

**UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

HENRIQUE FRANCISCO SEIXAS

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:
ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA LEI Nº 8.429/92**

**PIRACICABA/SP
2014**

**UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

HENRIQUE FRANCISCO SEIXAS

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:
ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA LEI Nº 8.429/92**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, Núcleo de Estudos de Direitos Fundamentais e da Cidadania, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor José Antonio Remédio.

**PIRACICABA/SP
2014**

Ficha Catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas da UNIMEP
Bibliotecária: Luciene Cristina Correa Ferreira CRB-8/8235

Seixas, Henrique Francisco.

S462i Improbidade administrativa: aspectos controvertidos da lei nº8.429/92.
/Henrique Francisco Seixas. – Piracicaba, SP: [s.n.], 2014.

162 f.

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito / Programa de Pós-Graduação em Direito - Universidade Metodista de Piracicaba, 2014.

Orientador: Dr. José Antonio Remédio.

Inclui Bibliografia

1. Improbidade Administrativa. 2. Evolução Legislativa e Histórica. 3. Espécies. 4. Sanções. 5. Direitos Difusos. I. Remédio, José Antonio. II Universidade Metodista de Piracicaba. III Título.

CDU 34

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:
ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA LEI Nº 8.429/92**

HENRIQUE FRANCISCO SEIXAS

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Antonio Remédio

Prof. Dr. Wilson Lavorenti

Prof. Dr. Antonio Isidoro Piacentini

DEDICATÓRIA

Ao meu pai Hélio Seixas e minha mãe Elina Lopes Seixas, os quais se encontram hoje num lugar melhor, exemplos de humildade e bondade que tiveram durante toda a vida. À minha companheira Paula, de todas as horas e momentos mais difíceis que tive na vida, pela motivação, carinho e pelo amor.

AGRADECIMENTOS

Ao fim desta jornada, dirijo meus sinceros agradecimentos a todas as pessoas que contribuíram para a execução desse trabalho, pois sem eles não chegaria até aqui.

Meus sentimentos de gratidão eterna e incondicional ao meu Professor e orientador José Antonio Remédio, pessoa magnífica de bondade inenarrável que, em nenhum momento, desacreditou ou me abandonou nos momentos mais complicados desta caminhada.

À minha companheira Paula, a quem considero como esposa por toda a vida e finalmente às minhas amigas e Professoras Judite, Maria Amélia, Rosângela e Elaine, pelo apoio diário na luta por um melhor direito e pelas conversas profícuas e desabafos que tivemos nos últimos anos.

Muito Obrigado!

RESUMO

Seixas, Henrique Francisco. Improbidade Administrativa: Aspectos Controvertidos da Lei nº 8.429/92. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, 2014.

O objetivo da presente dissertação é analisar as várias controvérsias relacionadas à improbidade administrativa, desde a evolução histórica até as efetivas sanções por improbidade administrativa a serem imputadas aos agentes públicos em geral. Inicialmente, trazendo à análise os vários momentos históricos pelos quais se evoluiu a probidade administrativa e a figura do Estado, seu conceito, até chegarmos à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com a especial previsão do art. 37, § 4º. Ponto controvertido se mostra a natureza jurídica da ação civil de improbidade, ora estudado. Ainda, estudaremos as espécies de Atos de Improbidade Administrativa descritos nos artigos 9º, 10 e 11 da lei 8.429/92, cujo rol é meramente exemplificativo, apesar da controvérsia trazida também nesse sentido. Analisamos as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, suas peculiaridades e a questão controvertida da graduação e cumulação, sustentando a atenção especial a ser dada à extensão, a intensidade das penalidades e a proporcionalidade no sancionamento. Durante o estudo abordamos quais são os sujeitos dos Atos de Improbidade Administrativa descritos na Lei 8.429/92, cujo rol elenca os sujeitos ativos ou os agentes a que a lei se destina. Trazemos ainda à baila, a repercussão e a controvérsia obtida com o julgamento da Reclamação 2138-6 que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal, em razão do uso de bem público pelo então Ministro Ronaldo Mota Sandemberg, condenado pela prática de improbidade administrativa, por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal, tendo como foco central da discussão a exclusão de determinados entes políticos, a exemplo do Presidente da República, sustentando, ao final, decisão equivocada do Supremo por ferimento ao princípio da igualdade, dentre outras justificativas e que os sistemas são diferenciados e a única concorrência ocorre entre os arts. 37, § 4º, da CF/88 e o regime especial do art. 85, V, do mesmo Codex, concluindo-se que a Lei de Improbidade Administrativa será aplicada aos agentes políticos que praticarem atos de improbidade administrativa.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Evolução legislativa e histórica. Espécies. Sanções. Direitos Difusos.

ABSTRACT

Seixas, Henrique Francisco. The fight against Administrative Improbity: Controversial Aspects in the Law Nº 8.429/92. Essay (Masters) Law School in the Methodist University in Piracicaba, 2014.

The main goal of this current essay is to analyze the beginning of the historical evolution up to the effective sanctions by the administrative improbity which are attributed to the public agents in general. Firstly, we analyzed the several historical moments when the administrative probity and the State evolved, its concept until we get the Federative Republic Constitution of Brazil in 1988, with a special prevision of the Article 37, 4TH. The legal nature of improbity civil action shows itself as a controversial point as we studied so far. Besides, we will study Actions of Administrative Improbity, which are described in the articles 9th, 10 and 11 in the Law# 8.429/92, whose role is purely explanatory, despite the controversy that is also explored in this regard. We analyzed the sanctions provided by the Improbity Administrative Law, its peculiarities, and the matter at issue of graduation and cumulation, sustaining special attention which should be paid to the extension, the penalties seriousness and the sanctions proportionality. During this study we approached which subjects in the Administrative Improbity Acts are described in the Law 8.429/92, whose role lists the active subjects or agents that the law is designed to. We also bring up the repercussion and the controversy obtained in the Claim Judgment 2138-6 that followed the proper procedures before the Federal Supreme Court, due to the use of public assets by the Minister Ronaldo Mota Sandemberg , convicted of administrative improbity practice and was sentenced by the Judge in the 14th Lower Federal Court, focusing on the exclusion of some political entities, like the President of the Republic, and supporting the mistaken decision of the Supreme Court by affecting the principles of equality, among other justifications and arguing that the systems differ and the only competition occurs between the Article 37, 4th of the CF/88 and the special scheme of the Article 85, V, in the same Codex, concluding that the Improbity Administrative Law will be applied to the political agents who practice administrative improbity acts.

Key words: Administrative Improbity, Legislative and Historical Evolution, Types, Sanctions, Public Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA DENOMINAÇÃO	5
1.1 Evolução Histórica	5
1.2 Conceito.....	10
1.3 Evolução Legislativa	17
2 NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DIFUSOS	25
3 ESPÉCIES DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	33
3.2 Atos de Improbidade que importam em enriquecimento ilícito - art. 9º	33
3.3 Atos de Improbidade que causam prejuízo ao erário - art. 10	50
3.4 Atos de Improbidade que atentam contra os princípios da administração pública - art. 11º.....	66
4 SANÇÕES DO ART. 12 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O PRISMA CONSTITUCIONAL	81
4.1 Sanções previstas na Constituição Federal e na Lei nº 8.429/92.....	81
4.2 Discriminação das penalidades	81
4.3 Sanções dos Atos de Improbidade em Espécie	82
4.4 Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente..	83
4.5 Ressarcimento do dano patrimonial e moral.....	87
4.6 Perda da função pública	91
4.7 Suspensão dos direitos políticos	94
4.8 A multa civil.....	98
4.9 Proibição de contratar com a Administração Pública e de receber benefícios	101
4.10 Indisponibilidade de bens	103
4.11 Natureza jurídica das sanções.....	107

4.12 O Princípio da Proporcionalidade na Aplicação do Sancionamento	110
---	-----

5 ANÁLISE DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM RELAÇÃO AOS SUJEITOS DO ATO E CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EXCLUSÃO DE ALGUNS AGENTES POLÍTICOS..... 113

5.1 Sujeitos do Ato de Improbidade Administrativa	113
---	-----

5.2 Sujeito Passivo	114
---------------------------	-----

5.3 Sujeito Ativo.....	120
------------------------	-----

5.4 Terceiro.....	124
-------------------	-----

5.5 Exclusão de determinados Agentes Políticos do rol previsto na Lei de Improbidade Administrativa e o Direito Administrativo Sancionador.....	128
---	-----

CONSIDERAÇÕES FINAIS 143

REFERÊNCIAS..... 150

INTRODUÇÃO

Quem quiser governar deve analisar estas duas regras de Platão: uma, ter em vista apenas o bem público, sem se preocupar com a sua situação pessoal; outra, estender suas preocupações do mesmo modo a todo o Estado, não negligenciando uma parte para atender à outra. Porque quem governa a República é tutor que deve zelar pelo bem de seu pupilo e não o seu; aquele que protege só uma parte dos cidadãos, sem se preocupar com os outros, introduz no Estado o mais maléfico dos flagelos, a desavença e a revolta¹.

Os meios de comunicação divulgam a prática generalizada, nos mais variados âmbitos do planeta, de diversos atos ilegais, imorais, de má gestão, corrupção, falcatruas, desonestidades, por particulares e por agentes públicos, relacionados com o exercício da atividade administrativa estatal².

Os desmandos envolvendo o Poder Público colocam em risco o próprio Estado Democrático de Direito, cujos recursos, mesmo quando corretamente aplicados, são insuficientes para a concretização plena do bem comum, uma das finalidades do Estado³.

Objetivando o cumprimento de uma das finalidades primordiais do Estado, que é a concretização do bem comum, com a preservação e correta aplicação do patrimônio público, o Direito, tanto por meio da Constituição como pelas normas infraconstitucionais, apresenta diversas fórmulas jurídicas, no intuito de preservar a correta atuação administrativa e coibir a improbidade administrativa, de um lado, limitando o exercício dos poderes do Estado e, de outro lado, inibindo atuações desonestas e ímprobas, mediante a previsão de variadas e severas sanções aos faltosos, sejam eles particulares ou agentes públicos⁴.

Segundo Gomes Junior, "nos últimos tempos, um dos institutos do Direito Administrativo mais estudados tem sido o da Improbidade Administrativa⁵" Diante dessa assertiva, resolvemos detalhar e aprofundar o estudo dos mecanismos mais

¹ CÍCERO, Marco Túlio *apud* GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 56/57.

² REMÉDIO, José Antônio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Verbatim, 2012, p. 477.

³ REMÉDIO, 2012, p. 477.

⁴ REMÉDIO, 2012, p. 478.

⁵ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel *apud* LOBO, Arthur Mendes. *A ação prevista na lei de improbidade administrativa – competência, legitimidade, interesse de agir e outros aspectos polêmicos*. Revista Argumenta, Paraná, 2008. p. 281; Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/issue/view/9>>. Acesso em 09 set. 2013.

apropriados para obtenção de efetividade e aplicação de sanções que coíbam o ato desonesto no trato da gestão da coisa pública.

Nas primeiras linhas deste trabalho, pretendemos discorrer sobre a evolução histórica da probidade administrativa, desde os primórdios das civilizações, com os conceitos de moral e ética, enraizadas de sabedoria, prudência e honestidade, inclusive no plano internacional.

Também analisaremos, sob diversos ângulos e posições doutrinárias, sob o prisma constitucional, como se reforçou o combate às condutas ímprobas, seguido do conceito de improbidade administrativa.

É no sentido amplo da corrupção que surge o conceito da improbidade administrativa. Tão velho quanto à humanidade, a corrupção se revela sempre por um mau caráter que, com conduta específica, desvia, fere, retarda, invalida, nega, executa, permite, frustra ou fere princípios administrativos e constitucionais em benefício a uma minoria elitizada de agentes públicos que se esqueceram da louvável honra que tutelava a relação entre os homens da antiguidade.

Resumidamente, a improbidade administrativa, dentre inúmeros vocábulos empregados, além de desonesta, desvirtuosa, corrupta, inobservante dos princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, tem como efeito o desmantelamento da estrutura do Estado como provedor de necessidades coletivas, ferindo o interesse público, gerando descrédito por parte dos administrados.

No mesmo capítulo, após evolução do instituto e sua larga definição, faremos uma evolução legislativa, com a análise gradual e cronológica dos vários dispositivos emanados da vontade constituinte de se estancar e coagir essa prática viciosa e imprudente do homem, motivo pelo qual foram elencadas as condutas reprováveis e ímprobas em sucessivas leis e decretos, culminadas, tempos depois, na Lei 8.429/92, regramento máximo no combate à corrupção, cujas condutas a serem estudadas se encontram arroladas nos arts. 9º, 10 e 11 da citada lei.

Trataremos ainda, a questão controvertida da natureza jurídica a ação de improbidade, colacionando os diversos posicionamentos doutrinários, concluindo, a nosso ver, pela natureza civil da ação de improbidade administrativa.

Estudaremos as respectivas sanções, suas penalidades, bem como as sanções principais em espécie, aquelas de fundo constitucional. Como não se discute as circunstâncias éticas pelas quais se tenha praticado o ato de

improbidade, analisaremos pormenorizadamente os atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei 8.429/92) caracterizada pela obtenção de vantagem patrimonial indevida, com aumento de patrimônio incompatível com a renda, em razão do cargo, função ou emprego de natureza pública.

Ponto controvertido também se mostra a questão da graduação e proporcionalidade no sancionamento, levando-se em conta a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Adiante, analisaremos os atos de improbidade que importam prejuízo ao erário, caracterizado pelo desfalque nas contas e patrimônio público, no trato com o dinheiro ou de bens do erário, para, ao final, estudarmos os atos de improbidade administrativa por violação de princípios da Administração Pública, ou seja, as condutas que não se coadunam à honestidade, ao bom senso, aos valores altaneiros da moralidade, que vão contra a consciência do justo e decente, bem como àqueles arrolados no art. 37 da Constituição Federal de 88⁶.

Questão relevante de questionamento surge quanto ao rol exemplificativo elencado pelo legislador nos arts. 9º, 10 e 11. Embora pareça abrangente em demasia, não constituem referidas hipóteses um núcleo fechado ou taxativo, permitindo o surgimento ou enumeração de novos casos, como se verificará no decorrer do presente estudo.

No capítulo final abordaremos os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, inclusive focando aspectos diferentes de tratamento dependendo do agente político considerado.

A derradeira discussão trazida nesse capítulo faz referência à exclusão de determinados agentes políticos em razão, precipuamente, do julgamento ocorrido na Reclamação 2138-6/DF, do então Ministro Ronaldo Mota Sandemberg, condenado pela prática de improbidade administrativa, por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal.

O método a ser estudo no presente trabalho é o descritivo, percorrendo o trabalho de forma teórica o teor das normas relacionadas à improbidade

⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09 set. 2013).

administrativa, a legislação vigente e os aspectos processuais relevantes como meios e modo de instrumentalização das ações no combate à corrupção e mazelas praticadas por agentes públicos no exercício da função.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA DENOMINAÇÃO

No capítulo inaugural deste trabalho far-se-á uma breve exposição da evolução histórica e legislativa, trazendo à análise os vários momentos históricos pelos quais se evoluiu a probidade administrativa e a figura do Estado, seu conceito, bem como os vários dispositivos constitucionais relacionados à improbidade administrativa, as obrigações dos agentes públicos, os tipos delituosos que envolvem práticas proibitivas até chegarmos à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O surgimento da Lei 8429/92 e suas respectivas sanções demonstrou a preocupação do legislador e da própria sociedade em trazer a honestidade e a ética para a administração pública direta ou indireta.

1.1 Evolução Histórica

Vale ressaltar a importância da Lei de Improbidade Administrativa para o sistema de combate à corrupção e demonstrar, com base na discussão atual, a necessidade de cautela e seriedade ao aplicar a lei de improbidade administrativa aos agentes políticos, pois a inobservância da referida lei poderá ocasionar enormes prejuízos à Administração Pública e à própria sociedade.

Sempre se revelou, em todos os tempos, a repulsa à improbidade, manifestada em especial através de atos de corrupção, de proveito indevido e desvio de bens ou dinheiro público, constituindo um cancro que corrói a administração pública, causando revolta e descrédito contra a classe dirigente e os políticos em geral.

Nos primórdios das civilizações, o poder dos chefes de governos não sofria controle sobre o patrimônio público, tanto que era considerado propriedade da coroa ou dos reis e tiranos. Entrementes, há exemplos de empenho das legislações em coibir a desonestidade pública⁷.

Wallace Paiva Martins Júnior remonta dados do direito romano:

⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 360.

A repressão da improbidade administrativa não é inédita, colhendo em Roma a *lex de repetundis*, que sancionava os delitos de improbidade dos administradores públicos desonestos com o ressarcimento do dano ao erário, e, em seguida, a *lex Julia*, com drásticas penalidades (devolução em quádruplo dos prejuízos, exílio, perda dos direitos civis)⁸.

Em certos momentos históricos, tinham-se a propriedade particular e mesmo a liberdade como concessões do rei. O patrimônio do monarca se confundia com o do Estado, levando à confusão entre a *res publica* e a *res principis*. Recorda-se que, na descoberta do Brasil, a carta de Caminha referia que as novas terras eram incorporadas ao domínio do rei. Pode-se afirmar que as ideias de Montesquieu, na aurora da democracia política, estabelecendo a divisão dos poderes, representaram o começo de um controle dos atos dos soberanos, inclusive em relação ao patrimônio. Aliás, controle que também se inspirou na famosa verdade, lançada obra *O Espírito das Leis*: “Aquele que detém o poder, tende a dele abusar⁹”.

A análise da corrupção desvinculada da política, da história e da estrutura social socioeconômica fica abstrata. Ver apenas pela questão ética é não descobrir o problema. É preciso também punições rigorosas, uma sociedade civil organizada e com um olhar atento e crítico sobre o Estado¹⁰.

Na visão de Alberto Ribeiro Barros:

A imoralidade e desonestidade dos homens públicos é preocupação antiga. Para os filósofos romanos da antiguidade, a moral é a disciplina filosófica que investiga os meios e ocasiões de satisfazer e fortificar as inclinações com que a natureza dotou o ser humano, procurando estabelecer um conjunto de deveres que a natureza impõe ao homem, seja com respeito a si próprio, seja com relação aos outros homens. Segundo eles, o bem da cidade depende das qualidades morais do governante, que deveria servir de modelo de conduta para o povo, inspirando hábitos virtuosos em toda sociedade. Daí a preocupação do governante, que deveria ser educado para adquirir, além das virtudes comuns a todo homem de bem (sabedoria ou prudência, justiça, coragem e temperança), as virtudes próprias ao exercício de sua função (honradez ou disposição para manter os compromissos assumidos em qualquer circunstância, sendo leal até mesmo com seus inimigos, excluindo-se a fraude ou a simulação; magnanimidade ou grandeza e força de ânimo para se

⁸ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 6.

⁹ RIZZARDO, 2012, p. 360.

¹⁰ APPEL, Emmanuel *apud* PINHEIRO, Dirceu Gênis. *Lei de Improbidade Administrativa - aspectos processuais relevantes e os reflexos do julgamento final da Reclamação nº 2138 do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 08 set. 2013.

dedicar ao bem comum; liberalidade ou disposição para colocar sua riqueza a serviço do povo) ¹¹.

Trazendo a matéria em discussão, sob o ponto de vista de Platão, acrescenta:

No diálogo Leis, Platão defende que a finalidade da lei é tornar os cidadãos tão bons quanto for possível. Cabe então ao legislador, organizador da cidade e modelador de almas, produzir um sistema legal capaz de criar e de manter o caráter excelente dos cidadãos, para que pratiquem boas ações, convenientes para o bem da cidade. Por meio das leis, seria possível instaurar uma espécie de espírito coletivo que levasse a determinada disposição de caráter dos cidadãos própria ao convívio social¹².

Aristóteles “também defendeu que a conduta individual só poderá ser boa se orientada pelas leis da cidade, que só serão boas quando produzidas por bons legisladores¹³”.

Segundo Arnaldo Rizzardo, na ordem internacional, as ideias sobre o princípio da boa-fé administrativa, e mais da ordem administrativa e do dever da boa administração remontam à primeira metade do Século XX e se devem a alguns cultores do direito público, como Maurice Hauriou, Guido Falzone e Raffaele Resta. Segundo ele, as preocupações com a corrupção dos governos começaram a despontar na imprensa mundial na década que iniciou em 1970, nos Estados Unidos da América, com o famoso escândalo do *Watergate*, envolvendo espionagem promovida pelo então Presidente da República Richard Nixon. Seguiram-se mais fatos de propinas pagas a chefes de governos de outros países¹⁴.

