprietário de cotas ou ações de empresa não goza, de rigor, de nenhum “favor”. O contrato que a empresa celebra com o Poder Público, após vencimento em certame licitatório, implica a obrigação de entregar-lhe a contraprestação do serviço dentro das condições estabelecidas pelo Poder Concedente e, licitação em que com todos os concorrentes submetem-se a idênticos requisitos.

2. O art. 54 da CF e a LOM de Guarulhos contêm comandos que impeçam que vereador figure como simples proprietário de empresa que vença licitação, mesmo que nas regras de constituição e organização não se outorgue ao parlamentar o exercício de gerência ou a representação dos negócios da sociedade?

R.: Não. Entender diferentemente implica atribuir às referidas normas que veiculem restrições a direitos, interpretação ampliativa que não se compadece com as regras de hermenêutica, com a letra dos dispositivos constitucionais e mesmo com o princípio da razoabilidade (art. 5º, LIV, da CF), de vez que tal vedação não condiz com os fins visados pela norma, que é a independência e a harmonia entre os Poderes.

3. Caracteriza ato de improbidade administrativa a condição de Vereador Presidente e agora sócio cotista da empresa vencedora de certame licitatório promovido pela Municipalidade, ainda que sem poder algum de gestão, desde o início de sua gestão, condição essa registrada junto à Jucesp?

R.: Não. Para caracterização do ato de improbidade administrativa, é necessária a ocorrência de uma ação ou omissão, no exercício das funções administrativas, contra a lei que implique benefício próprio ou de terceiros, de forma intencional e, no caso, a empresa contratada participou de licitação pública e assinará contrato administrativo regido por cláusulas uniformes, não acarretando, assim, em inexigibilidade, vedação ou impedimento.

4. Caracteriza ato de improbidade administrativa a condição do Prefeito, Ordenador da Despesa nesse específico caso de contratação da empresa vencedora de procedimento licitatório, que tem como sócio cotista o Vereador e Presidente do Poder Legislativo local?

R.: Não. Em tais contratos, vigora a supremacia do poder concedente, tanto na conformação da avença como na sua execução, restando à empresa concessionária, vencedora do procedimento licitatório, margem mínima de atuação negocial, caracterizando-se tal pactuação como contratos de cláusulas uniformes. Tal fato descaracteriza, por si só, a aplicação da vedação estabelecida no art. 54, I, a, da CF, do art. 18 da LOM de Guarulhos e, conseqüentemente, do crime de improbidade administrativa.

5. O Prefeito pode vir a ser parte nesse eventual processo de improbidade administrativa, ajuizado pela MP de Guarulhos?

R.: Não. Eventual ato do prefeito na contratação da empresa consulente não tem o condão de se caracterizar como ato ímprobo, que enseje sua eventual inclusão em ação de improbidade administrativa. De acordo com o art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a conduta dolosa plenamente comprovada pelo agente administrativo.

6. Existe jurisprudência nesse sentido? Como se posiciona a doutrina?

R.: Sim. O Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 765.212, manifestou entendimento de que restaria superada a teoria da voluntariedade, com o reconhecimento de que, no âmbito do direito administrativo sancionador, deve ser adotada a responsabilidade subjetiva, mediante a exigência de dolo. Também a doutrina recente tem se posicionado no sentido de que a Lei nº 14.230/2021 tornou atípica qualquer conduta desprovida de dolo, não admitindo a mera voluntariedade para incidência do art. 11 e excluiu do rol do art. 10 as condutas lesivas ao Erário praticadas por negligência, imperícia ou imprudência, as quais não mais se consideram atos de improbidade.

É o parecer,

S.M.J.