Sobre a deterioração da moralidade administrativa, observava Francisco Bilac Moreira Pinto, no começo da década de 1960:

Desse mal estão padecendo hoje numerosos países do mundo e, para coibir esse vício indesejável que, se não for enérgica e prontamente combatido, poderá comprometer irremediavelmente as instituições democráticas do Ocidente, é que alguns líderes políticos se vêm empenhando em encontrar meios capazes de restaurar a decência e a austeridade nos setores governamentais atingidos, em proporções cada vez maiores, pela corrupção triunfante, que vem

¹¹ BARROS, Alberto Ribeiro *apud* LOBO, 2008, p. 280.

¹² BARROS *apud* LOBO, 2008, p. 280.

¹³ BARROS *apud* LOBO, 2008, p. 281.

¹⁴ RIZZARDO, 2012, p. 365.

possibilitando o enriquecimento ilícito de políticos e administradores desprovidos de senso moral¹⁵.

Por seu turno, Fábio Medina Osório destaca a Transparência Internacional, Organização Não Governamental (ONG) internacional que começa a atuar a princípios dos anos 90 - hoje considerada entre as maiores, senão a maior, nesse setor - faz uma pesquisa junto a organismos empresariais para captar a percepção a respeito dos níveis e graus de corrupção que existe nos países, aqui definida essa patologia – a corrupção – “como o uso indevido das atribuições públicas para obter benefícios privados”, definição, por si só, ampla e ambígua, capaz de abarcar desde as mais insignificantes até as maiores patologias imagináveis¹⁶.

Seguindo as lições de Arnaldo Rizzardo, no âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA, em 29.03.1996, na cidade de Caracas, foi criada a Convenção interamericana Contra a Corrupção – CICC, sendo o Brasil signatário, visando o combate aos atos de malversação de verbas públicas e à prática de corrupção ativa. Estabelece princípios que regem a administração proba. O objetivo primordial está em promover e fortalecer o desenvolvimento de mecanismos para a prevenção, descoberta e persecução da corrupção. Tende a congregar os Estados Americanos para debelar os atos vinculados ao exercício das funções públicas de desvios e mau emprego do dinheiro público¹⁷.

Sobre o conteúdo da Convenção, destaca Mateus Bertoni:

O texto da CICC vai além, ao indicar o atual vínculo da corrupção com o crime organizado e com o tráfico de entorpecentes, que dela se utilizam para tingir seus fins ilícitos, altamente deletérios para o homem e para a sociedade, assim como o novo e atual perfil da corrupção, que em muitos casos transcende as fronteiras do Estado nacional, para se alojar perversamente em mais de um território, independentemente de limites, o que exige postura diversa dos países atingidos, incapazes de enfrentá-la solitariamente. Se a globalização trouxe algum benefício para a sociedade, atraiu, certamente, problemas dentre os quais um dos mais graves, a corrupção transnacional, para a qual os instrumentos convencionais de controle previstos no âmbito dos Estados soberanos não têm

¹⁵ PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 16/17.

¹⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 28.

¹⁷ RIZZARDO, 2012, p. 366.

capacidade de enfrenta-la, o que é reconhecido no documento mencionado, ratificado pelo Brasil¹⁸.

Insta consignar os entendimentos de Fábio Medina Osório, em sua obra: Teoria da Improbidade Administrativa, que:

Todas as Constituições brasileiras republicanas (1891, art. 54, 6º; 1934, art. 57, f; 1937, art. 85, d; 1946, art. 89, V; 1967, art. 84, V, e EC 1/69, art. 82, V; 1988, art. 85, V) contemplaram a improbidade como crime de responsabilidade do Presidente da República e dos altos funcionários do Estado, o que não deixa de ser significativo e marcante, porque os ilícitos de responsabilidade, por atingirem o mais alto mandatário da nação, revestem-se de uma gravidade peculiar. A improbidade administrativa era, e é, um ilícito funcional de responsabilidade dos altos mandatários da nação, transparecendo sua gravidade e os valores que lhe são subjacentes. Não é novidade, pois, o *status* constitucional do dever de probidade, nem sua singular importância no direito brasileiro, visto que se trata de obrigação máxima do Presidente da República e dos altos mandatários da nação, com larga tradição no sistema constitucional. Essa espécie de constatação há de ser adequadamente valorada na teoria da improbidade¹⁹.

O enfoque de todas as Constituições Republicanas, desde 1891, salvo a de 1988, foi o da improbidade como fenômeno político-penal, sem destacar seu *nomen iure* como modalidade autônoma de ilícito, independentemente dos delitos de responsabilidade. Esse era o sentido terminológico que se emprestava à improbidade administrativa, tratada singularmente como improbidade, no âmbito constitucional precedente a 1988, mas somente *en passant* considerada também ilícito distinto do campo da responsabilidade política²⁰.

Por um lado, tratava-se o assunto pelo ângulo da responsabilidade dos altos mandatários da nação e, por outro, pelo enfoque penal, considerando os chamados crimes de responsabilidade na esfera do direito penal. Não era uma expressão usual na legislação infraconstitucional, porque não havia crimes contra a probidade na Administração Pública, como ocorre na França, por exemplo²¹.

O doutrinador Fábio Medina Osório continua sustentando que no plano estrito do direito administrativo, a improbidade administrativa era encarada como a desonra

¹⁸ BERTONCINI, Mateus. *Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 38.

¹⁹ OSÓRIO, 2013, p. 97.

²⁰ OSÓRIO, 2013, p. 99

²¹ NETTLE, Patricia Canales; CONNELLY, Thomas John; LOISEAU, Virginie *apud* OSÓRIO, 2013, p. 99.

no exercício das funções públicas, muito especialmente visualizada partindo do controle da vida privada dos agentes públicos. Nesse ponto, a improbidade administrativa poderia ser encarada desde um ângulo descentralizado e de direito disciplinar, uma espécie de direito administrativo sancionador descentralizado e fragmentário. É na Constituição Federal de 1988, portanto, que a improbidade administrativa foi tratada como ilícito de responsabilidade e ilícito extrapenal, num movimento inovador e desprendido da tradição constitucional. São duas definições distintas, diretamente inseridas na Constituição federal: a primeira seguindo a tradição das Constituições republicanas, denotando o fenômeno da responsabilidade dos altos mandatários do povo, ao passo que a segunda inaugurando uma inédita modalidade sancionadora, transcendendo os limites penais, intimamente ligada ao direito administrativo. Nada foi mencionado para além disso, silenciando a Constituição Federal a respeito da natureza da improbidade administrativa, ali no art. 37, § 4º, ou no art. 85, V, ambos da CF, neste último ressalvada a menção a crime de responsabilidade, o qual, por si só, suscita controvérsias autônomas²².

1.2 Conceito

A palavra improbidade tem origem latina *improbitate* e significa dentre outras coisas má-qualidade, desonestidade, falsidade, desonradez, corrupção. O vocábulo veio a ser adotado para adjetivar a conduta do administrador desonesto. Trata-se da conduta de um agente público que contraria as normas morais, a lei e os costumes, indicando falta de honradez e atuação ilibada no que tange aos procedimentos esperados da administração pública, seja ela direta, indireta ou fundacional, não se limitando apenas ao Poder Executivo.

Nada mais é do que o exercício público de função, esta no seu sentido mais amplo, sem a verificação dos princípios administrativos constitucionais básicos, restando descaracterizado o bom andamento e o respeito à coisa de todos, a *res publica*²³.

²² OSÓRIO, 2013, p. 99.

²³ ROSA, Alexandre e GUIZZO, Affonso *apud* VALENÇA, Danielle Peixoto. *Improbidade administrativa*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4008>>. Acesso em 09 set. 2013.

Sucintamente, *Chimenti, Capez, Rosa e Santos*, define o ato de improbidade como:

[...] o ilícito praticado em razão do exercício de funções públicas (cargos, empregos ou funções públicas). A improbidade corresponde, assim, ao uso indevido dos poderes ou funções atribuíveis ao Estado, seja porque importa o enriquecimento do agente ou de terceiro, seja porque causa dano ao Erário, ou porque significa desprestígio dos deveres a todos dirigidos²⁴.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, assevera “não ser fácil estabelecer a diferença entre moralidade administrativa e probidade administrativa”. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de **honestidade** na Administração Pública²⁵.

Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública²⁶.

A nosso ver, a moralidade contemplada no art. 37 da CF é gênero do qual a probidade é a espécie. Na primeira, tem-se o dever de imprimir à administração o dever ético, os valores, para a construção de uma sociedade justa e solidária, enquanto na segunda, tem-se os preceitos de honestidade e imparcialidade.

Conforme Marino Pazzaglini Filho:

é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo “tráfico de influência” nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos²⁷.

²⁴ CHIMENTI, Ricardo Cunha, *et al. Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 240.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 879. (grifo do autor).

²⁶ DI PIETRO, 2012, p. 879.

²⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 35.

Já Djalma Pinto qualifica a improbidade administrativa da seguinte forma:

Consiste a improbidade administrativa na atuação de forma desonesta do agente público ou do particular, respectivamente, no desempenho da função ou conduta em detrimento dos valores, juridicamente tutelados, expostos na lei que a disciplina²⁸.

Corroborando a necessidade de um mínimo de má-fé, Irene Patrícia Nohara discorre:

Apesar da previsão legal da culpa, além do dolo, na caracterização de improbidade, sobretudo no art. 10, que trata de lesão ao erário (e expressamente alude à conduta culposa), a jurisprudência e a doutrina têm exigido um mínimo de má-fé para a configuração do ato ímprobo, para que não seja punido sob este título eventual gestor inábil, mas honesto²⁹.

Por seu turno, José Afonso da Silva assevera 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 de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”. Cuida-se de uma imoralidade qualificada³⁰.

O STJ asseverou tal condição quando:

É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, 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, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito³¹.

²⁸ PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal – noções gerais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 326.

²⁹ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 241.

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. Ed. São Paulo, 2001, p. 653.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 480.387-SP. Ação de Improbidade Administrativa. Ausência de má-fé do administrador público. Recorrente: Antônio de Lucca Filho;

Na mesma senda, tem sido o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Improbidade é maldade, perversidade, corrupção, devassidão, desonestidade, falsidade, qualidade de quem atenta contra os princípios ou as regras da lei, da moral e dos bons costumes, com propósitos maldosos ou desonestos. Ausente essas características na inobservância formal do ordenamento, não há como aplicar pena por improbidade ao agente público³².

Marcelo Figueiredo discorre sobre sensível dificuldade doutrinária para se obter a fixação dos limites da improbidade:

[...] Desonestidade. No âmbito do Direito o termo vem sendo associado á conduta do administrador amplamente considerado. [...] Assim, genericamente, comete maus-tratos à probidade o agente público ou o particular que infringe a moralidade administrativa. A lei, como veremos, enumera e explicita situações tidas como violadoras da “probidade”. Parece ter circunscrito a punição aos atos e condutas lá estabelecidos. [...]³³.

Luiz Alberto Ferracini prossegue:

Entende-se por ato de improbidade a má qualidade, imoralidade, malícia. Juridicamente liga-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter³⁴.

Por isso, pode-se dizer que improbo é aquele que não age corretamente, que se vale da indecência, ferindo o regramento da lei e da moral.

Nesse sentido, aprofunda Francisco Octávio de Almeida Prado:

Probidade significa desonradez, honestidade. Improbidade é desonestidade, ausência de honradez. O termo que o constituinte se

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo; Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 16 de março de 2004. Publicado no DJ de 16/03/2004. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7329049/recurso-especial-resp-480387-sp-2002-0149825-2/inteiro-teor-13019530>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

³² BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 400.147-5/5 Auriflama, Relator: Desembargador José Renato Nalini, Publicado no Diário de Justiça em 15/8/2006. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUAJ/Editais-de-Eliminacao/Interior/Santo-Andre/EDITAL-52010-SANTO-ANDR.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

³³ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 47. (grifo do autor)

³⁴ FERRACINI, Luiz Alberto. *Improbidade Administrativa: teoria, prática e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Julex, 1997, p. 16.

serviu para designar a categoria de ilícito que se quis instituir tem carga significativa acentuada, que interfere profundamente com o elemento subjetivo das condutas configuradoras de improbidade administrativa. O elemento subjetivo é o vínculo psicológico, o nexo subjetivo que une o agente ao resultado. A improbidade pressupõe, sempre, um desvio ético na conduta do agente, a transgressão consciente de um preceito de observância obrigatória. Não deve, pois, existir ato de improbidade, ainda que de caráter omissivo, sem impulso subjetivo, sem propósito de violação de um dever jurídico – dever este tomado na sua acepção mais ampla, compreendendo tanto a transgressão direta à fórmula literal do preceito legal como a contrariedade vedada, que importa desvio em relação aos fins legais ou desatendimento aos motivos legalmente qualificados³⁵.

Acerca dos requisitos para configuração do ato de improbidade, leciona Alexandre de Moraes:

O ato de improbidade administrativa exige para a sua consumação um desvio de conduta do agente público, que, no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público, mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, como ocorre nas condutas tipificadas no art. 11 da Lei nº 8.429/92³⁶.

Conforme leciona Marcelo Figueiredo “entendemos que a probidade é espécie do gênero “moralidade administrativa” a que alude o art. 37, caput e seu § 4º da CF. O núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade administrativa, verdadeiro norte à Administração em todas as suas manifestações³⁷”.

Consoante Sérgio Monteiro Medeiros:

É a conduta comissiva ou omissiva do agente público (servidor público ou pessoa a ele equiparada, na forma da Lei de Improbidade Administrativa), ou deste com a participação ou em benefício de terceiro que, desvirtuando as regras de atuação ética, legal e moral estabelecidas na sociedade, pratica maus-tratos aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência ou moralidade administrativa, com ênfase para este último, acarretando, ou não, enriquecimento ilícito para os seus autores, eventualmente por meio de desfalque ao erário público³⁸.

³⁵ PRADO, Francisco Octávio de Almeida *apud* RIZZARDO, 2012, p. 354.

³⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 385.

³⁷ FIGUEIREDO, 2009, p. 47/48.

³⁸ MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de Improbidade Administrativa: comentários e anotações jurisprudenciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 10.

Como se vê, ainda sob pena de se tornar repetitivo, ilegalidade não é sinônimo de improbidade e o fato de ter ocorrido um ato funcional ilegal, por si só, não configura ato de improbidade administrativa.

Para corroborar o alegado, Marino Pazzaglini Filho, de forma mais clara e incisiva conclui que:

A conduta ilícita do agente público para tipificar ato de improbidade administrativa deve ter esse traço comum ou característico de todas as modalidades de improbidade administrativa: desonestidade, má-fé, falta de probidade no trato da coisa pública³⁹.

Interessante observação feita por eminente Wallace Paiva Martins Júnior, quando assevera, em relação ao vício de imoralidade administrativa, que para caracterizar a improbidade, deve haver a prova cabal de inabilitação moral e do desvio ético de conduta do agente público. Requer, portanto, uma especial conceituação do ato e seus efeitos, ou seja, uma certa qualificação para tanto.

Nas suas significativas lições, afirma:

A improbidade administrativa revela-se quando o agente público rompe com o compromisso de obediência aos deveres inerentes à sua função, e essa qualidade é fornecida pelo próprio sistema jurídico através de seus princípios e de suas normas das mais variadas disciplinas. Improbidade administrativa, em linhas gerais, significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os deveres do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial. A partir desse comportamento, desejado ou fruto de incúria, desprezo, falta de precaução ou cuidado, revelam-se a nulidade do ato por infringência aos princípios e regras, explícitos ou implícitos, de boa administração e o desvio ético do agente público e do beneficiário ou partícipe, demonstrando a inabilitação moral do primeiro para o exercício de função pública⁴⁰.

Para Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

³⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 4.

⁴⁰ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 113.

Não obstante a dificuldade na conceituação da improbidade administrativa, o termo pode ser compreendido como o ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas e provadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios que regem a Administração Pública⁴¹.

Ainda, Gregório Assagra de Almeida discorre que há uma

(...) sensível dificuldade doutrinária em fixar a limitação do conceito de improbidade, sustentando que, genericamente, comete improbidade o agente público ou o particular que infringe a moralidade administrativa. Ciente dessa dificuldade, o legislador pátrio, sabiamente, optou por estabelecer de forma não exaustiva o rol dos atos administrativos que deverão ser considerados atos de improbidade administrativa⁴².

Sobre a amplitude do conceito de improbidade, assevera Arthur Mendes Lobo:

“nesse diapasão, o ato de improbidade também se caracteriza quando, embora o agente não tenha intenção de lesar, deixa de observar o dever de cuidado com a *res publica*, inclusive quando se mostra desidioso com a boa imagem da administração pública⁴³”.

O respeito à moral é uma característica básica que deve ser observada por todos aqueles que se relacionam com o Estado, especialmente os agentes públicos que possuem o dever jurídico de atuar com probidade. Trata-se de uma decorrência lógica da própria exigência de boa-fé no âmbito da Administração Pública, uma vez que, no ensinamento clássico de Ruy Cirne Lima, “o Estado não é uma entidade amoral, nem utiliza para seu governo uma moral distinta da dos indivíduos⁴⁴”.

Destaca-se, portanto, na visão de Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira, que a improbidade administrativa não se confunde com a imoralidade administrativa. O conceito normativo de improbidade é mais amplo

⁴¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Método, 2012, p. 9.

⁴² ALMEIDA, Gregório Assagra de *apud* LOBO, 2008, p. 284.

⁴³ LOBO, Arthur Mendes. *A ação prevista na lei de improbidade administrativa – competência, legitimidade, interesse de agir e outros aspectos polêmicos*. *Revista Argumenta*, Paraná, 2008. p. 285; Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/issue/view/9>>. Acesso em 09 set. 2013.

⁴⁴ NEVES; OLIVEIRA, 2012, p. 6.

que aquele mencionado no léxico. A imoralidade acarreta a improbidade, mas a recíproca não é verdadeira. Vale dizer: nem todo ato de improbidade significa violação ao princípio da moralidade⁴⁵.

1.3 Evolução Legislativa

No ordenamento jurídico brasileiro, o primeiro diploma que previu sanções, como a perda do patrimônio, para os atos de enriquecimento ilícito e lesivos ao Poder Público, foi o Decreto n.º 3.240, de 8.05.1941⁴⁶.

Já o Código Penal Brasileiro de 1940 (Decreto-lei 2.848 de 07 de Dezembro de 1940) contempla tipos delituosos que envolvem práticas contra o patrimônio público, sendo exemplos o peculato, a concussão, a corrupção passiva, a prevaricação, dentre outras espécies. Os estatutos penais que regulam as diversas categorias de funcionários públicos sempre inseriram regras bastante rígidas sobre a conduta relativamente ao patrimônio público.

No plano constitucional, a Constituição da República de 1891 definia em seu artigo 54⁴⁷, como crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentassem contra a probidade da administração. A Carta de 1934, no art. 57, letra "f"⁴⁸, enquadrava como de responsabilidade os atos do presidente da república, definidos em lei, que pudessem se enquadrar como de improbidade. A Constituição de 1937 previa regras sobre a moralidade administrativa, a integridade do erário e continha punições aos crimes de responsabilidade contra a probidade administrativa.

⁴⁵ NEVES; OLIVEIRA, 2012, p. 7.

⁴⁶ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.240, de 8 de maio de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De13240.htm>. Acesso em: 08 out. 2013.

⁴⁷ Art. 54 – São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra: 1º) a existência política da União; 2º) a Constituição e a forma do Governo federal; 3º) o livre exercício dos Poderes políticos; 4º) o gozo, e exercício legal dos direitos políticos ou individuais; 5º) a segurança interna do País; 6º) a probidade da administração; 7º) a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos; 8º) as leis orçamentárias votadas pelo Congresso. § 1º - Esses delitos serão definidos em lei especial. § 2º - Outra lei regulará a acusação, o processo e o julgamento. § 3º - Ambas essas leis serão feitas na primeira sessão do Primeiro Congresso. (BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso 08 out. 2013).

⁴⁸ Art 57 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República, definidos em lei, que atentarem contra: [...]; f) a probidade da administração (BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em 08 out. 2013).

Seguiu-se a Constituição de 1946, em cujo art. 141, § 31⁴⁹, inseriu importante regra de punição contra atos de improbidade.

Na Constituição de 1967, com as alterações das Emendas n.ºs 1/69 e 11/78, o art. 153, § 11⁵⁰, assinalava que “a lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício da função pública”.

Duas leis ordinárias despontaram na concretização das normas constitucionais previstas na Lei: a Lei n.º 3.164, de 1º de julho de 1957 (a chamada Lei Pitombo – Godói Ilha), que previa o sequestro e a perda dos bens do servidor público, desde que adquiridos por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, desde que verificado o enriquecimento ilícito, sem prejuízo de responsabilidade criminal pelas infrações que o agente tenha incorrido; e a lei n.º 3.502, de 21 de dezembro de 1958 (Lei Bilac Pinto), que trazia o conceito de servidor público⁵¹, e definia hipóteses de enriquecimento ilícito (arts. 2º e

⁴⁹ Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]§ 31 - Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica. (BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em 08 out. 2013).*

⁵⁰ Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 11º Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, nos termos que a lei determinar. Esta disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta (BRASIL. *Emenda Constitucional n. 01 de 17 de outubro de 1969. Os ministros da marinha de guerra, do exército e da aeronáutica militar, usando das atribuições que lhes confere o artigo 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968[...]* Brasília, 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 08 out., 2013).

⁵¹ Art. 1º, § 1º “A expressão “servidor público” compreende todas as pessoas que exercem na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos municípios, quaisquer cargos, funções ou empregos, civis ou militares, quer seja eletivos quer de nomeação ou contrato, nos órgãos dos Poderes Executivos, Legislativo ou Judiciário”. (BRASIL. *Lei n. 3.502 de 21 de dezembro de 1958. Regula o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influencia ou abuso do cargo ou função. (confisco de bens). Legislação complementar ao código penal (del 2848, 07/12/1940). Brasília, 21 de dezembro de 1958. Revogada pela Lei n. 8.429 de 02 de fevereiro de 1992. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=3502&tipo_norma=LEI&data=19581221&link=s>. Acesso em 08 out. 2013)*

4º, parágrafo único)⁵² por influência ou abuso do cargo ou função, estabelecia a legitimidade para a ação de responsabilidade civil e regulava o perdimento dos bens do funcionário da administração direta e indireta, sempre que verificado o enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo de confiança. No entanto, revelando a fragilidade da regulamentação, sequer contemplava destacadamente as situações reveladoras de lesão ao erário e nem previa sanções fortes para as condutas lesivas aos princípios e deveres administrativos⁵³.

A Lei n.º 3.164/57 representou o diploma que veio de forma específica, pela primeira vez, para combater a improbidade. Lembra Waldo Fazzio Júnior:

Desde a proclamação da República (1889), apenas em 1957 o direito brasileiro voltou seus olhos, com seriedade, para o uso indevido da Administração Pública. É flagrante, nesse lapso de mais de meio século, o distanciamento entre o débil tratamento jurídico das disfunções administrativas patrocinadas pela improbidade de agentes públicos e o cotidiano do gerenciamento da *res publica*, etiquetado com a impunidade e impregnado por diversos *ismos* negativos⁵⁴.

⁵² O artigo 2º afirma: “Constituem casos de enriquecimento ilícito, para fins desta lei: a) a incorporação ao patrimônio privado, sem as formalidades previstas em lei, regulamentos, estatutos ou em normas gerais e sem a indenização correspondente, de bens ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no artigo 1º e seus parágrafos; b) a doação de valores ou bens do patrimônio das entidades mencionadas no artigo 1º e seus parágrafos a indivíduos ou instituições privadas, ainda que de fins assistenciais ou educativos, desde que feita sem publicidade e sem autorização prévia do órgão que tenha competência expressa para deliberar a esse respeito; c) o recebimento de dinheiro, de bem móvel ou imóvel, ou de qualquer outra vantagem econômica, a título de comissão, percentagem ou presente; d) a percepção e vantagem econômica por meio de alienação de bem móvel ou imóvel, por valor sensivelmente superior ao corrente mercado ou ao seu valor real; e) a obtenção de vantagem econômica por meio de aquisição de bem móvel ou imóvel por preço sensivelmente inferior ao corrente mercado ou ao seu valor real; f) a utilização em obras ou serviços de natureza privada de veículos, máquinas e materiais de qualquer natureza de propriedade da União, Estado, Município, entidade autárquica, sociedade de economia mista, fundação de direito público, empresa incorporada ao patrimônio da União ou entidade que receba e aplique contribuições parafiscais e, bem assim, a dos serviços de servidores públicos, ou de empregados e operários de qualquer dessas entidades. (...) Art. 4º O enriquecimento ilícito definido nos termos desta lei, equipara-se aos crimes contra a administração e o patrimônio público, sujeitando os responsáveis ao processo criminal e à imposição de penas, na forma das leis penais em vigor. Parágrafo único. É igualmente enriquecimento ilícito o que resultar de: a) tolerância ou autorização ou ordem verbal, escrita ou tácita, para exploração de jogos de azar ou de lenocínio; b) declaração falsa em medição de serviços de construção de estradas ou de obras públicas, executadas pelo Poder Público ou por tafeiros empreiteiros, subempreiteiros ou concessionários; c) declaração falsa sobre quantidade, peso, qualidade ou características de mercadorias ou bens entregues a serviço público, autarquia, sociedade de economia mista, fundação instituída pelo Poder Público, empresa incorporada ao patrimônio público ou entidade que receba e aplique contribuições parafiscais ou de qualquer dêles recebidas” (BRASIL, *Lei n. 3.502 de 21 de dezembro de 1958*. Revogada pela Lei 8429 - 02/06/1992 D.O. 03/06/1992. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%203.502-1958?OpenDocument>. Acesso em 08 out. 2013).

⁵³ RIZZARDO, 2012, p. 361/362.

⁵⁴ FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 51.

A Lei Bilac Pinto, previa mais as figuras penais que levam à obtenção de vantagem ilícita, como está no seu art. 4º:

O enriquecimento ilícito definido nos termos desta lei equipara-se aos crimes contra a administração e o patrimônio público, sujeitando os responsáveis ao processo criminal e à imposição de penas, na forma das leis penais em vigor⁵⁵.

Na vigência da CF/67, foi editado o Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968 o qual, previu que podia o Presidente da República, “após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis”.

Parece-nos arbitrária a norma supra citada, havendo exacerbamento do jus puniendi estatal, ferindo os preceitos democráticos da justiça e igualdade, democracia, bem como dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Esse confisco, previsto pelo art. 8º do Ato Institucional n.º 5, de 1.968⁵⁶, foi disciplinado pelo Ato Complementar nº 42/69 e pelo Dec.-lei nº 359/68, coexistindo com as medidas previstas pelas Leis n.º 3.164/57 e 3.502/58. O AI nº 5, de 1968, foi revogado com a edição da Emenda Constitucional nº 11 de 1.978.

No tocante à legitimidade ativa, o art. 5º da lei 3.502/1958 considerava legitimados para propositura da ação de improbidade administrativa os entes da Administração Pública Direta (União, Estados Distrito Federal e Municípios) e Indireta (autarquias, estatais e fundações), bem como as empresas incorporadas ao patrimônio do Estado e as entidades privadas que recebiam e aplicavam contribuições parafiscais. Não obstante a omissão do novo diploma legal, a legitimidade ativa do Ministério Público e de qualquer pessoa do povo encontrava fundamento no art. 1º, § 2º⁵⁷, da Lei 3.164/1957⁵⁸.

⁵⁵ RIZZARDO, 2012, p. 362.

⁵⁶ BRASIL. *Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 08 out. 2013.

⁵⁷ Art. 1º São sujeitos a sequestro e à sua perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprêgo em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquêle incorrido. § 1º – As medidas prescritas neste artigo serão decretadas no juízo civil, observadas as disposições da lei processual. § 2º – O processo será promovido por iniciativa do Ministério Público ou de qualquer

Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira asseveram que, em seguida ao Ato Institucional 5/1968, o Decreto-lei 359/1969 foi editado para instituir no Ministério da Justiça a Comissão Geral de Investigações, com a incumbência de:

Promover investigações sumárias para o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, da União, dos estados, do Distrito federal, dos territórios ou dos Municípios, inclusive de empregos das respectivas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista⁵⁹.

A CF/88 inseriu no art. 5º, *caput* e LXXIII⁶⁰ matéria relativa à improbidade administrativa, bem como no art. 37, *caput* e § 4º, este último regulamentado pela Lei n.º 8.429/92, que expressamente revogou as Leis nº 3.164/57 e 3.502/58.

Estabelece o art. 37, *caput*, da CF, que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá, além de outras condições, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A última e vigente *Lex Mater*, em seu art. 37, § 4º, trazendo substanciais mudanças, ampliou o controle dos atos administrativos e deu mais extensão ao sentido de improbidade, com graves cominações no seu combate:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos

peessoa do povo. Art. 2º A extinção da ação penal ou a absolvição do réu incurso nos crimes capitulados no Título XI da Parte Especial do Código Penal ou em outros crimes funcionais, de que resulte locupletamento ilícito, não excluirá a incorporação à Fazenda Pública dos bens de aquisição ilegítima, ressalvado o direito de terceiros de boa fé. (BRASIL. *Lei nº. 3.164 de 01 de junho de 1957*. Revogada pela Lei 8429 - 02/06/1992 D.O. 03/06/1992. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/Lei%203.164-1957?OpenDocument>. Acesso em: 08 out. 2013.

⁵⁸ PINTO, Francisco Bilac Moreira *apud* NEVES; OLIVEIRA, 2012, p. 12.

⁵⁹ NEVES; OLIVEIRA, 2012, p. 13.

⁶⁰ 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: [...]LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 08 out. 2013).

bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível⁶¹.

Nas valiosas e sempre atuais lições de Hely Lopes Meirelles, acerca da responsabilidade dos servidores públicos, constam que:

A responsabilidade e a punição dos servidores públicos fazem-se por meios internos e externos. Aqueles abrangem o processo administrativo disciplinar e os meios sumários, com a garantia do contraditório e da ampla defesa; estes compreendem os processos judiciais, civis e criminais⁶².

Sob o aspecto constitucional, outros dispositivos também abarcaram a ideia da improbidade administrativa, senão vejamos rol de diversos dispositivos normativos, além dos já citados, que tratam da matéria concernente à improbidade administrativa na Carta de 88:

- a) no art. 5º, LXXIII, dispõe que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.
- b) No art. 15, V, estabelece que é vedada a cassação dos direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de “improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”;
- c) No art. 37, § 5º, contempla a imprescritibilidade da ação civil pública contra atos de improbidade administrativa, relativamente ao dever de reparação dos prejuízos causados ao erário, ao dispor que “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”;
- d) No art. 129, III, confere poderes do Ministério Público para a prevenção e o combate à corrupção administrativa, institucionalizando o inquérito civil e atribuindo-lhe poderes para o ajuizamento de ações civis públicas contra os atos de improbidade administrativa.⁶³

As Leis n.º 3.164/57 e n.º 3.502/58, deste o seu nascedouro, não tiveram uma real efetividade prática, mesmo após terem sido recepcionadas pela Constituição de 1988. Era necessário um instrumento legal mais duro e de medidas drásticas,

⁶¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil De 1988*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08 out. 2013.

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 475.

⁶³ REMÉDIO, 2012, p. 482/483.

desenvolvendo-se os movimentos sociais e políticos para impor uma nova ordem. Bem retrata George Sarmento os momentos da formação da lei n.º 8.429/92:

Em 14 de agosto de 1991, o presidente Fernando Collor de Mello encaminhou à Câmara dos Deputados a Mensagem n.º 406/91, contendo a proposição do Executivo. O Projeto de lei recebeu o número 1.446/91 e foi relatado pelo Deputado Nelson Gibson. Embora apresentada à mídia como uma iniciativa inovadora, a proposta não passava de uma atualização superficial da Lei Bilac Pinto.

Aproveitando o interesse do Governo federal em disciplinar a matéria, os deputados José Dutra, Carlos Alberto Campista e o Senador Pedro Simon apresentaram substitutivos que modificaram radicalmente o perfil inicial do Projeto de lei. Em menos de um ano, a matéria foi aprovada, nascendo daí a lei n.º 8.429/92, bem mais avançada que a Lei Pitombo-Godói Ilha e a Lei Bilac Pinto, ambas revogadas por ela⁶⁴.

A Lei n.º 8.429/92, de 02.06.92, “dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional⁶⁵”.

O Decreto n.º 4.410, de 07/10/02⁶⁶, promulgou a Convenção Interamericana contra a Corrupção – CICC, (Convenção da OEA)⁶⁷, a qual tem o objetivo de

⁶⁴ SARMENTO, George. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 59.

⁶⁵ BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992*. Rio de Janeiro, 2 de junho de 1992; 171º da Independência e 104º da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 06 nov. 2013.

⁶⁶ O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, Considerando que o Congresso Nacional aprovou por meio do Decreto Legislativo no 152, de 25 de junho de 2002, o texto da Convenção Interamericana contra a Corrupção, adotada em Caracas, em 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso "c"; Considerando que a Convenção entrou em vigor, para o Brasil, em 24 de agosto de 2002, nos termos de seu artigo XXV; DECRETA: Art. 1º A Convenção Interamericana contra a Corrupção, adotada em Caracas, em 29 de março de 1996, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". (Redação dada pelo Decreto nº 4.534, de 19.12.2002) Art. 2o São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. (BRASIL. *Decreto nº 4.410, de 07 de outubro de 2002*. Brasília, 7 de outubro de 2002; 181º da Independência e 114º da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em: 08 out. 2013).

⁶⁷ OS ESTADOS MEMBROS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, CONVENCIDOS de que a corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas e atenta contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos; CONSIDERANDO que a democracia representativa, condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região, exige, por sua própria natureza, o combate a toda forma de corrupção no exercício das funções públicas e aos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício; [...] e DECIDIDOS a envidar todos os esforços para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas e nos atos de corrupção especificamente vinculados a seu

promover e fortalecer, nos países signatários, os mecanismos necessários para ajudar a prevenir, detectar e punir a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício⁶⁸. Além disso, destacam-se os propósitos da Convenção, atos de corrupção, o suborno transnacional, o enriquecimento ilícito, as medidas preventivas e a forma da denúncia.

A Convenção Interamericana contra a corrupção foi passo significativo como mecanismo internacional de combate à corrupção, interessada e objetivando a prevenção e punição desse vício que macula os atos e funções públicas, engessa a Administração Pública e trava a capacidade administrativa do Estado de prover à coletividade dos serviços que tanto necessita. Ela tem como precípua objetivo o pleno desenvolvimento integral dos povos, condição indispensável para a estabilidade, reforçando assim, a vitalidade das instituições democráticas.

exercício, CONVIERAM em assinar a seguinte CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO. (BRASIL. *Convenção Interamericana Contra a Corrupção de 29 de março de 1996*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/oea/convencao/arquivos/convencao.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2013).

⁶⁸ BRASIL. *Controladoria Geral da União – CGU*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/oea/>>. Acesso em: 08 out. 2013.

2 NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DIFUSOS

A ação de improbidade administrativa prevista na Lei nº 8.429, de 02.06.92, possui natureza jurídica controvertida, assim como tem como objeto a proteção de direitos difusos, consubstanciado na preservação do patrimônio público, da moralidade e da honestidade administrativas.

A respeito da natureza jurídica, Arnoldo Wald e Rodrigo Garcia da Fonseca asseveram que:

A Lei nº 8.429/92 nada diz sobre a competência para a apreciação das ações que prevê. [...] Já se disse acima, e é inegável, que a chamada ação de improbidade administrativa tem cunho civil (ressalvados, obviamente, os aspectos criminais da Lei nº 8.429/92, a serem perseguidos em ação penal própria, que não se confunde com a ação civil de improbidade, aqui abordada). Objetiva precipuamente a reparação do dano sofrido pelo patrimônio público em virtude do ato de improbidade impugnado, e a punição dos responsáveis [...]. Tais características, no entanto, fazem da ação de improbidade administrativa uma ação civil de forte conteúdo penal, e com inegáveis aspectos políticos. Este caráter claramente punitivo da ação de improbidade administrativa traz sérios questionamentos quanto à competência para o seu julgamento em determinadas situações⁶⁹.

Diverge desse entendimento Fábio Konder Comparato, segundo o qual:

Se, por conseguinte, a própria Constituição distingue e separa a ação condenatória do responsável por atos de improbidade administrativa às sanções por ela expressas, da ação penal cabível, é, obviamente, porque aquela demanda não tem natureza penal⁷⁰.

Não havendo confusão entre a parte penal da disposição contida no art. 37 e seu parágrafo, da CF, Arthur Mendes Lobo bem analisa e dispõe que:

Verificamos que a parte final do art. 37, § 4º, da Constituição da República, realmente distingue a ação de improbidade da ação

⁶⁹ WALD, Arnoldo; e FONSECA, Rodrigo Garcia da. *Ação de Improbidade Administrativa*. Revista de Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, a. 6, n. 11, p. 73/74, jan./dez. 2002. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti_arnold_rodrigo.pdf>. Acesso em 08 out. 2013.

⁷⁰ COMPARATO, Fábio Konder *apud* LOBO, 2008, p. 287.

penal, já que ressalva a possibilidade desta última ser proposta independentemente da primeira, a qual passa a ter um nítido caráter extra-penal. Senão vejamos:

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

Entendemos, portanto, que assiste razão à segunda opinião, visto que a tão só gravidade das sanções previstas na Lei nº 8.429/92 não basta para que se lhe atribua a natureza criminal⁷¹.

Sobre a natureza civil da ação de improbidade, a questão da responsabilização do servidor público, dada a compatibilidade com a Constituição Federal de 88, assevera Alexandre de Moraes:

*A natureza civil dos atos de improbidade administrativa decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula "...sem prejuízo da ação penal cabível"*⁷².

Objetivando findar a discussão havida quanto à natureza da ação civil de improbidade, Lobo acentua:

Parece-nos mais acertado, destarte, afirmar que a ação de improbidade é uma ação civil, cujo objeto de direito material vem a ser um misto de responsabilidade civil e administrativa, ficando a responsabilidade criminal reservada à ação penal. Portanto, a ação de improbidade administrativa tem natureza civil e coletiva, já que tutela a probidade administrativa, que é um interesse difuso de toda a sociedade⁷³.

Sob o aspecto jurisprudencial e a pacificação da discussão acerca da natureza da ação de improbidade, assevera Nohara:

Já se firmou na jurisprudência o posicionamento de que a ação judicial cabível para apurar e punir atos de improbidade possui natureza de ação civil pública. Assim, cabe a aplicação, no que não contrariar a lei de improbidade, da Lei nº 7.347/95⁷⁴.

⁷¹ LOBO, 2008, p. 287.

⁷² MORAES, 2012, p. 386. (grifo do autor)

⁷³ LOBO, 2008, p. 287.

⁷⁴ NOHARA, 2011, p. 241.

Analisemos a disposição constitucional:

São funções institucionais do Ministério Público: [...] III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos⁷⁵.

Ora se cominada a incumbência da tutela do patrimônio público e social através da ação civil pública, e procedendo-se à defesa mediante a ação de improbidade, resta silogisticamente correto concluir que a ação civil para tanto se enquadra como pública, com todas as prerrogativas e os instrumentos próprios da Lei n.º 7.347⁷⁶.

A tese defensiva dessa corrente tem como respaldo o consolidado na Súmula n.º 329 do STJ: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público⁷⁷”.

Nessa visão, manifesta-se Sérgio Ferraz:

Não obstante haja vozes divergentes, parece-nos clara a natureza civil da ação de improbidade administrativa, e assim o que textualmente a lei. Não a desnaturam sequer as copiosas e severas cominações aplicáveis na forma do art. 12 da Lei n.º 8.429, de 1992. Na gênese de toda a tipologia do ilícito e de sua sanção se encontra sempre um ato administrativo gerador de proveito para seu agente ou para terceiro, em detrimento do patrimônio público ou dos princípios regedores da administração pública⁷⁸.

Contudo, ensina-nos José Antonio Remédio que é admissível a ação civil pública prevista na Lei 7.437/85, com fundamento na Lei 8.429/92⁷⁹, havendo porém, algumas especificidades em relação à ação civil por improbidade prevista na

⁷⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil De 1988*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 dez. 2013.

⁷⁶ RIZZARDO, 2012, p. 367.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 329. Enunciado: O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público. Brasília 02 de agosto de 2006. Publicado no DJ 10/08/2006 p. 254. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=sumula+329&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 08 out. 2003.

⁷⁸ FERRAZ, Sérgio *apud* RIZZARDO, 2012, p. 368.

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 1.015.498-SC. Processual Civil. Ação Civil Pública. Ato de Improbidade Administrativa. Compatibilidade. Relator Ministro Castro Meira. Brasília, 15 de abril de 2008. Publicado no DJ de 30/04/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=000322930>>. Acesso em 20 nov. 2013.

Lei 8.429/92, quando comparada à ação civil pública regrada exclusivamente pela Lei 7.347/85:

- a) O rol de legitimados ativos do art. 5º da Lei 7.347/85 não se aplica integralmente à ação civil por improbidade, já que para ação prevista na Lei 8.492/92 estão legitimados apenas o Ministério Público e a pessoa jurídica lesada;
- b) A condenação, no caso de ação civil por improbidade, não se reverte para o Fundo de que trata o art. 13 da Lei 7.347/85, mas para o patrimônio da pessoa jurídica lesada;
- c) A lei 7.347/85 prevê a transação e a celebração de compromisso de ajustamento de conduta pelos órgãos públicos (art. 5º, § 6º), ao passo que a Lei 8.492/92 veda a transação, acordo ou conciliação nas ações por improbidade administrativa (art. 17, § 1º);
- d) A Lei 8.429/92, embora contemple o rito ordinário, dispõe sobre algumas especificidades aplicáveis exclusivamente à ação de improbidade (art. 17, caput e §§ 7º a 11), o que não se verifica em relação à ação civil pública regida pela Lei 7.347/85⁸⁰.

Seguindo seus ensinamentos, confusão deve ser evitada no momento em que abarcamos posição exarada pelo STJ, fazendo-se necessária distinção entre a ação de improbidade ora tratada no art. 17 da Lei 8429/92 com a ação de responsabilidade civil voltada à anulação de atos administrativos e seu respectivo ressarcimento. Isso porque a primeira representa a repressão de atos de improbidade, aplicando-se, por conseguinte, as sanções político-civis aos responsáveis pelos atos a serem estudados em capítulo próprio, enquanto que a segunda trata de situações de natureza civil comum, através de meios processuais outros⁸¹.

Assim sendo, encerra José Antonio Remédio⁸²:

O procedimento especialíssimo estabelecido na Lei 8.429/92, que prevê um juízo de delibação para recebimento da petição inicial (art. 17, §§ 8º e 9º), precedido de notificação do demandado (art. 17, §

⁸⁰ REMÉDIO, 2012, p. 509/510.

⁸¹ REMÉDIO, 2012, p. 510.

⁸² REMÉDIO, 2012, p. 510.

7º), somente é aplicável para ações de improbidade administrativa típicas, e não às demais ações⁸³.

Vejam os a legislação em comento:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

[...] §7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 9º Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)⁸⁴.

Em sentido semelhante, o STJ decidiu que:

Não figurando no polo passivo qualquer agente público, não há como o particular figurar sozinho como réu em ação de improbidade administrativa⁸⁵, cabendo ao Ministério Público, no caso, ingressar com ação civil pública comum objetivando o ressarcimento dos eventuais prejuízos causados ao patrimônio público^{86 87}.

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. Recurso Especial nº 1.163.643-SP. Administrativo. Processo Civil. Concessão Irregular De Vantagens A Servidores Públicos. Ação De Responsabilidade Civil, Com Pedido de Anulação dos Atos Concessivos e de Ressarcimento dos Danos. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 24 de março de 2010. Publicado no DJe de 30/03/2010, vol. 218 p. 131. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=000382825>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

⁸⁴ BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em 08 out. 2013.

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.181.300-PA. Processo Civil. Ação de Improbidade. Polo Passivo. Pertinência Subjetiva Passiva. Relator Ministro Castro Meira. Brasília, 14 de setembro de 2010. Publicado no DJe de 24/09/2010.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 1.155.992-PA. Processual Civil. Administrativo. Réu Particular. Ausência de Participação Conjunta de Agente Público no Pólo Passivo da Ação de Improbidade Administrativa. Impossibilidade. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, 23 de março de 2010. Publicado no DJe de 01/07/2010, vol. 411 p. 373. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=000392261>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

⁸⁷ REMÉDIO, 2012, p. 510.

Em uma interpretação superficial, pode até concluir-se que a ação de improbidade é mista ou tenha natureza penal. Isso se levarmos em consideração, numa análise diferenciada, de que da Lei 8429/92 consta: o Capítulo III tem como título “Das penas”, enquanto o Capítulo VI trata “Das disposições penais”. O art. 17, § 7º, prevê uma fase preliminar de recebimento da petição inicial sob o crivo do contraditório, o que é típico do procedimento penal previsto para os crimes funcionais, pois neste também há previsão de fase preliminar de notificação dos demandados para oferecimento, se quiserem os envolvidos, de defesa prévia ao recebimento da denúncia, conforme disposto no Código de Processo Penal.

Apenas para fomentar a discussão trazida quanto à natureza da ação, o mesmo dispositivo, em seu § 12, prevê a aplicação das regras consagradas no art. 221, *caput* e § 1º, do CPP nos depoimentos e inquirições⁸⁸.

Não obstante a realidade legislativa descrita, a doutrina, de forma amplamente majoritária, entende que a ação de improbidade administrativa tem natureza civil⁸⁹. É no mesmo sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁹⁰. Como lembra a melhor doutrina, o art. 37, § 4º, da CF, ao prever as sanções imputáveis ao ato de improbidade administrativa, expressa que sua aplicação em ação específica para tal fim não prejudica a ação penal, o que permite a conclusão de não ter a ação de improbidade administrativa natureza penal⁹¹.

Corroboro com o entendimento acima, no sentido de que a ação de improbidade administrativa é ação civil, pois advém de lei com previsões próprias. O que se vê, é uma controvérsia e também uma grande preocupação doutrinária em atribuir nome ou qualificativo a ação civil que tem por objeto imediato declarar o ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito (art. 9º), ou causando prejuízo ao Erário (art. 10), ou atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 11) e, comprovada sua existência, a condenação dos

⁸⁸ BRASIL. *Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941*. Rio de Janeiro, em 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 08 out. 2013.

⁸⁹ FERRAZ, Sérgio *apud* NEVES; OLIVEIRA, 2012, p. 123.

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Habeas Corpus nº 50.545/AL. Criminal. Hc. Improbidade Administrativa. Ação de Natureza Civil. Ausência de Risco à Liberdade de Locomoção. Impropriedade do Writ. Ordem não Conhecida. Relator Ministro Gilson Dipp. Brasília, 15 de agosto de 2006. Publicado no DJ de 04/09/2006, p. 298. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn='000273554>>. Acesso em 15 dez. 2013.

⁹¹ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê *apud* NEVES; OLIVEIRA, 2012, p. 124.

sujeitos passivos adiante estudados às sanções de natureza política, administrativa e civil previstas na LIA.

Para Marino Pazzaglini Filho, “parece-nos menos adequada a denominação “ação civil pública”, pois tradicionalmente designa a ação, disciplinada pela Lei n.º 7.347/85, de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (v.g., defesa das pessoas portadoras de deficiência, das crianças e adolescentes, dos investidores no mercado de valores imobiliários); e por infração da ordem econômica e da economia popular, enquanto a tutela do interesse difuso da probidade administrativa é regida pela LIA, que apresenta procedimento especial e objeto diverso daquela⁹².

O autor, reforçando a tese empenhada, cita a ressalva feita por Francisco Octávio de Almeida Prado:

Seu objeto imediato é a declaração da existência de um ato de improbidade administrativa tipificado em lei. Seu objeto mediato é o ressarcimento do dano, o perdimento de bens, o pagamento de multa civil, a perda da função pública, a suspensão de direitos políticos ou, ainda, a proibição de contratar e de receber benefícios ou incentivos. Já, a ação civil pública regida pela Lei 7.347, de 1985, é procedimento especial que tem como objeto imediato o direito à proteção de valores específicos prefigurados pelo legislador, que são, respectivamente, o meio ambiente, os direitos do consumidor, a integridade do patrimônio cultural e natural, outros interesses difusos e coletivos, bem como a ordem econômica. Seu objeto mediato será a reparação pecuniária, em favor de um fundo especial, ou a imposição de obrigação de fazer ou não fazer⁹³.

Cita também Arnold Wald, um dos responsáveis pela atualização do livro Mandado de segurança, ação popular [...], de Hely Lopes Meirelles, também sustentando essa posição:

Ainda que se entendesse estar a probidade administrativa incluída dentre os direitos difusos e coletivos da sociedade, por ser a moralidade um princípio básico e genérico da Administração Pública, consagrado expressamente no art. 37 da CF, é preciso reconhecer que a Lei nº 8.429/92 é posterior, e regulou inteiramente a matéria. Assim sendo, afastou por completo a incidência da Lei nº 7.347/85 nesta seara, consoante a regra do § 1º do art. 2º da LICC.

⁹² PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 189.

⁹³ PRADO, Francisco Octávio de Almeida *apud* PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 189/190.

Não se pode deixar de reconhecer, por outro lado, que a Lei nº 8.429/92 traz regras tanto de direito material quanto de direito processual, e não ressalvou a aplicação subsidiária da lei nº 7.347/85. Na parte processual, ao contrário, faz remissões ao Código de processo Civil, mas nunca à Lei da Ação Civil Pública. Ademais, enquanto a ação civil pública se restringe às condenações em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º da lei nº 7.347/85), a ação de improbidade administrativa tem por objetivo também a perda de cargos públicos e/ou direitos, bem como restrições para contratações futuras com o Poder Público, seja diretamente ou através de empresa da qual o réu seja sócio majoritário (art. 12 da Lei nº 8.429/92)⁹⁴.

A nosso ver, não deve haver significativo maior ou alta relevância jurídica a sua denominação, pois o direito de ação, não só pelo direito processual civil, mas também pela nossa Constituição Federal de 1988, independe da nomeação ou titulação que se dê para a efetivação ou existência.

A prevalecer a jurisprudência e a mais abalizada doutrina, conclui sabiamente Marino Pazzaglini Filho:

É genérico e irrestringível segundo a norma constitucional que resguarda proteção a todos os direitos individuais, coletivos e difusos, não excluindo da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a eles (art. 5º, inciso XXXV, da CF)⁹⁵.

⁹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 208.

⁹⁵ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 190.

3 ESPÉCIES DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Abordaremos a seguir as espécies de Atos de Improbidade Administrativa descritos nos artigos 9º, 10 e 11 da lei 8.429/92, cujo rol é exemplificativo. Tem-se no artigo 9º a enumeração dos atos de improbidade administrativa relacionados ao enriquecimento ilícito. O art. 10 exemplifica as situações que causam prejuízo ao erário e o artigo 11 prevê os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública. Detalharemos os incisos dos respectivos artigos com a enumeração das hipóteses mais frequentes.

3.2 Atos de Improbidade que importam em enriquecimento ilícito - art. 9º

O artigo 9º e suas espécies, além de terem um cunho penal, revelam os casos mais sérios de improbidade administrativa, enumeram os atos que importam em enriquecimento ilícito do agente público ou de outrem, não importando se resultar ou não dano ao erário. O *caput* do artigo descreve de forma genérica o tipo de enriquecimento ilícito do agente público.

Para Marcelo Figueiredo, “o termo “auferir” advém do latim *auferre*, com significado de perceber (*percipere, recipere, capere, lucrari*). As significações próximas, são “colher”, “obter”, “ter”, “tirar””⁹⁶.

E acrescenta, alertando-nos:

Acreditamos que o art. 9º, *caput*, apresenta-se como sendo a norma central, o verdadeiro coração da Lei de Improbidade. Isso porque os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, sem dúvida alguma, afiguram-se como um dos mais graves tipos que a lei encerra em seu conteúdo⁹⁷.

Corroboramos com o entendimento de que a enumeração das hipóteses de improbidade administrativa não são *numerus clausus*, evidenciando-se que a norma de repressão à corrupção administrativa procurou abranger todas as hipóteses de previsão genérica, por isso dizer que as hipóteses enumeradas pelos incisos dos dispositivos contidos nos artigos 9º a 11 têm caráter meramente exemplificativo.

⁹⁶ FIGUEIREDO, 2009, p. 77. (grifo do autor)

⁹⁷ FIGUEIREDO, 2009, p. 77/78.

Acrescenta Waldo Fazzio Junior, a respeito da repercussão social do ilícito administrativo praticado:

Mais que isso, o sacerdócio do ilícito administrativo repercute de forma negativa no crédito social que, normalmente, adjetiva os investidos em cargos, funções e empregos públicos. Revela-se de elementar compreensão que, ao colocar a coisa pública sob a guarda do pessoal administrativo, a sociedade não o faz senão como expressão de confiança, mas impondo-lhe o encargo de preservá-la e conferir-lhe a destinação legal. Não o consagra beneficiário, mas guardião remunerado. De tal arte que a substituição de uma condição pela outra significa a troca indevida do interesse de todos por interesse diverso, substituição dolosa de fins que se encontra na raiz dos atos de improbidade administrativa⁹⁸.

Seguiremos com a individualização de cada tipo, reiterando que as relações ali demonstradas tem natureza exemplificativa, não impedindo que outras hipóteses ocorram consubstanciadas no prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito do agente ou atentando contra os princípios da administração pública, não ocorrendo a exaustão do referido rol.

Constitui enriquecimento ilícito auferir vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade de natureza pública ou equiparada, senão vejamos:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] ⁹⁹.

Nesse sentido, Marino Pazzaglini Filho, sustenta que:

Trata-se da modalidade mais grave e ignóbil de improbidade administrativa, pois contempla o comportamento torpe do agente público que desempenha funções públicas de sua atribuição de forma desonesta e imoral. Expressa a norma do art. 9º da LIA o tráfico, a negociação da função pública pelo administrador no exercício de qualquer atividade estatal. Reforça ainda configurar esse tipo de improbidade administrativa quando o agente público (político, autônomo, servidor público ou particular em colaboração

⁹⁸ FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 141.

⁹⁹ BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em 04 nov. 2013.

com o Poder Público) auferir dolosamente vantagem patrimonial ilícita, destinada para si ou para outrem, em razão do exercício ímprobo de cargo, mandato, função, emprego ou atividade na administração pública (direta ou indireta, incluindo a fundacional) dos entes da Federação e dos poderes do Estado, inclusive em empresas incorporadas ao patrimônio público, em entidades para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual. E também em entidades privadas de interesse público que recebem ou manejam verbas públicas¹⁰⁰.

Conseqüentemente, também enumera quatro hipóteses necessárias à caracterização de atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, quais sejam:

1. **Recebimento de vantagem econômica indevida** por agente público, acarretando, ou não, dano ao Erário ou ao patrimônio de entidades públicas ou de entidades privadas de interesse público (no caso de verbas públicas por estas recebidas);
2. Vantagem patrimonial **decorrente de comportamento ilegal** do agente público;
3. Ciência do agente público da **ilicitude** da vantagem patrimonial pretendida e obtida; e
4. **Conexão entre o exercício funcional abusivo do agente público** nas entidades indicadas no art. 1º da LIA e a **vantagem econômica indevida por ele alcançada para si ou para outrem**¹⁰¹.

Nessa linha, Francisco Octávio de Almeida Prado ressalta que:

Para a configuração do enriquecimento ilícito não é necessário a verificação de dano ou prejuízo ao erário. Na verdade, o bem jurídico protegido é a probidade na administração, e esse bem é agredido sempre que o agente público se desvia dos fins legais a que está atrelado, em contrapartida à percepção de vantagem patrimonial. Poderá, é certo, resultar prejuízo ao erário de uma conduta tipificada pelo Art. 9º. Esse prejuízo, no entanto, não compõe as figuras típicas de enriquecimento ilícito e será irrelevante para a caracterização das infrações, conquanto possa ter relevância para a dosagem das sanções cabíveis (CF, art. 12, parágrafo único)¹⁰².

Assim sendo, ausente a presença do enriquecimento ilícito involuntário ou culposo. Logo, inexistente negligência ou imprudência quando o agente recebe comissão, gratificação ou porcentagem, por exemplo, muito menos quando facilita

¹⁰⁰ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 43/44.

¹⁰¹ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 44 (grifo do autor).

¹⁰² PRADO, Francisco Octávio de Almeida *apud* PAZZAGLINI FILHO, 211, p. 45.

negócio superfaturado ou faz declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço.

Nessa mesma esteira, seguiram-se Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernandes Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior:

Nenhuma das modalidades admite a forma culposa; todas são dolosas. É que todas as espécies de atuação suscetíveis de gerar enriquecimento ilícito pressupõem a consciência da antijuridicidade do resultado pretendido. Nenhum agente desconhece a proibição de se enriquecer às expensas do exercício de atividade pública ou de permitir que, por ilegalidade de sua conduta, outro o faça. Não há, pois, enriquecimento ilícito imprudente ou negligente. De culpa é que não se trata. [...] Atente-se, ainda, às enormes dificuldades para demonstrar, no caso concreto, a percepção de vantagem patrimonial indireta. É prova de difícil produção, mormente quando se sabe que os corruptores de agentes públicos são profissionais na exata acepção da palavra. A “compra” do agente público não é um pueril “toma lá, dá cá”¹⁰³.

Nas lições de Waldo Fazzio Junior, emprestada a distinção que faz entre vantagem econômica direta e indireta, assim discorrendo:

A vantagem direta, centrada em atos de uso e apropriação é, quase sempre, produto de comissividade, isto é, de efetiva atuação do agente ímprobo. [...] Exemplo dessa categoria é a conduta do peculatório, que faz o que tem por dever custodiar, levando a efeito o que os penalistas balizaram de inversão do título da posse”. [...] Na segunda, o agente público se abastece de vantagem oblíqua, advinda de outrem que alveja pagá-lo pelo ilícito que antes praticou; é a forma de gratifica-lo pelo desvirtuamento de suas funções¹⁰⁴.

Com a magnitude que lhe é particular, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda prescreve o suporte fático do enriquecimento:

No suporte fático do fato jurídico do enriquecimento sem causa há de achar-se: a) a obtenção de algo, com que se aumentou o patrimônio da pessoa, a que o fato se refere; b) o ter sido a expensas de outrem a obtenção; c) a imediatividade entre a obtenção e a retirada (o deslocamento do bem da vida, ou parte dele) tem de ser imediato¹⁰⁵.

¹⁰³ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 63.

¹⁰⁴ FAZZIO JUNIOR, 2012, p. 145/146.

¹⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti *apud* RIZZARDO, 2012, p. 453.

Há que se levar em conta ainda a questão da necessidade da prova do acréscimo patrimonial insustentável e incompatível com a renda auferida pelo agente público, de modo a crescer monstruosamente seu patrimônio, tudo isso consubstanciado por um título, confissões, aquisições, dentre outros.

Pedro da Silva Dinamarco adverte em relação à necessidade de prova:

Tem-se, ainda, que para o enquadramento do ato nesse art. 9º naturalmente é indispensável a prova do enriquecimento ilícito, que compete exclusivamente ao autor (CPC, art. 333, I) e que deve ser produzida no processo de conhecimento, como requisito de procedência da demanda. Trata-se de prova de difícil produção, é verdade, mas indispensável. A quebra do sigilo bancário tem hipóteses restritas de cabimento, pois há necessidade de prévio indício, não sendo suficiente a mera alegação. Além disso, os corruptores e os agentes corruptos normalmente são profissionais e raramente deixam vestígios que possam ser facilmente rastreados. Isso, entretanto, não permite a inversão desse ônus da prova, seja por inexistência de disposição legal a respeito, seja em razão da presunção de inocência, constitucionalmente garantida¹⁰⁶.

Como se vê, as hipóteses do art. 9º envolvem um agente público e uma vantagem indevida. Passo, agora, a indicar as figuras exemplificativas arroladas nos incisos do art. 9º da LIA, apontando os aspectos mais relevantes.

I – receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

Nessa hipótese, há necessidade, pelo núcleo do tipo, que o agente ou terceiros recebam os valores de forma direta ou indireta, sejam representados por dinheiro, bens (móveis ou imóveis, presentes, etc). Numa segunda análise, especificamente da segunda parte do dispositivo legal, ocorre a “mercantilização” da ação administrativa. Podemos dizer que há uma transação não autorizada, da qual se seguirão várias outras, das atribuições e deveres do agente público.

¹⁰⁶ DINAMARCO, Pedro da Silva *apud* RIZZARDO, 2012, p. 454.

Na visão de Marcelo Figueiredo, “os presentes” a que alude o dispositivo devem ter conexão com o espírito da norma. Deseja-se evitar a maléfica troca de interesses ou favores¹⁰⁷”.

Tal inciso reflete o ato do agente público que, além de perceber a remuneração que lhe é devida em razão do exercício da função que lhe é dada, aceita o recebimento de valores obscuros, preços fixados por serviços, um estímulo não autorizado por lei, um presente ou agrado que foge das relações particulares, vale lembrar, de certo valor ou conteúdo econômico diferenciado das relações entre particulares.

Nesse sentido, denota-se valioso trazer a lume a definição de Marino, Márcio e Waldo:

O que o agente público recebe é a comissão, a percentagem, a gratificação ou o presente. A comissão é o preço da intermediação, a percentagem é o valor calculado sobre a vantagem e a gratificação é a recompensa pelo “favor” ou “serviço” prestado. Presente, nesse ponto, é a transmissão ou tradição do bem que ostente valor pecuniariamente mensurável, como forma de “estimular” o agente público. A recepção de presente, pelo agente público, nem sempre será característica de enriquecimento ilícito. É que, comumente, presentes de pouco valor comercial são destinados a agentes públicos em datas e épocas festivas (natal, páscoa, aniversário, etc.), sem qualquer liame com eventual favorecimento funcional. Quando a lei utiliza o substantivo “presente”, não está, é claro, aludindo a tais mimos desinteressados e carinhosos¹⁰⁸.

Acerca da pertinência entre o proveito e o exercício funcional, dispõe Marino Pazzaglini Filho:

Basta a recepção da vantagem ilícita. Não é necessário que o interesse do corruptor seja atendido. No entanto, deve haver relação ou pertinência entre o proveito almejado com o exercício funcional do agente público que aceitou a benesse ilícita. E que este tenha consciência de que obteve vantagem indevida como retribuição pela prática ou omissão de ato funcional concernente a sua competência¹⁰⁹.

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de

¹⁰⁷ FIGUEIREDO, 2009, p. 82.

¹⁰⁸ PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JUNIOR, 1996, p. 57/58.

¹⁰⁹ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 47.

serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

Trata-se de recebimento de vantagem para facilitar negócio superfaturado, ou seja, em quantia razoavelmente maior que o normal e regular valor de mercado, com vantagem estendida ao particular.

No que tange aos requisitos para a configuração da hipótese acima, acentua Marino Pazzaglini Filho:

[...] a configuração desse tipo de improbidade subordina-se à presença dos seguintes elementos: recebimento, pelo agente público, de qualquer vantagem econômica; atuação desleal do agente público, movido pela vantagem percebida, em facilitar a aquisição, permuta, ou locação de bem móvel ou imóvel ou a contratação de serviço pela Administração Pública com o particular (pessoa física ou jurídica), que lhe recompensou pelo negócio por preço superior ao valor de mercado (superfaturado). A conduta ímproba do agente público expressa-se no verbo facilitar, que significa fazer fácil, tornar possível, remover ou não opor obstáculo à contratação danosa ao Erário, recebendo em contrapartida compensação econômica indevida¹¹⁰.

Vale frisar que o legislador não faz distinção, com o que concordamos, da noção de superfaturamento e o sobrepreço, apenas se limita a nomear como núcleo do tipo o ato de receber vantagem econômica direta ou indireta, através de conduta funcional, tendo como objeto a contratação por valor do bem em patamar bem mais elevado que o praticado no mercado.

Para tanto, Waldo Fazzio Junior faz a diferenciação entre superfaturamento e sobrepreço:

O primeiro se verifica quando há a demonstração de que o mesmo fornecedor, em breve lapso de tempo, praticou preços radicalmente diferentes para um mesmo bem ou serviço. Quanto ao sobrepreço, basta que se estabeleçam, em relação ao mesmo bem ou serviço, diferenças consideráveis entre os preços praticados, também em período próximo, mas cotejando-se diversos fornecedores¹¹¹.

¹¹⁰ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 47/48.

¹¹¹ FAZZIO JUNIOR, 2012, p. 157.

Nesse caso, a conduta ímproba do agente público consubstancia-se no verbo facilitar, refletindo o fazer fácil, não colocando obstáculo à contratação danosa ao Erário, com compensação econômica indevida.

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

O inciso III trata da facilitação de negociação superfaturada de bem ou serviço público, isto é, por quantia inferior ao valor normal ou corrente do mercado.

Necessária à realização de contrato lesivo, Arnaldo Rizzardo muito bem assevera:

Na situação, interfere-se para o Poder Público, ou entidade favorecida com verbas públicas em alienar, permutar ou locar bem móvel ou imóvel público a terceiros por preço subfaturado, ou consideravelmente inferior ao de mercado. De idêntico modo, para o ente estatal, ou que receba verba pública, no caso de prestar serviços a interessados particulares. O agente, em vista de tais préstimos por preço bem inferior ao real, é favorecido com qualquer tipo de vantagem. Encontram-se exemplos prosaicos nos serviços que prestam as autarquias e empresas públicas no fornecimento de água, de energia elétrica, de medicamentos, e nas que fazem o transporte público, ou prestam assistência médica, mediante preços insignificantes, ou não correspondentes ao real custo que exigem, sempre havendo uma recompensa ao encarregado da prestação. Não se efetua uma conduta isolada do agente público, posto que as modalidades de contratações dependem de outros participantes¹¹².

Vale mencionar que os bens públicos, àqueles pertencentes ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como suas autarquias e fundações públicas, são os bens arrolados no art. 99 do Código Civil¹¹³. Já sobre a

¹¹² RIZZARDO, 2012, p. 459.

¹¹³ Art. 99. São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado. (BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002*. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 04 nov. 2013).

alienação, regras especiais são contempladas na Lei 8.666/93, especialmente sobre a questão da alienação e as hipóteses de dispensa lá enumeradas (art. 25 da lei)¹¹⁴

No caso em tela, vale mencionar a classificação de bens públicos, disposta no art. 99 do Código Civil, em três categorias: I – bens de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II – bens de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III – bens dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Maria Sylvia Di Pietro, sobre a alienação de bens, descreve:

Para serem alienados pelos métodos de direito privado, têm de ser previamente desafetados, ou seja, passar para a categoria de bens dominicais, pela perda de sua destinação pública. Vale dizer que a inalienabilidade não é absoluta.

No entanto, é possível a alienação por meio de institutos publicísticos. Dizer que um bem está fora do **comércio jurídico** significa excluí-lo do **comércio jurídico de direito privado**, mas não do comércio jurídico de direito público, caso contrário ficaria a Administração impedida de extrair dos bens do domínio público toda a sua potencialidade de utilização, em consonância com a função social que é inerente à própria natureza da propriedade pública...

Isto quer dizer que os bens de uso comum e de uso especial, enquanto mantiverem essa natureza, podem ser objeto de alienação de uma entidade pública para outra, segundo normas de direito público. Essa transferência se dá normalmente por lei. Se perderem essa natureza, pela desafetação, tornam-se disponíveis pelos métodos do direito privado¹¹⁵.

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem

¹¹⁴ Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. (BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Brasília, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 04 nov. 2013).

¹¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 684/685. (grifo do autor)

como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

Para Marcelo Figueiredo, não se deve confundir a proibição de não dispor de bens ou valores públicos com a possível utilização de bens públicos por particulares:

Muito ao contrário, será até desejável, dependendo do caso concreto, que o veículo ou maquinário (não utilizados em serviço público) sejam adequada e licitamente locados, ou transitoriamente cedidos a particulares, desde que haja previsão legal. O importante será, sem dúvida, que a Administração tome todas as providências para que tal utilização seja transparente e, sobretudo, que atenda aos interesses resguardados pelo sistema jurídico. Afinal, são distintas as situações: uso da “coisa pública” pelo povo e sua usurpação por aqueles que deveriam ser seus zeladores¹¹⁶.

George Sarmento bem retrata esse quadro:

É o caso dos carros oficiais que são flagrados nas portas das escolas particulares, salões de beleza, academias de ginástica e supermercados. Ou a ostensiva utilização de bens públicos, como tratores, caminhões e equipamentos sofisticados para fins particulares. E, ainda, o recrutamento de servidores para prestar serviços privados – motoristas, pedreiros, seguranças, acompanhantes, etc. – à custa do erário¹¹⁷.

Há que se verificar com ponderação e certo grau de proporcionalidade a assertiva acima, pois existem pequenas práticas corriqueiras dentro da Administração Pública que são insuscetíveis de responsabilização, dado o grau de precariedade e singelismo do ato, como por exemplo, a utilização de um papel para fins particulares, do uso rápido do telefone, cuja justificativa, a meu ver, é a necessidade do ser humano e a vida globalizada dos tempos atuais, ressaltando-se, vale dizer, que os exageros excetuam-se essa “isenção”.

Fábio Medina Osório, em corrente favorável conforme Rizzardo, impõe essa mesma visão quando:

Um sujeito que usa seu celular funcional, estando no alto escalão de um Poder Público, para fazer contratos privados, certamente não comete ato ímprobo algum. A autorização implícita para utilização

¹¹⁶ FIGUEIREDO, 2009, p. 87.

¹¹⁷ SARMENTO, 2002, p. 73.

lateral da linha telefônica, no curso de sua função. Esse é apenas um único exemplo, corriqueiro nas administrações de todos os poderes e instituições¹¹⁸.

De forma mais incisiva, clara e objetiva, Marino, Márcio e Waldo delimitam esse ato de improbidade administrativa nos seguintes termos:

O inciso IV descreve prática que, embora condenável, não é incomum nos escalões elevados da Administração. Trata-se do aproveitamento ilícito de veículos oficiais e do trabalho de subalternos funcionais em atividades que não guardam nenhuma relação com o serviço público, para o qual foram investidos ou contratados. Os exemplos, infelizmente, são bem frequentes, do uso do carro oficial e do respectivo motorista para desfrute de familiares, em passeios noturnos, em viagens, compras, etc¹¹⁹.

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

Essa prática é vedada, em geral, pois essas atividades são atividades ilícitas, uma vez que estão contempladas, ou melhor, tipificadas na ordem penal vigente, ainda que, algumas, detenham a natureza de contravenção, aplicadas as respectivas sanções quando da ocorrência.

O núcleo desse tipo de improbidade está no verbo *tolerar*, no sentido de admitir, aceitar, ser indulgente. Esse consentimento tem origem no recebimento ou na promessa de recepção aceita de vantagem econômica indevida.

Outrossim, insta consignar as valiosas lições de Rizzardo sobre a prática do cotidiano acerca da execução desse ato de improbidade e seus elementos:

O recebimento da vantagem é para tolerar práticas de jogos de azar, de tráfico de contrabando, de usura, e, de modo geral, de todas as atividades que estão à margem da lei. Ou seja, concede-se um “salvo conduto” para a delinquência na jurisdição de uma autoridade administrativa, omitindo-se qualquer repressão. A autoridade se alia ao criminoso, e inclusive seu nome é colocado “folha de pagamento” de quem explora essas atividades, como bicheiros, traficantes, proxenetas, agiotas, estelionatários e mesmo assaltantes. O

¹¹⁸ OSÓRIO, Fabio Medina *apud* RIZZARDO, 2012, p. 461.

¹¹⁹ PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JUNIOR, 1996, p. 59.

elemento subjetivo da vontade, isto é, o dolo, revela-se nessa atitude de passividade ou de omissão, conjugada com o recebimento da vantagem. [...] É o funcionário indulgente, condescendente, consentindo tacitamente, mas recebendo uma recompensa para essa sua inanição. Deixa de levar a termo a interdição de casas de prostituição, de cassinos e outros estabelecimentos onde se praticam jogos de azar [...] ¹²⁰.

Em suma, o que se pretende punir aqui é a aceitação e aquiescência do servidor público por tolerar a ação e a prática criminosa, tão rechaçada e coibida primordialmente na seara penal.

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

Para a configuração dessa hipótese, há necessidade de ter o agente público qualificação técnica, em entidade pública que contrata obra, serviço ou fornecimento, com fim de medi-los e avaliá-los.

Seguindo-se as lições de Marino Pazzaglini Filho:

A configuração, pois, do enriquecimento ilícito em análise depende da presença dos seguintes requisitos: agente público competente para emitir documento autêntico (ato formalmente verdadeiro) sobre medição ou avaliação de obras, serviços ou compras contratadas por entidade pública; recepção de vantagem econômica de qualquer natureza para falsear a verdade sobre tais dados relevantes em prejuízo público, inserindo informações falsas no documento apto para atestá-los (falsidade concernente ao conteúdo e não à forma); consciência da declaração falsa ¹²¹.

Na visão de Figueiredo, “o dispositivo contempla (exige), todavia, o emprego de “declaração falsa”. Realizando-a, ele completa ou consuma sua ação, fraudando o Direito e encobrindo a realidade ¹²²”.

¹²⁰ RIZZARDO, 2012, p. 462.

¹²¹ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 54/55.

¹²² FIGUEIREDO, 2009, p. 89. (grifo do autor)

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

Tem-se, na visão de Marino Pazzaglini Filho:

A hipótese frequente de enriquecimento indevido, mas que oferece maior dificuldade de comprovação, pois, para sua caracterização, deve ficar evidenciado que a fortuna acumulada (o acréscimo patrimonial despropositado) pelo agente público derivou do exercício abusivo da função pública¹²³.

Há discussão na doutrina sobre quem seria o responsável em provar o enriquecimento injustificado. Nessa seara, Wolgran Junqueira Ferreira afirma que:

A lei presume a inidoneidade do agente público que adquire bens ou valores incompatíveis com a normalidade do seu padrão de vencimentos, bastando provar que exercia função pública e que os bens e valores (mobiliários ou imobiliários) adquiridos são incompatíveis ou desproporcionais à evolução de seu patrimônio ou renda. A lei também censura os sinais exteriores de riqueza e a obtenção de bens ou valores para outrem e pune igualmente artifícios empregados para dissimular o enriquecimento ilícito, de modo que atinge a aquisição direta ou indireta (simulação, triangularização, utilização de esquema de lavagem de dinheiro, de testas de ferro, membros da família, etc)¹²⁴.

Sobre a desproporcionalidade do patrimônio adquirido em relação à renda, Wallace Paiva sustenta que:

A inidoneidade financeira gera a ilicitude do enriquecimento. Quem não tinha disponibilidade econômica para ter um patrimônio desproporcional e incompatível com a evolução da renda ou patrimônio não tem justificativa hígida para sua aquisição, advindo esses recursos de origem ilícita¹²⁵.

Marino, Márcio e Waldo, também observam a extensão e similitude do referido inciso com o *caput* do artigo 9º, destacando que:

¹²³ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 55.

¹²⁴ FERREIRA, Wolgran Junqueira *apud* MARTINS JUNIOR, 2001, p. 195.

¹²⁵ MARTINS JUNIOR, 2001, p. 195.

O inciso VII é extensão e exemplificação do *caput*, denunciado pelo uso do advérbio notadamente. Este, ao conceituar o enriquecimento ilícito, refere-se a “qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida **em razão do exercício** de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades”, o que nos leva à inexorável conclusão de que deve ser evidenciado o nexo etiológico entre o enriquecimento e o exercício público, ou seja, que a causa do enriquecimento é ilícita porque decorre do tráfico da função pública.

Portanto, para a caracterização dessa modalidade de enriquecimento ilícito, é imprescindível que a aquisição de valores incompatíveis com a receita do agente público tenha ocorrido em decorrência do subvertido exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade na Administração Pública direta, indireta, fundacional ou nas entidades a que se refere o art. 1º da lei Federal n.º 8.429/92¹²⁶.

E mais adiante:

Tendo em vista as rigorosas sanções estipuladas no diploma em questão e sua repercussão na esfera privada e, levando-se em conta que sua aplicação conduz ao desapossamento de bens, à privação de direitos políticos e à interdição para o exercício de função pública, quer dizer, na privação de direitos fundamentais garantidos pela CF, não se pode aceitar a tese da presunção da ilicitude do enriquecimento calcada em também presumida, genérica e vaga improbidade administrativa. No Estado Democrático de Direito é inconcebível exigir do cidadão que prove que é inocente¹²⁷.

Também é importante destacar nessa ocasião, quanto ao ônus da prova no que tange à comprovação de compatibilização da evolução patrimonial do agente público com os ganhos vindos da função pública ou de outras fontes igualmente honestas e lícitas. Não se presume no caso de falta de demonstração das riquezas, a inocência, estabelecendo a lei a presunção do enriquecimento ilícito no curso do exercício da função pública.

Nesse sentido, conclui Nicolao Dino de Castro e Costa Neto:

Ora, qual é a probabilidade de um agente público adquirir, de forma lícita, um bem cujo valor seja incompatível com a evolução de seu patrimônio ou de sua renda? A resposta é nenhuma. Existe impossibilidade material e lógica de qualquer pessoa incorporar licitamente ao seu patrimônio bens que sejam desproporcionais à sua receita.

Não há aí uma mera presunção, mas uma certeza matemática de que inexiste possibilidade lícita de agregação patrimonial para um

¹²⁶ PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JUNIOR, 1996, p. 62 (grifo do autor).

¹²⁷ PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JUNIOR, 1996, p. 63.

agente público cuja única fonte de receita seja o exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública¹²⁸.

Nesse caso, os chamados sinais de riqueza acabam por revelar a incompatibilidade da remuneração da função do agente público com a evolução patrimonial. A discrepância citada acima revela-se pela sua vida cotidiana, como andar em carros importados, passear com a família em lanchas, realizar inúmeras viagens ao exterior, promover festas suntuosas, dentre outras, as quais corroboram o enriquecimento sem causa do agente.

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

Esse tipo traz ao agente público a responsabilidade em razão do exercício de atividades profissionais incompatíveis, não havendo necessidade se fazer prova da percepção de vantagem indevida.

Nas lições de Rizzardo:

É visível a existência de impedimento, pois não se concebe que se dê assessoria ou se preste serviços para pessoas físicas ou jurídicas que tenham interesse junto ao órgão público onde exerce o assessor ou o prestador de serviços a função pública, ferindo o princípio da impessoalidade. Cumpre que esse interesse esteja ligado diretamente atividade do agente, setor onde ele atende. Imagina-se que um advogado funcionário de um órgão fiscal do Estado dê assessoria jurídica para empresas devedoras, e executadas por inadimplência de obrigações fiscais, cujos atos de apuração e lançamentos estão afetos á função do funcionário. Ou que um engenheiro civil preste assistência a uma empresa construtora, a qual se submete à fiscalização do órgão público no qual atua, como funcionário, tal engenheiro. Ou que uma comissão de julgamento de licitação é constituída por uma pessoa titular de uma empresa que participa da licitação. Em épocas não remotas, não se proibiam o exercício de profissões que não se revelavam incompatibilidade com a função pública. Admitia-se a advocacia comum com a função de defensor público. Mesmo assim, alguma inconveniência sempre se afigurava. Fica certo que não aceitaria o agente a defesa de certa pessoa em controvérsia travada contra um cliente que o contratasse como advogado¹²⁹.

¹²⁸ COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e *apud* RIZZARDO, 2012, p. 464/465.

¹²⁹ RIZZARDO, 2012, p. 465/466.

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

Primeiramente, vale mencionar que verba pública é todo recurso constante dos orçamentos ou cofres públicos, cuja liberação e/ou aplicação devem observar e respeitar a programação e as normas orçamentárias previstas na Constituição federal e demais leis infraconstitucionais. O não cumprimento de alguma regra no que tange à liberação caracteriza-se ato de improbidade administrativa.

São exemplos dessa conduta a interposição entre o interessado e o órgão público ou a autoridade, obtendo ou facilitando a liberação da verba. São os famosos funcionários “lobistas” que se valem da posição política no sentido de imprimir rápida tramitação ou facilitar pedidos de auxílios.

No caso de intermediação para aplicação de verba pública, Wallace Paiva Martins Junior, explica que a intenção do legislador foi:

Reprimir a conduta da intermediação na liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza (créditos, subsídios, subvenções, auxílios, parcela da arrecadação tributária etc.) atividade muito constante e devidamente organizada, que se plantou em meandros burocráticos a partir do enorme fosso que distancia a previsão da execução orçamentária. As verbas públicas são liberadas ou aplicadas em decorrência dos procedimentos próprios, não se tolerando que o agente público perceba vantagem econômica a pretexto de intermediar a saída de verba pública conforme o destino que a lei fixou. É indiferente que se exonerem algumas formalidades legais ou regulamentares ou que seja agilizado o expediente¹³⁰.

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

Trata-se de ato de agente público que omite conscientemente o dever de ofício. Podemos resumir a presente hipótese em três aspectos: necessidade de agente público que tenha obrigação legal de executar o ato; consciência do dever funcional e, por último, descumprimento em razão de vantagem econômica de toda natureza recebida pelo agente.

¹³⁰ MARTINS JUNIOR, 2001, p. 201.

Nessa mesma linha, Wallace Paiva, acentua que:

[...] a vantagem econômica pode ser de qualquer natureza, ou seja, positiva ou negativa, e recebida direta ou indiretamente pelo agente público, para dele conseguir uma abstenção, uma omissão, dentro de suas atribuições. A referência a ato de ofício é ampla, e já abarcaria as duas outras (providência ou declaração a que esteja obrigado o agente). Trata-se da prevaricação (em sentido lato) remunerada¹³¹.

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

Aquele que detém a guarda dos bens deve conservá-lo. Nesse sentido, os bens da Administração só podem ser alienados na forma da lei, conforme estudado anteriormente e até, se necessário for, desafetados.

Sobre a incorporação indevida de bens, rendas ou valores públicos, fruto de causa ilícita e imoral, revelando que a apropriação é indevida, Wallace Paiva Martins Junior dispõe:

O referido inciso censura o ato de apropriação de bens, rendas ou valores públicos pelo agente. Essa apropriação ou assenhramento revela-se pela conduta daquele que, tendo os deveres de guarda, manutenção e administração do acervo público (quando muito, mera detenção), transfere a posse ou o domínio de bens, rendas, verbas ou valores públicos, convolvendo-a em domínio próprio e incorporando-a ao seu patrimônio. Tal ato de incorporação realiza-se por qualquer forma, seja direta ou indireta¹³².

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Note-se que o inciso anterior trata-se da incorporação, apropriação indébita, enquanto aqui coíbe-se o mero uso abusivo, ainda que o agente público o tenha praticado por curto período, no que se refere ao uso de bens, rendas, verbas ou valores públicos.

¹³¹ MARTINS JUNIOR, 2001, p. 201/202.

¹³² MARTINS JUNIOR, 2001, p. 202.

Wallace Paiva, fazendo distinção entre a espécie ora discutida e a do inciso VI, esclarece que:

Enquanto o art. 9º, IV, reprime a utilização em obra ou serviço particular do agente público de bens (veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza) de propriedade ou à disposição das entidades protegidas ou do trabalho de servidores públicos, empregados ou contratados dessas entidades, o art. 9º, XII, caracteriza o enriquecimento ilícito pelo uso, em proveito do agente público, de bens, rendas, verbas ou valores do acervo patrimonial das mesmas entidades. Assim, o inciso IV configura-se quando a utilização visa a obras ou serviços particulares do agente público, ao passo que inciso XII tem como alvo o uso de bens, rendas, verbas ou valores em proveito do próprio agente público, com um âmbito maior e diferenciado, sem os limites daquele inciso¹³³.

Finalizando a análise das espécies do artigo supra, vale lembrar, que o último requisito indispensável à configuração do ato de improbidade por enriquecimento ilícito é a conexão entre a vantagem econômica adquirida e o desempenho de sua atividade pública.

3.3 Atos de Improbidade que causam prejuízo ao erário - art. 10

Trata-se aqui de ato de improbidade que tenha como consequência a lesão ao erário, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, ensejando perda patrimonial à Administração Pública direta e Indireta. Verificamos a inserção dos elementos dolo ou culpa nesse contexto.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] ¹³⁴.

Wallace Paiva Martins Junior, explica que:

Nas disposições gerais, a lei aludiu ao prejuízo ao patrimônio público no art. 5º, que é a disposição de caráter autônomo derivada do art.

¹³³ MARTINS JUNIOR, 2001, p. 203.

¹³⁴ BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em 04 nov. 2013.

159 do Código Civil (com especificidade à Administração Pública), aplicável não apenas exclusivamente nos casos de improbidade administrativa, mas em toda situação que a refletir. Exige-se comportamento doloso ou culposo do agente público, compreendidos esses conceitos, no âmbito civil, como a vontade de causar prejuízo agindo contra a lei e o influxo da negligência, da imprudência e da imperícia no trato dos negócios jurídicos¹³⁵.

Hugo Nigro Mazzilli assinala que:

O dolo que se exige é o comum; é a vontade genérica de fazer o que a lei veda, ou não fazer o que a lei manda. Não seria preciso que o administrador violasse um concurso ou uma licitação *por motivos especiais* (como para contratar parentes ou beneficiar amigos). O mero ato culposo também seria apto, na área civil, a determinar o dever de indenizar; mais ainda quando tenha havido comportamento voluntário, voltado a fazer conscientemente algo em contrariedade com a lei¹³⁶.

Nas suas lúcidas palavras, ressalta ainda Wallace que:

[...] dois outros elementos devem concorrer para a caracterização dessa espécie de improbidade administrativa: resultado (repercussão patrimonial ou financeira negativa) e nexo de causalidade (inclusive quando se tratar de benefício indireto)¹³⁷.

Nesse mesmo sentido, Marino Pazzaglini Filho, assevera que:

Além da ilegalidade, é requisito de sua configuração a ocorrência de efetivo dano material aos cofres públicos. Nem o prejuízo presumido, nem o dano moral serve para sua caracterização. Pelo contrário, sem a prova da perda patrimonial certa não se verifica esse tipo de improbidade administrativa, restando ao autor da ação civil respectiva responsabilizar o agente público, desde que comprove que sua conduta funcional antijurídica, com a índole de má-fé, infringiu os princípios constitucionais reguladores da Administração Pública, por violação do art. 11 da LIA¹³⁸.

Citando Pedro da Silva Dinamarco, Marino acentua:

¹³⁵ MARTINS JUNIOR, 2001, p. 204.

¹³⁶ MAZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 162. (grifo do autor)

¹³⁷ MARTINS JUNIOR, 2001, p. 205.

¹³⁸ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 63.

Ato lesivo é todo aquele portador de dano efeito e concreto ao patrimônio de alguém. É preciso examinar o ato tal como ocorrido, tratando em seguida de saber se dele decorreu dano. Para se ter um ato como lesivo, e portanto indenizável, é necessário que ele já tenha causado dano. Logo, há que se deixar de lado exercício de futurologia.

Aliás, em toda a disciplina da nulidade dos atos jurídicos em geral (privados ou públicos), o prejuízo concreto é que justifica a anulação (*pas de nulité sans grief*). Daí o motivo para só caber a invalidação do ato ou o pedido de ressarcimento quando algum efetivo prejuízo existir. Se o ato se realizou e não causou prejuízo algum, ou se prejuízo algum foi provado (o que traz o mesmo resultado prático, pois *quod non est in actis non est in mundo*), a proclamação de eventual nulidade ou a procedência do pleito ressarcitório não têm lugar¹³⁹.

Marino Pazzaglini reforça a questão da má-fé e da desonestidade, como elementos necessários para a configuração do tipo de ato de improbidade em discussão, quando colaciona voto da lavra do eminente Ministro Luiz Fux:

A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má intenção do administrador: A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido¹⁴⁰.

Na mesma esteira, Marcelo Figueiredo:

O agente pode violar a proibição praticando, por ação ou omissão, os atos lá previstos. Não há necessidade de efetiva perda patrimonial direta, frontal. Pode ocorrer que, por omissão, o agente, v.g., ocasione “malbaratamento” dos haveres públicos, fruto de gestão ruinosa, agindo culposamente. Exatamente por isso é necessária a análise global do fato, e sua adequada punição, tendo sempre em mente a proporcionalidade das previsões e suas consequências¹⁴¹.

¹³⁹ DINAMARCO, Pedro da Silva *apud* PAZZAGLINI, 2011, p. 63.

¹⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial nº 841.421/MA. Processual Civil. Administrativo. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Ausência de má-fé do Administrador Agente Público. Reexame de Matéria Fática. Súmula N.º 07/Stj. Despacho que recebe a Inicial. Agravo de Instrumento Previsto no Art. 17, § 10 da Lei 8429/92. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de maio de 2007. Publicado no DJ de 04/10/2007, p. 182. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn='000304762>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

¹⁴¹ FIGUEIREDO, 2009, p. 96.

Marino, Márcio e Waldo ainda esclarecem a diferença entre Erário e o conceito de patrimônio público, fazendo-se uma junção das Leis 4.717/65 e 8.429/92:

[...] Erário diz respeito ao econômico-financeiro, ao tesouro, ao fisco, enquanto patrimônio público é noção de espectro muito mais abrangente, sintetizadora não apenas do econômico, mas também do estético, do histórico, do turístico e do artístico¹⁴².

Waldo Fazzio Junior faz importante distinção entre os diversos tipos previstos no dispositivo legal ora analisado:

Perda patrimonial é desfalque, privação, extravio de bens, rendas e valores do erário. Desvio significa mudança de direção, desvirtuamento ou alteração da destinação de bem ou valor. Apropriação é apoderamento, usurpação, inversão de posse. Malbaratamento é desperdício, venda com prejuízo, gasto malfeito. Dilapidação é esbanjamento destrutivo, consumição¹⁴³.

Analisaremos a seguir, as várias condutas atentatórias ao erário previstas no art. 10 da LIA:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

Para a configuração dessa hipótese, há necessidade de ação ou omissão ilegal do agente público quando do exercício da função, ação essa derivada de má-fé, desonestidade seja dolosa ou culposa e, ao final, seja ela causadora de lesão efetiva ao Erário.

Para Waldo Fazzio Junior, nessa hipótese:

Conquanto concorrer tenha o sentido de contribuição e, por isso, possa implicar maior atividade negativa do agente público, basta que remova óbices à incorporação, para que se caracterize o inciso I do art. 10. Facilitar traduz tornar fácil, coadjuvar, o oposto de erigir

¹⁴² PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JUNIOR, 1996, p. 67.

¹⁴³ FAZZIO JUNIOR, 2012, p. 206.

barreiras defensivas do patrimônio público econômico. Não precisa ser necessariamente comissiva, admitindo-se a omissiva ou a facilitação por inércia, sempre que o agente público tem o dever de impedir o ato¹⁴⁴.

Nesse diapasão, Marino Pazzaglini acrescenta que:

Na hipótese de facilitação, o agente público, intencionalmente (dolo) ou por falta de cautela, descuido (culpa), torna fácil, possível, não opõe óbice à incorporação indevida. No caso de concurso, o agente público coopera, auxilia, ajuda, colabora (dolo) para a ilícita incorporação¹⁴⁵.

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

Trata-se de hipótese semelhante à primeira, contudo, ressalva se faz em relação à presença, nesta última, de uso de bens, rendas, verbas ou valores das entidades já mencionadas, com infringência de, por exemplo, autorização legislativa, licitação, remuneração, bem como dos requisitos do ato administrativo, como competência, licitude, finalidade e motivo.

Sobre a relevante diferenciação acerca do objeto jurídico do referido ato de improbidade, em relação ao anterior, Wallace Paiva Martins Junior informa:

O art. 10, II, tem a mesma inspiração do inciso anterior. Todavia, o objeto jurídico é o uso e não a apropriação, como se dá na hipótese daquele. A utilização (normal e anormal) dos bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades da Administração Pública pelo particular, por vários expedientes (cessão, concessão, autorização, empréstimos, repasses financeiros etc.), é permitida, desde que satisfeitos os requisitos legais. A sua inobservância implica nulidade do ato. É ato lesivo ao patrimônio público. Aquele que permite ou concorre para a utilização de tais bens pelo particular, preterindo as formalidades legais ou regulamentares é a medida que expressa a excepcionalidade o uso de tais bens pelo particular¹⁴⁶.

¹⁴⁴ FAZZIO JUNIOR, 2012, p. 210.

¹⁴⁵ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 66.

¹⁴⁶ MARTINS JUNIOR, 2001, p. 208.

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

Trata-se da doação ilegal. É a prática, pelo agente público, de disponibilização de bem público, sem a observância por aquele (dolosa ou culposamente) da devida cautela, hoje representada pelas formalidades legais e regulamentares, causando lesão ao erário.

Vale lembrar as valiosas lições de Marino Pazzaglini no que tange à doação e seus requisitos, frisando que:

[...] a doação é contrato, disciplinado pelas normas de Direito Civil, pelo qual o doador, em ato de liberalidade, transfere, a título gratuito ou oneroso, bens (imóveis ou móveis) ou direitos que lhe pertencem ao patrimônio do donatário, que os aceita (arts. 538 a 564 do CC)¹⁴⁷.

E acrescenta que:

A licitude de doação de bem público imóvel requer a presença dos seguintes requisitos: imóvel objeto da doação desafetado do uso público (bem dominical); finalidade pública da doação devidamente justificada; autorização legislativa; prévia avaliação do imóvel a ser doado; licitação. [...] Com ou sem certame, é obrigatório que constem do contrato de doação os encargos, os prazos e seu cumprimento e a reversão do imóvel doado ao patrimônio público na hipótese de deixar o donatário de cumprir as obrigações estipuladas¹⁴⁸.

Arnaldo Rizzardo sobre a falta de autorização legal no repasse a outrem de bem de uso comum ou especial, ressalva que:

Faz-se a transferência irregular do patrimônio público de uso comum ou de uso especial, ou do patrimônio de entidades que têm capital público na sua constituição ou receita anual, através de doações, sem a observância das formalidades legais, isto é, sem a devida autorização legal, estatutária ou regimental, e muito menos uma justificação satisfatória. Ou seja, falta a autorização legal, na licitação, naturalmente dispensando a remuneração ou contraprestação. De igual modo, transferem-se bens para pessoas que não preenchem os pressupostos da lei, como a finalidade

¹⁴⁷ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 67.

¹⁴⁸ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 68.

estatutária dirigida para o objetivo que autoriza o benefício, a não prestação de contas em outras doações ou destinações. [...] Falha-se no dever de preservação e manutenção do patrimônio público¹⁴⁹.

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

A hipótese prevista no referido inciso trata-se do subfaturamento, do comportamento ímprobo do agente público que favorece e facilita a negociação com bens ou prestação de serviços públicos com preços menores do que aqueles praticados no mercado.

Segundo Marino Pazzaglini Filho:

O inciso IV cuida do comportamento do agente público de permitir ou facilitar, por dolo ou culpa, alienação, permuta ou locação de bem público ou prestação de serviço por parte da entidade pública onde exerce atividade funcional para particular (pessoa física ou jurídica) por preço subfaturado, ou seja, inferior ao de mercado, ocasionando, assim, dano ao Erário". Explica que "sua conduta é dolosa quando, consciente do preço subfaturado de bem ou serviço público, permite ou facilita a contratação prejudicial ao patrimônio público. E é culposa quando a permissão ou facilitação decorre de omissão de cautela ou diligência, denotativa de má-fé do agente público, sendo-lhe possível prever que o preço a ser pago pelo particular ao Poder Público é inferior ao de mercado¹⁵⁰.

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

Nesse caso, o tipo se caracteriza quando há a constatação de favorecimento de negócios com bens ou serviços particulares através da execução de preço superfaturado. Há certa semelhança com o inciso anterior, exceto no que se refere à posição da entidade pública e o particular nos polos do contrato ilícito.

Fazendo diferenciação entre referido ato e o anterior, vale trazer o escólio de Marino Pazzaglini, o qual explica:

¹⁴⁹ RIZZARDO, 2012. p. 473.

¹⁵⁰ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 69.

Que na situação descrita no inciso IV é o bem público alienado, permutado ou locado e o serviço público prestado a particular por preço inferior ao de mercado (subfaturado). Neste, é o bem particular alienado, permutado ou locado e serviço particular contratado por preço superior ao mercado (superfaturado). Nas duas situações, o particular é favorecido e o erário sofre prejuízo¹⁵¹.

Complementa, na lição de Francisco Octavio de Almeida Prado:

Valor de mercado, é o valor corrente para operações idênticas ou análogas, e sua apuração pressupõe a existência de um volume ponderável de operações da mesma espécie ou natureza, capaz de possibilitar uma avaliação comparativa confiável¹⁵².

De acordo com Marcelo Figueiredo, não há dúvidas de que se o agente público permite ou facilita alienação de bens estará burlando o magno princípio da isonomia, o que impede a competitividade pretendida no procedimento da licitação¹⁵³.

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

Trata referida hipótese do “desvio” na realização de operações financeiras praticado por agente público no exercício da função.

Bem asseverou o Superior Tribunal de Justiça:

A lei do orçamento anual (ato-regra) pode autorizar, genericamente, as operações de crédito por antecipação da receita (art. 165, § 8º), o que não afasta a necessidade de aprovação, em cada caso, por ato legislativo de inferior hierarquia (ato-condição). Assim, para as operações de crédito por antecipação de receita não basta a autorização genérica contida na lei orçamentária, sendo indispensável autorização específica em cada operação. A inobservância de tal formalidade, ainda que não implique em enriquecimento ilícito do recorrente ou prejuízo para o erário municipal, caracteriza ato de improbidade, nos termos do art. 11 da Lei n.º 8.429/92, á minguia de observância dos preceitos genéricos que informam a Administração Pública, inclusive a rigorosa observância do princípio da legalidade¹⁵⁴.

¹⁵¹ PAZZAGLINI FILHO, 2001, p. 70.

¹⁵² PRADO, Francisco Octavio de Almeida *apud* PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 70

¹⁵³ FIGUEIREDO, 2009, p. 103.

¹⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 410.414/SP. Administrativo. Recurso Especial. Empréstimo Bancário. Antecipação de Receita. Exigência de Autorização

Wallace Paiva Martins, acrescenta que:

Duas hipóteses são tratadas no art. 10, VI, de interesse principal. A primeira refere-se à realização de operação financeira dispensando a observância das normas legais ou regulamentares, também prevista no art. 4º, II, a, da Lei Federal n. 4.717/65, que reputa nulidade e lesividade. [...] a insuficiência leva em consideração o valor da operação financeira, sua atualização e acessórios e o seu adimplemento, de forma que, havendo inferioridade econômica da garantia, é lesiva a operação, pois, em condições normais com garantia insuficiente, a operação não seria realizada¹⁵⁵.

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

Nessa hipótese, a Administração Pública, que, aliás, pode conceder vários benefícios fiscais, como auxílios, subvenções ou administrativos, como o uso de bens públicos por particulares, poderá fazê-lo a qualquer instante sempre se atentando para a consecução do interesse público, desde que haja observância dos requisitos legais ou regulamentares, com estrita observância da legalidade, sob pena de causar lesão ao Erário.

Observa Ricardo Lobo Torres:

Em homenagem ao princípio da economicidade, traduzido na necessidade de adequação e equilíbrio entre o mínimo de despesa e o máximo de receita, nas melhores condições previstas, ao Tribunal de Contas foi confiado o respectivo controle de aplicação e renúncia de receitas, pois os privilégios financeiros, em razão da péssima administração, favoreceram a corrupção e o desvio de dinheiro público¹⁵⁶.

Assevera Marino Pazzaglini Filho que:

Pratica esse ato de improbidade o agente público responsável pela concessão de benefício administrativo ou fiscal que, consciente da sua antijuridicidade, o concede (dolo), ou, conhecendo ou devendo

Legislativa Específica. Descumprimento. Improbidade. Relator Ministro Castro Meira. Publicado no DJ de 27/09/2004 *apud* FAZZIO JUNIOR, 2012, p. 223.

¹⁵⁵ MARTINS JUNIOR, 2001, p. 214/215.

¹⁵⁶ TORRES, Ricardo Lobo *apud* MARTINS JUNIOR, 2001, p. 215.

saber as formalidades legais, por desídia, o outorga (culpa), sem cumpri-las¹⁵⁷.

Destaca ainda que:

Entre os mais frequentes benefícios concedidos pelos agentes públicos, cumpre destacar: anistia (perdão ou exclusão de sanção pecuniária tributária); remissão (perdão de débito tributário); subsídio (auxílio financeiro); isenção tributária em caráter não geral (dispensa ou limitação do pagamento de obrigação tributária para determinada faixa de contribuintes); subvenções sociais; subvenções econômicas e redução discriminada de tributos ou contribuições (alteração de alíquota ou alteração de base de cálculo que implique diminuição de receita)¹⁵⁸.

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

A licitação é procedimento administrativo obrigatório a ser utilizado pela Administração sempre objetivando a seleção de proposta mais vantajosa com vista à obtenção de interesse público.

Sua exigibilidade tem prisma constitucional, conforme dispõe o art. 37, inciso XXI, da CF/88, *in verbis*:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compra e alienação, 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 obrigações¹⁵⁹.

Na lição do eminente constitucionalista José Afonso da Silva:

¹⁵⁷ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 74.

¹⁵⁸ PAZZAGLINI FILHO. 2011, p. 73/74.

¹⁵⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:[...] (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 nov. 2013).

Licitação é um procedimento administrativo destinado a provocar propostas e a escolher proponentes de contratos de execução de obras, serviços, compras ou alienações do Poder Público. O *princípio da licitação* significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público¹⁶⁰.

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

A realização de despesa pública se caracteriza pelo uso de recurso financeiros estipulados nas leis orçamentárias e em leis específicas, objetivando o pagamento de obrigações.

Existem, de acordo com as normas constitucionais e infraconstitucionais, hipóteses de despesas não autorizadas, a exemplo daquelas não previstas na lei orçamentária anual, a criação de despesa obrigatória de caráter continuado e as realizadas sem prévio empenho, dentre outras. O não cumprimento ou respeito a essas regras, causará lesão ao erário.

Vale traduzir a impecável análise de Arnaldo Rizzardo advertindo que:

Os órgãos públicos e entidades que recebem dinheiro ou bens do Poder Público sujeitam-se às despesas usuais que viabilizam suas atividades, que devem constar em orçamento, de conservação do patrimônio, de pagamento de obrigações de funcionários, encargos sociais, de manutenção dos serviços próprios de acordo com as destinações e previsões estabelecidas em lei e autorizadas pelos canais competentes. Igualmente quanto aos investimentos; às aquisições de bens, como materiais de conservação, limpeza; às aplicações financeiras de capital, como em aquisições de títulos de renda; às amortizações de dívidas; ao emprego das verbas originadas de subvenções públicas para as finalidades constantes do regulamento ou ordem do poder concedente; ao empréstimo de dinheiro público sem amparo em lei ou no orçamento, tornando-se ilegal e alheio à finalidade do dinheiro público. Em suma, segue-se a programação de despesas, pautando de acordo com os trâmites administrativos estabelecidos para o uso das verbas públicas [...]¹⁶¹.

¹⁶⁰ SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 656. (grifo do autor)

¹⁶¹ RIZZARDO, 2012, p. 479.

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

Várias são as formas de negligenciar quanto à arrecadação de tributos na conservação e gerenciamento do patrimônio público, devendo o agente zelar pela conservação do patrimônio público e evitar proceder com diligência na cobrança da dívida ativa, fiscalização e combate à corrupção fiscal, coibindo qualquer forma de sonegação ou qualquer outro ato incompatível com a preservação das receitas públicas e manutenção do patrimônio público.

Dentre as formas, tem-se como exemplos quando o agente não faz o devido lançamento tributário, em ofensa ao Código Tributário Nacional, especificamente em seu art. 142; retarda o tempestivo ingresso em juízo com a execução fiscal no prazo legal; é relapso em indicar bens à penhora; é desatencioso em realizar a inscrição na dívida ativa; permite a deterioração dos bens públicos, deixando as máquinas, veículos, utensílios e ferramentas ao relento; o encarregado não providencia a reparação dos bens avariados, dentre outras.

Sobre a caracterização da negligência aplicada na arrecadação de tributo ou renda, Marino Pazzaglini Filho acentua:

É negligente, na espécie, o agente público que, por inércia, passividade, incúria, inação, reveladora de falta de probidade, não cumpre (podendo) seu dever funcional de concreta e eficiente arrecadação das receitas públicas e de preservação do patrimônio público¹⁶².

Já para Arnaldo Rizzardo, a situação é mais abrangente quando menciona que:

Em caso de tributos, deixa o agente de zelar pela arrecadação, não promovendo as providências administrativas a que está obrigado. Não faz o lançamento tributário, em ofensa ao art. 142 do Código Tributário nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.1966). Retarda o tempestivo ingresso em juízo com a execução fiscal no prazo de lei, favorecendo a ocorrência da prescrição do crédito; ou incorre em erro judicial crasso; é relapso em indicar bens para a penhora, favorecendo a sua deterioração ou perda; revela-se relapso em proceder à inscrição das dívidas fiscais; não encaminha a

¹⁶² PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 92.

arrecadação dos bens do devedor; omite-se em efetuar o levantamento dos elementos verificadores da infração legal¹⁶³.

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

É sabido que a Lei 7.675, de 1988, autoriza ao Tribunal de Contas da União verificar irregularidade na aplicação de recursos, conforme dispõe seu art. 3º, parágrafo único, *in verbis*:

Art. 3º O Tribunal de Contas da União poderá determinar o bloqueio das parcelas ou quotas-partes dos recursos tributários mencionados no art. 1º e a suspensão da transferência de quaisquer outros recursos federais, nas seguintes hipóteses, sem prejuízo das sanções administrativas, civis e penais cabíveis: Parágrafo único. O bloqueio e a suspensão previstos neste artigo serão mantidos enquanto persistir, a juízo do Tribunal de Contas da União, o motivo determinante da sua efetivação¹⁶⁴.

Insta destacar a visão de Marcelo Figueiredo:

A liberação de verba pública é o ato final de um procedimento jurídico minuciosamente regrado na Constituição federal e nas leis orçamentárias. Assim, todas as despesas públicas devem ser autorizadas pelo Congresso nacional, por ocasião da aprovação da lei orçamentária (arts. 165 a 169 da CF). Há, portanto, controle formal do Poder legislativo. De outra parte, a lei de Licitações (n. 8.666, de 1993) exige a observância do procedimento competitivo nos casos lá arrolados, procurando impedir favorecimentos de qualquer natureza, inclusive com cominações penais. Por fim, a Lei 4.320, de 1964, é incisiva ao condicionar a despesa ao respectivo empenho – mais uma oportunidade para aquilatar sua procedência, regularidade e legitimidade¹⁶⁵.

Conclui Wallace Paiva Martins Junior:

Cuida-se, portanto, da censura ao desvio e ao emprego irregular de verba pública, da tutela dos requisitos da forma e da finalidade da liberação de verba pública, abarcando tão somente a despesa pública como também qualquer ato de saída de dinheiro dos cofres

¹⁶³ RIZZARDO, 2012, p. 481/482.

¹⁶⁴ BRASIL. Lei nº 7.675, de 4 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7675.htm>. Acesso em 20 dez. 2013.

¹⁶⁵ FIGUEIREDO, 2009, p. 112.

públicos, diferentemente do art. 10, IX, que trata apenas de despesa pública¹⁶⁶.

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

O dispositivo tende a fechar o cerco em relação aos agentes públicos que praticam a atividade ilícita, proibindo de qualquer forma, mecanismo ou subterfúgios, que o mesmo agente facilite o enriquecimento, diga-se, de forma ilícita, de terceiros. O que se quer evitar aqui, é que o agente público crie mecanismos através dos quais se encaminhe a corrupção, o que chamamos popularmente e na linguagem popular de “esquemas”, estes colocados à disposição de todos, cotidianamente, pelos diversos meios de comunicação.

Rizzardo é contundente ao afirmar que:

O enriquecimento ilícito, no caso em exame de terceiro, equivale a uma vantagem obtida ou concedida em favor de outra pessoa que não o agente, não havendo a devida contraprestação, como no pagamento sem a entrega da mercadoria, ou sem a prestação do serviço contratado; no recebimento de um produto de qualidade inferior à adquirida; na falta de aferição da quantidade de produtos adquiridos. Pode-se dizer que se configura uma coautoria ou participação do agente, que, não raramente, ele estranhos à função pública par não aparecer ostensivamente na prática da ilicitude¹⁶⁷.

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

Para Wallace Paiva, nesse caso:

Há dano patrimonial efetivo porque os bens e serviços públicos têm o seu uso lícito desviado para benefício de terceiro. Esse uso ilícito, desvirtuado da finalidade dada ao bem ou serviço, todavia, é remunerado pela Administração Pública. O terceiro beneficiar-se-á na medida em que poupará aquilo que deveria gastar com o material

¹⁶⁶ MARTINS JUNIOR, 2001, p. 222.

¹⁶⁷ RIZZARDO, 2012, p. 483.

e a mão-de-obra em sua obra ou serviço particular, enriquecendo ilicitamente por prestação negativa. Por isso, caberão sempre o ressarcimento do dano e a perda do proveito obtido¹⁶⁸.

O presente inciso reflete, nada mais, nada menos, o que as corriqueiras notícias do nosso país revelam entre os canais da corrupção, a prática mais comum de utilização indevida do aparelhamento estatal, sejam veículos, máquinas ou equipamentos de qualquer natureza, para ampliar as mansões de políticos e governantes, ou normalmente suas chácaras, um pouco distantes das cidades ou até da mão de obra para construção de quiosques e piscinas em suas casas, erguidas ao custo da população brasileira.

Sobre os casos de corrupção conhecidos no país e a permissão para o uso de máquinas, aparelhamentos e mão-de-obra, para Rizzardo:

Os anais de corrupções conhecidas no país revelam casos de aberturas de vias para o acesso em propriedades de políticos ou governantes; de disponibilização de aparelhamentos, mão-de-obra e material para a eletrificação de casas de campo de pessoas ligadas a influentes setores da administração; do emprego de máquinas, equipamentos, funcionários e combustível para a abertura de açudes em áreas rurais de políticos¹⁶⁹.

Acrescenta ainda que “[...] empregam-se os veículos para o transporte de bens de uma pessoa, ou de seus familiares, utilização esta que nada tem a ver com a finalidade do setor público a que se encontra ou encontrava vinculado o agente¹⁷⁰”.

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

A Lei nº 11.107, de 06.04.2005 disciplina o contrato de consórcios públicos. Em seu art. 2º enumera os objetivos do consórcio:

I – firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo;

¹⁶⁸ MARTINS JUNIOR, 2001, p. 223.

¹⁶⁹ RIZZARDO, 2012, p. 484.

¹⁷⁰ RIZZARDO, 2012, p. 484.

II – nos termos do contrato de consórcio de direito público, promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público;

III – ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da federação consorciados, dispensada a licitação¹⁷¹.

Bem anota Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A própria Lei nº 11.107 derroga parcialmente o direito privado, na medida em que se aplica aos consórcios públicos, independentemente de sua personalidade pública ou privada. Especificamente, o direito privado é derogado quando o artigo 6º, § 2º, determina a sujeição dos consórcios com personalidade de direito privado às normas sobre licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal. Além disso, o decreto nº 5.504, de 5-8-2005, exige que os consórcios públicos, relativamente aos recursos por eles administrados, oriundos de repasses da União, realizem licitação para as obras, compras, serviços e alienações (art. 1º). No caso de aquisição de bens e serviços comuns, o mesmo dispositivo impõe a modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica¹⁷².

Em razão da extensa regulamentação desta espécie de associação e a complexidade de sua formação, esclarece Waldo Fazzio Junior:

Os entes consorciados somente entregarão ao consórcio público mediante contrato de rateio formalizado em cada exercício financeiro, com prazo de vigência não superior ao das dotações que o suportam. São ressalvados os contratos que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual ou a gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou preços públicos¹⁷³.

Ora, total a incongruência do legislador, ao estender para o campo da improbidade a falta de observância das complexas regras que regem esta forma de união de entes públicos. Naturalmente, para reconhecer a improbidade, devem agregar-se mais elementos, como o proveito pessoal e indevido do agente, ou o prejuízo ou lesão ao ente público, ou a ofensa aos princípios da moralidade pública. Não se dá o mero enquadramento em improbidade pela simples verificação da previsão do inciso XIV. Por diferentes termos, urge que, além de desrespeitar as regras para a formação do consórcio,

¹⁷¹ Art. 2º Os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais. (BRASIL. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm>. Acesso em 04 nov. 2013).

¹⁷² DI PIETRO, 2010, p. 477.

¹⁷³ FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 157.

incorra o agente numa das condutas dos arts. 9º, 10 e 11 da lei nº 8.429, o que viabilizará a aplicação das sanções do art. 12.

XV – Celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)¹⁷⁴.

Em relação ao rateio e a obrigatoriedade da vinculação às dotações, praticado pelo agente público, Marino Pazzaglini leciona:

O agente público que representa o ente federativo consorciado subscritor de contrato de rateio, positivado que o ajuste foi celebrado sem prévia ou suficiente dotação orçamentária para suportar as suas obrigações contratuais, bem como sem observância de formalidades previstas em lei, tão só pode ser considerado sujeito ativo do ato de improbidade em análise se, primeiro, da desobediência dessas exigências legais decorreu prejuízo financeiro real para qualquer dos entes da Federação consorciados. E se, segundo, ela resultou de comportamento funcional desonesto, de má-fé, do agente público que subscreveu, em nome do ente federativo consorciado, o contrato de rateio, sem que houvesse prévia ou suficiente dotação orçamentária para atender às despesas a serem rateadas de responsabilidade deste¹⁷⁵.

Isto posto, podemos concluir que, sendo Erário a parcela do patrimônio público de conteúdo econômico-financeiro direto, para a sua configuração, será necessário a ação ou omissão ilegal do agente público no exercício da função, derivada de má-fé e desonestidade, sendo causadora de lesão efetiva ao Erário.

3.4 Atos de Improbidade que atentam contra os princípios da administração pública - art. 11º

Trata-se aqui de ato de improbidade que tenha como consequência a ofensa aos princípios basilares da Administração Pública, com finalidade de resguardo a esses princípios, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, ou seja, a legalidade, publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que

¹⁷⁴ FAZZIO JUNIOR, Waldo *apud* RIZZARDO, 2012, p. 485.

¹⁷⁵ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 99.

viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...] ¹⁷⁶.

Vale mencionar a sempre clássica visão de Alexandre de Moraes:

As hipóteses contempladas no art. 11 da Lei 8.429/92 exigem para a sua tipificação: conduta dolosa do agente; conduta comissiva ou omissiva ilícita que, em regra, não gere enriquecimento ilícito ou não cause lesão ao patrimônio público; violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições; atentado contra os princípios da Administração; existência de nexo causal entre o exercício funcional e o desrespeito aos princípios da Administração ¹⁷⁷.

Para Marino Pazzaglini Filho:

Assim, os atos administrativos ilegais que não se revestem de inequívoca gravidade, que não ostentam indícios de desonestidade ou má-fé, que constituem simples irregularidades anuláveis (e não atos nulos de pleno direito), que decorrerem da inabilitação ou despreparo escusável do agente público, não configuram improbidade administrativa ¹⁷⁸.

Destaca, sob tal aspecto, a seguinte decisão de E. Superior Tribunal de Justiça:

1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente:

a) Importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerando a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada cum *granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa por acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de conduta administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservando a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretende.

3. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta

¹⁷⁶ BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em 04 nov. 2013.

¹⁷⁷ MORAES, Alexandre *apud* REMEDIO, 2012, p. 490.

¹⁷⁸ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 102.

antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má intenção do administrador.

4. Destarte, o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa, o que afasta, dentro do nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade objetiva¹⁷⁹.

A propósito da essencialidade da ação ou omissão funcional dolosa do agente público para a configuração dessa espécie de improbidade administrativa, é valoroso o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE: TIPIFICAÇÃO (ART. 11 DA LEI 8.429/92).

1. O tipo do artigo 11 da Lei 8.429/92, para configurar-se como ato de improbidade, exige conduta comissiva ou omissiva dolosa.
2. Atipicidade de conduta por ausência de dolo.
3. Recurso especial provido¹⁸⁰.

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. LEI 8.429/92. LICITAÇÃO. NECESSIDADE DE CONFIGURAÇÃO DO DOLO DO AGENTE PÚBLICO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ.

1. Nem todo o ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para os fins da Lei 8.429/92. A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador.
2. As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sendo que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa. Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas, conclui-se que o

¹⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial nº 654.721/MT, Administrativo. Ação Civil Pública. Recursos Especiais. Improbidade Administrativa. Lei 8.429/92. Contratação e Manutenção de Pessoal sem a Realização de Concurso Público. Ausência de Dolo e de Prejuízo ao Erário. Ato de Improbidade Administrativa não Configurado. Recursos Providos. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 23 de junho de 2009, Publicado no DJe de 01/07/2009, vol. 241 p. 107; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 604.151/RS. Administrativo. Improbidade. Lei 9.429/92, Art. 11. Desnecessidade de Ocorrência de Prejuízo ao Erário. Exigência de Conduta Dolosa. Relator: Ministro José Delgado. Relator Para Acórdão: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 25 de abril de 2006. Publicado no DJe de 08/06/2006; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.149.427/SC, Processual Civil. Administrativo. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Lei 8.429 /92. Ressarcimento de Dano Erário. Ausência de Dano e De Má-Fé (Dolo). Aplicação das Penalidades. Princípio da Proporcionalidade. Divergência Jurisprudencial não Demonstrada. Violação ao Art. 535 do Cpc . Inocorrência. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de agosto de 2010 Publicado no DJe de 09/09/2010 *apud* PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 102.

¹⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 534.575/PR. Administrativo - Ação Civil Pública - Ato de Improbidade: Tipificação (Art. 11 Da Lei 8.429/92). Relator Ministra Eliana Calmon. Brasília, 9 de dezembro de 2003. Publicado no DJ de 29/03/2004 *apud* PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 103.

silêncio da lei tem o sentido eloquente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9º e 11.¹⁸¹

Nesse ponto, o STJ uniformizou a jurisprudência:

O tema central do presente recurso está limitado à análise da necessidade da presença de elemento subjetivo para a configuração de ato de improbidade administrativa por violação de princípios da Administração Pública, previsto no art. 11 da Lei 8.429/92. Efetivamente, as Turmas de Direito Público desta Corte Superior divergiam sobre o tema, pois a Primeira Turma entendia ser indispensável a demonstração de conduta dolosa para a tipificação do referido ato de improbidade administrativa, enquanto a Segunda Turma exigia para a configuração a mera violação dos princípios da Administração Pública, independentemente da existência do elemento subjetivo.

Entretanto, no julgamento do REsp 765.212/AC (Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 23-6-2010), a Segunda Turma modificou o seu entendimento, no mesmo sentido da orientação da Primeira Turma, a fim de afastar a possibilidade de responsabilidade objetiva para a configuração de ato de improbidade administrativa.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que, para a configuração do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, é necessária a presença de conduta dolosa, não sendo admitida a atribuição de responsabilidade objetiva em sede de improbidade administrativa.

Ademais, também restou consolidada a orientação de que somente a modalidade dolosa é comum a todos os tipos de improbidade administrativa, especificamente os atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º), causem prejuízo ao erário (art. 10) e atentam contra os princípios da administração pública (art. 11), e que a modalidade culposa somente incide por ato que cause lesão ao erário (art. 10 da LIA)” (REsp 875163/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 30-6-2010)¹⁸².

Vale mencionar que o que se exige para a configuração do ato de improbidade por violação aos princípios constitucionais da administração pública é que a ação decorra da conduta dolosa do agente público devidamente comprovada, assim considerada uma conduta ilícita. Ainda, exige-se que o mesmo seja consciente da violação, acrescida pela desonestidade, má-fé e falta de probidade.

Ante o exposto, os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública exigem, para sua configuração, os seguintes requisitos:

¹⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 940.269/DF. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 2 de outubro de 2008. Publicado no DJ de 04/09/2008 *apud* PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 103.

¹⁸² PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 103/104.

- ação ou omissão violadora de princípio constitucional regulador da Administração Pública;
- comportamento funcional ilícito denotativo de desonestidade, má-fé ou falta de probidade do agente público;
- ação ou omissão funcional dolosa;
- que não decorra da transgressão de princípio constitucional, enriquecimento ilícito do agente público ímprobo ou lesão ao Erário¹⁸³.

Segundo Arnaldo Rizzardo:

[...] trata-se de atos atentatórios à sanidade e moralidade administrativa porque revelam o desvio ético da conduta do servidor ou agente e dos terceiros favorecidos, a falta de habilidade moral, o abalo da credibilidade e a degeneração da seriedade administrativa. [...] Pelo art. 11 da Lei nº 8.429, os princípios são a honestidade, a imparcialidade, a legalidade e a lealdade às instituições; já em vista do art. 37 da CF, reproduzidos pelo art. 4º da Lei nº 8.429 (exceto quanto à eficiência), têm-se a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência¹⁸⁴.

E complementa:

Esses princípios, que se alçam em deveres, na conjugação dos arts. 4º e 11 da Lei nº 8.429 e 37 da Constituição Federal, são a *honestidade*, que diz com a retidão de conduta, a prática de ações de acordo com a moral e completa correção no desempenho da função; a *impessoalidade* ou *imparcialidade*, de modo a não pender para favorecimentos de pessoas, não proceder por conveniências, e a revelar justeza nas decisões, confundindo-se, nesses pontos, com a impessoalidade; a *legalidade*, que corresponde a proceder sempre de acordo com lei, os regulamentos ou regimentos internos das instituições; a *moralidade*, considerada como a coadunação da conduta ao conjunto de regras da decência necessária para atingir a consecução do interesse público, regras essas exigidas para o bom funcionamento da administração; a *eficiência*, que conduz a desempenhar utilmente a atividade, de modo a trazer resultado prático no cumprimento das obrigações inerentes ao cargo, não bastando a mera presença na repartição ou instituição em que se exerce o trabalho, mas demonstrando aptidão, conhecimento, destreza e outras virtudes; a *lealdade às instituições*, que equivale à fidelidade às obrigações, à sinceridade, à franqueza e à correspondência da conduta às exigências da instituição, não traindo os deveres que lhe são próprios; a *publicidade*, revelada na transparência dos administradores, com a plena visibilidade da coisa pública, de sorte a nada se ocultar ou a não se impedir o acesso de

¹⁸³ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 104.

¹⁸⁴ RIZZARDO, 2012, p. 486/487.

todos quantos procurarem o conhecimento das finanças e das ações governamentais, havendo, pois, a obrigatoriedade de se divulgarem os atos da Administração Pública, seja por meio de sua publicação, seja pelo acesso ao seu teor de todos quantos procuram conhecê-los¹⁸⁵.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves destacam a diferença entre a moralidade e a legalidade:

O princípio da legalidade exige a adequação do ato à lei, enquanto que o da moralidade torna obrigatório que o móvel do agente e o objetivo visado estejam em harmonia com o dever de bem administrar. Ainda que os contornos do ato estejam superpostos à lei, será ele inválido se resultar de caprichos pessoais do administrador, afastando-se do dever de bem administrar e da consecução do bem comum¹⁸⁶.

Fábio Medina Osório trata da questão, ressaltando:

Será qualquer ilegalidade que poderá ensejar configuração da improbidade administrativa?

Com efeito, aqui cabe registrar, fundamentalmente, que a mera ilegalidade, pura e simples, não revela a improbidade administrativa, na medida exata em que esta é uma categoria do ato ilícito mais grave, acentuadamente reprovável, seja por dolo ou culpa do agente, merecedor de especiais sanções. A ilegalidade, por si só, não acarreta a incidência da lei de improbidade, porque tal hipótese traduziria o caos da administração. Veja-se que a cada julgamento de procedência de um mandado de segurança, por exemplo, seria obrigatório o reconhecimento da improbidade administrativa¹⁸⁷.

Já para Wallace Paiva Martins Júnior, acerca da gravidade do ato de improbidade administrativa em discussão:

A violação de princípio é o mais grave atentado cometido contra a Administração Pública, porque é a completa e subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo. Grande utilidade fornece a conceituação do atentado contra os princípios da Administração Pública como espécie de improbidade administrativa, na medida em que inaugura a perspectiva de punição do agente público por simples violação de um princípio, para assegurar a primazia dos valores ontológicos da Administração

¹⁸⁵ RIZZARDO, 2012, p. 487.

¹⁸⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco *apud* RIZZARDO, 2012, p. 488.

¹⁸⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 129.

Pública, que a experiência mostra tanta e tantas vezes ofendidos à míngua de qualquer sanção¹⁸⁸.

Celso Ribeiro Bastos, a respeito do princípio da legalidade, sabiamente elucida:

A sua significação é dúplice. De um lado representa o marco avançado do Estado de Direito, que procura jugular os comportamentos, quer individuais, quer dos órgãos estatais, às normas jurídicas das quais as leis são a suprema expressão. Nesse sentido, o princípio da legalidade é de transcendental importância para vincar as distinções entre o Estado constitucional e o absolutista, este último de antes da Revolução Francesa. Aqui havia lugar para o arbítrio. Com o primado da lei cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei, que se presume ser a expressão da vontade coletiva¹⁸⁹.

Sob o prisma do Direito Constitucional, Pedro Lenza, com peculiar observação, discorre sobre a necessidade da probidade administrativa e o princípio da moralidade, alertando que “a Administração Pública, de acordo com o **princípio da moralidade administrativa**, deve agir com **boa-fé, sinceridade, probidade, lhaneza, lealdade e ética**¹⁹⁰”.

Vale lembrar que o rol de dispositivos previstos nos incisos do art. 11 da lei nº 8.429 é meramente exemplificativo, sem haver esgotamento, sempre objetivando alcançar a probidade administrativa, a moralidade administrativa, destacando-se os princípios norteadores do art. 37 da CF, bem como aqueles da lei em comento.

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

Nesse caso, o agente público atua fora dos limites de sua competência, inobservando o interesse público e excedendo suas faculdades administrativas. Ou seja, pode atuar no âmbito de sua competência, mas com desvio de finalidade.

Na esteira do que acentua Waldo Fazzio Junior:

¹⁸⁸ MARTINS JUNIOR, 2001, p. 224.

¹⁸⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 172.

¹⁹⁰ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 1162.

O dispositivo se refere ao desvio de finalidade e repete o dispositivo na Lei nº 4.717/65 (art. 2º, parágrafo único, “e”), *litteris*: “o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”. Só que, aqui, a figura do ato de improbidade administrativa contempla expressamente a prática de ato visando fim proibido em lei, não apenas o diverso do previsto na regra de competência¹⁹¹.

Seguindo as lições de Arnaldo Rizzardo:

Amplio é o conteúdo do texto, pois abrange a prática de ato ilícito, de desvio de finalidade e de qualquer atividade *contra legem*, desgarrada do interesse público, isto é, não enquadrada dentro do quadro de funções ordenadas pela lei ou regulamento, bem como o desempenho de atos que não são da competência do agente. Não cabe ao agente descambar para o excesso de poder e invadir a esfera de atribuições estabelecidas para outro funcionário, que ocupa posto diferente. Estende-se a imposição desse controle aos agentes de qualquer dos Poderes do Estado, abrangendo, pois, os atos legislativos e jurisdicionais. Assim, não se permite a um juiz de direito sair às ruas e efetuar prisões. Nem se tolera que um prefeito municipal utilize verbas públicas para fins diferentes daqueles constantes na lei orçamentária. Todas as funções públicas estão reguladas com minudência, descrevendo direitos, deveres e atribuições. Para manterem-se íntegras, devem expressar que estão executando ou trilhando a vontade legal¹⁹².

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

O núcleo do tipo é o verbo “retardar” no sentido de protelação, dilação, adiando as coisas ou tarefas que já deveriam estar prontas, de maneira injustificada, omitindo a execução no prazo estabelecido em lei. Exemplo de ato de improbidade administrativa em exame, é o fato do agente público não dar cumprimento a ordem judicial, omitir instauração de procedimento disciplinar, entre outros.

Wallace Paiva Martins Jr destaca que:

O objetivo é a punição da omissão do agente público que, contrariamente à norma legal ou regulamentar, à moralidade administrativa ou aos princípios da Administração Pública (esse é o sentido da expressão legal *indevidamente*), retarda ou abstém-se da prática de ato de sua competência. [...] Bem peculiares à hipótese são as condutas (omissiva ou morosa) do agente público no atendimento do direito de petição ou de certidão, na facilitação de

¹⁹¹ FAZZIO JUNIOR, 2012, p. 310.

¹⁹² RIZZARDO, 2012, p. 491.

fuga de detentos, na abstenção de execução de ordem de prisão ou de flagrante delito, no retardamento da execução de embargo à obra para possibilitar sua conclusão, na omissão da responsabilização dos subordinados manifestada em crimes funcionais etc. Se o agente obtém vantagem econômica, comete enriquecimento ilícito (art. 9º, X)¹⁹³.

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

Revelar o agente público, de forma voluntária ou injustificadamente, fato ou circunstância que teve ciência e deveria permanecer em sigilo é ato de improbidade administrativa por violação aos princípios constitucionais. Não importa, no presente caso, a maneira como a revelação é feita: se escrita, oral ou exibindo-se um documento. Como elemento subjetivo temos o dolo, caracterizado pelo ato voluntário de comunicar indevidamente a terceiro certa notícia.

Exemplo dessa situação é o agente na condição de integrante de banca examinadora de concurso público que comunica, de forma intempestiva, questões constantes de prova escrita.

Na mesma senda, discorre Wallace Paiva que:

O inciso III do art. 11 visa a preservar o sigilo funcional, que integra o plexo de deveres funcionais do agente público ligados à probidade administrativa. É intensa a preocupação com o acesso de informações privilegiadas, tanto que o art. 37, § 7º, da Constituição Federal remete à legislação infraconstitucional a tarefa de dispor sobre requisitos e restrições ao ocupante de cargo ou emprego da Administração Pública direta ou indireta, e tais instrumentos deverão inscrever com maior profundidade regime de incompatibilidades e impedimentos, visando à garantia de probidade. O agente público rompe com os deveres inerentes a seu cargo quando difunde ou transmite a terceiro fato coberto por sigilo legal ou institucional, conhecido em razão de sua qualidade funcional ou das oportunidades que esta proporciona¹⁹⁴.

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

¹⁹³ MARTINS JUNIOR, 2001, p. 234/235.

¹⁹⁴ MARTINS JUNIOR, 2001, p. 235.

Trata-se de descumprimento de princípio constitucional elencado no art. 37 da Constituição Federal de 1988. É dever atribuído à Administração de dar total transparência a todos os atos que praticar, além de fornecer todas as informações solicitadas pelos particulares, sejam públicas, de interesse pessoal ou mesmo personalíssimas, que constem de bancos de dados públicos, pois, como regra geral, nenhum ato administrativo pode ser sigiloso.

O aludido princípio comporta algumas exceções, como os atos e as atividades relacionados com a segurança da sociedade ou do Estado, ou quando o conteúdo da informação for resguardado pelo direito à intimidade (art. 37, § 3.º, inc. II, ¹⁹⁵da CF/88).

Aliás, a Carta Magna, em seu art. 37, § 1º, assim estabelece:

A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos¹⁹⁶.

No tocante à publicidade dos atos, programas e obras concluídas pela Administração Pública, cumpre salientar que esta só será admitida se tiver objetivo educativo, informativo ou de orientação social, proibindo-se a promoção pessoal de autoridades ou de servidores públicos por meio de divulgação de nomes, símbolos e imagens, sob pena de violação do princípio em estudo.

Marino Pazzaglini Filho reitera quanto ao princípio constitucional da publicidade, o que, em outro trabalho, já havia salientado:

O princípio da publicidade consiste no acesso difuso do público às informações relativas às atividades do Estado (fatos, atos, contratos, normas, decisões e informações em geral), seja por divulgação nos meios de comunicação oficial e particular, seja pelo fornecimento de dados de interesse geral ou individual, quando requeridos nos órgãos ou entidades públicas, sob pena de responsabilidade.

¹⁹⁵ [...]§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: [...]II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;[...] (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 nov. 2013).

¹⁹⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 nov. 2013.

A publicidade da Administração, na lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha,

‘confere certeza às condutas estatais e segurança aos direitos individuais e políticos dos cidadãos. Sem ela, a ambiguidade diante das práticas administrativas conduz à insegurança jurídica e à ruptura do elemento de confiança que o cidadão tem que depositar no Estado’.

Portanto, é **requisito essencial à transparência da gestão da coisa pública**, ao controle interno e externo das atividades do Estado e à segurança jurídica dos cidadãos e da sociedade em geral.

...

A regra, pois, é a publicidade difusa ou individualizada das atividades estatais, inclusive a publicidade é **condição de eficácia dos atos dos Poderes Públicos que tenham de produzir efeitos externos**.

A dispensa da publicidade é exceção, nas situações de sigilo expressamente contempladas na Lei Maior, quando for indispensável à defesa da intimidade de um indivíduo ou interesse social (art. 5º, inc. LX, da CF) ou imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, inc. XXXIII, da CF)¹⁹⁷.

V - frustrar a licitude de concurso público;

O concurso público é meio técnico de acesso a cargos e empregos públicos, selecionando-se, por meio de critérios pré-estabelecidos e competição por meio de provas ou provas e títulos, os mais aptos na ordem de classificação entre os candidatos considerados habilitados.

A consumação pelo agente público da hipótese acima macula e impede a validade do princípio constitucional da igualdade que se encontra disposto no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988.

Nas lições de Marino Pazzaglini, “frustrar a legalidade de concurso público quer dizer burlar, fraudar, tornar viciado o procedimento seletivo das pessoas mais aptas, que tenham interesse em exercer cargos ou empregos públicos¹⁹⁸”.

Assim estabelece o art. 37, inc. II, da CF:

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)¹⁹⁹.

¹⁹⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino *apud* PAZZAGLINI FILHO, 2001, p. 107.

¹⁹⁸ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 109.

¹⁹⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 nov. 2013.

Impondo a igualdade de tratamento jurídico para pessoas que competem entre si em situações ou condições igualitárias, Cármen Lúcia Antunes Rocha sustenta que:

Pela igualdade – havida como um dos princípios magnos primários da Constituição Brasileira e de todos os Estados Democráticos desde a Antiguidade – pretende-se enfatizar a ausência de discriminação que desiguala o que é igual, criando-se, pela desequiparação fundada em razões pessoais, situações de prejuízos de uns e privilégios de outros.

A igualdade jurídica recria e saneia as diferenças que a desigualdade natural oferece e que poderia comprometer a convivência numa sociedade política. Por isso, reconhece-se a desigualdade natural entre as pessoas, naquilo que, contudo, desimporta para o Direito. A este apenas interessam aquelas diferenças que se referam às finalidades objetivadas no sistema jurídico e que se voltam para o bem de todos os cidadãos. Todas as diferenças pessoais são desconsideradas e vedadas como base de comportamento sociopolítico pelo Direito, quando não sejam objetivamente verificados como pertinentes a uma situação descrita no próprio sistema jurídico-normativo e nele tomado, validamente, como referencial para a distinção²⁰⁰.

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

Essa limitação de divulgação dos resultados deriva do princípio constitucional da publicidade, garantindo-se aos governados a ciência sobre a atuação de seus governantes. Fato é que essa obrigatoriedade de divulgação dos dados sobre a gestão dos negócios públicos não se limita à função administrativa, mas também a todas as atividades estatais.

Dispõe a Constituição federal de 1988, em seu art. 70, parágrafo único:

Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)²⁰¹.

²⁰⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes *apud* PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 110.

²⁰¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 nov. 2013.

Valiosa a lembrança feita por Marino Pazzaglini, ao citar a Lei de Responsabilidade Fiscal, que:

Por sua vez, qualifica de instrumentos de transparência da gestão fiscal, ordenando sua ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público, as prestações de contas (e parecer prévio) dos agentes responsáveis pela administração das finanças públicas (art. 48)²⁰².

E estatui, no art. 58:

A prestação de contas evidenciará o desempenho da arrecadação em relação à previsão, destacando as providências adotadas no âmbito da fiscalização das receitas e combate à sonegação, as ações de recuperação de créditos nas instâncias administrativa e judicial, bem como as demais medidas para incremento das receitas tributárias e de contribuições²⁰³.

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Finalizando o rol exemplificativo do art. 11 da Lei 8.429, conforme ensina Wallace Paiva Martins Júnior:

Prática assaz verificada na Administração Pública é a deslealdade funcional tratada no art. 11, VII, consistente em revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor da medida política ou econômica capaz de afetar preço da mercadoria, bem ou serviço. Reprime-se a divulgação inofensiva, escamoteada e privilegiada de teor de medida política ou econômica, desde que a revelação seja anterior à divulgação oficial e tenha a capacidade de afetar preço de mercadorias, bens ou serviços, pois ela tem a potencialidade de causar impacto no mercado²⁰⁴.

Discorrendo sobre a dificuldade de se encontrar e enquadrar a violação a um diploma, posto que as situações práticas e fáticas são de difícil complexidade e apuração, os autores Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves apresentaram uma

²⁰² PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 115.

²⁰³ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 115.

²⁰⁴ MARTINS JUNIOR, 2001, p. 238.

catalogação constando vários casos considerados como atos de improbidade, de acordo com a jurisprudência²⁰⁵.

José Antonio Remédio enumera alguns casos de prática de atos de improbidade, tendo em vista os inúmeros precedentes jurisprudenciais:

[...]

f) a acumulação ilegal de três cargos municipais²⁰⁶;

[...]

m) a participação, na qualidade de servidor público, de licitações irregulares²⁰⁷;

²⁰⁵ a) a participação de juiz integrante do TRT em eleição destinada a compor lista tríplice para preenchimento de vaga de juiz togado quando um dos candidatos é filho do mesmo (STF, Pleno, MS nº 1748-1, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 14.04.1994, DJ de 10.06.1994); b) bacharel em direito que ocupa cargo de assessor de desembargador e exerce a advocacia (STF, 2ª Turma, RE nº 199.088-CE, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 01.10.1996, DJ de 16.04.1999); c) ato do Presidente do TRT que, ante o afastamento do representante classista titular, deixa de convocar o suplente que com ele fora nomeado, pinçando, à sua livre discricção, o suplente que substituirá o titular (STF, 2ª Turma, RE nº 197.888-1, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 13.10.1997, DJ de 28.11.1997); [...] f) custeio, pela municipalidade, das despesas de viagem ao exterior da esposa do Prefeito, em companhia deste, o que não representa nenhum benefício para o Município, ainda que ela dirigisse algum órgão público, sendo idêntica a conclusão em relação às despesas com viagens do Prefeito não autorizadas pela Câmara Municipal (STJ, 1ª Turma, Resp. nº 37.275-5, Rel. Min. Garcia Vieira, j. em 15.09.1993, RSTJ nº 53/322); [...] l) transferência do controle acionário de banco estatal, por valor inferior à avaliação realizada um ano antes do negócio, provocando vantagem desmedida à pessoa jurídica privada e, em sentido contrário, significativos danos para a administração pública (STJ, 1ª Turma, REsp. nº 295.604-MG, Rel. Min. José Delgado, j. em 21.03.2002, DJ de 22.04.2002); m) percepção de duplo pensionamento, tendo o Estado como fonte pagadora de ambas, quando há um único fato gerador – *in casu* a ocupação do cargo público (STJ, 5ª Turma, ROMS nº 13.092-PI, Rel. Min. Félix Fischer, j. em 14.05.2002, DJ de 03.06.2002); n) alienação de lotes de terrenos pertencentes à municipalidade, contíguos a outros de propriedade do Prefeito, e posteriormente por ele adquiridos pelo valor de avaliação, acarretando a valorização da área contínua quando agregada à primitiva (TJSP, 7ª CC, AP nº 145.916-1/2, Rel. des. Campos Mello, j. em 26.06.1991, RT 673/61); [...] p) realização de gastos excessivos, a pretexto de outorga de títulos e honorarias, com bebidas, comestíveis, peças de vestuário etc (TJSP, 4ª CC, AP nº 186.613-1/0, Rel. Des. Alves Braga, j. em 24.06.1993, RT 702/71); [...] t) pagamento de diárias a servidora que reside, por longa data, em sede diversa da sua lotação, onde tem apartamento locado e na qual deveria realizar determinado serviço; verba que pressupõe o deslocamento temporário do servidor da sede onde está lotado e que tem a finalidade de indenizar as despesas de alimentação e pousada, pressupostos ausente na hipótese (TJRS, 3ª CC, Ap. nº 597.121.730, Rel. Des. Tael João Selistre, j. em 27.11.1997); [...] x) remuneração da gratificação natalina e das férias de agentes políticos estabelecida em lei e em resolução com efeitos retroativos (TJRS, 3ª CC, Ap. nº 700001776897, Rel. Des. Augusto Otávio Stern, j. em 15.02.2001); y) empréstimo de dinheiro, a juros abusivos, com nítida prática de crime de usura, realizado por escrivão judicial, valendo-se das comodidades e do prestígio inerentes ao seu cargo, o que se agrava em se tratando de conduta reiteradamente praticada em comarca do interior (TJRS, 4ª CC, Ap. nº 70003638541, Rel. Des. Vasco Della Giustina, j. em 28.12.2001) (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3 ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p. 80/83).

²⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 1.129.423-SP. Brasília, 20 de abril de 2010. Relator Ministro Herman Benjamin. Publicado no DJe de 01/07/2010 *apud* REMÉDIO, 2012, p. 499.

²⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 1.186.123-SP. Brasília, 02 de dezembro de 2010. Relator Ministro Herman Benjamin. Publicado no DJe de 04/02/2011 *apud* REMÉDIO, 2012, 499.

n) a contratação de escritório de advocacia, quando ausente a singularidade do objeto contratado e a notória especialização do prestador previstas no art. 13 da Lei 8.666/93²⁰⁸.

Ante o exposto, após a análise minuciosa de cada hipótese contemplada no art. 11 e seus exemplos práticos, conclui-se que, para a sua configuração, será necessário: que a afronta ao princípio constitucional da administração pública decorra de comportamento doloso do agente público devidamente comprovado, de forma ilícita, consciente e desonesta, distante da necessária probidade.

²⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 488842-SP. Brasília, 17 de abril de 2008. Relator para acórdão Ministro Castro Meira. Publicado no *DJe* de 05/12/2008 *apud* REMEDIO, 2012, p. 499.

4 SANÇÕES DO ART. 12 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O PRISMA CONSTITUCIONAL

No presente capítulo, analisaremos as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, suas peculiaridades e a questão da gradação das sanções. Ainda, faremos uma análise minuciosa das espécies previstas no art. 12 da LIA, bem como a extensão e a intensidade das penalidades. Na parte final, definiremos a natureza jurídica das sanções e a questão da proporcionalidade na aplicação do sancionamento.

4.1 Sanções previstas na Constituição Federal e na Lei nº 8.429/92

A Constituição Federal, em seu art. 37, § 4º, estatui que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A Lei nº 8.429/92, por sua vez, dispõe em seu art. 12, de uma forma geral, que, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ressarcimento integral do dano, quando houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; pagamento de multa civil; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

4.2 Discriminação das penalidades

A classificação dos atos de improbidade nomeada pelo legislador constituinte fica condicionada à gravidade e a intensidade das sanções. A meu ver, tem-se maior gravidade nos atos que importarem em enriquecimento ilícito. Os atos de improbidade que resultarem em danos ao patrimônio público devem ser tratados

medianamente e com menor intensidade os casos que atentarem contra os princípios da administração pública²⁰⁹.

4.3 Sanções dos Atos de Improbidade em Espécie

Uma vez identificada a violação à norma positiva de proteção do bem, decorre a reprimenda prevista como punição, e que, no caso de improbidade administrativa, são várias.

Waldo Fazzio Junior leciona quanto à extensão das penalidades:

Como a responsabilidade do agente público, por atos praticados em razão do exercício do cargo, função, mandato ou emprego, não é meramente civil, mas civil e político-administrativa (ilícito civil de responsabilidade), as sanções correspondentes também são híbridas, envolvendo, por exemplo, o dever civil de reparar o dano causado pelo ato ilícito e, simultaneamente, a suspensão dos direitos políticos por seu exercício subvertido. Ou, por outro lado, o dever civil de devolver o produto do locupletamento e, ao mesmo tempo, a perda da função pública desconsiderada pela sua conduta²¹⁰.

E acrescenta:

²⁰⁹ Para Arnaldo Rizzardo, temos quatro tipos de penalidades: a) a penalidade política, consistente na suspensão dos direitos políticos; b) a político-administrativa, que é a perda da função pública; c) a administrativa, verificada na proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios, ou incentivos fiscais ou creditícios; d) a civil, que se expressa na multa civil, no ressarcimento integral do dano e na perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente ou de terceiros. Importante salientar a discriminação e até de modo descritivo, segundo o tipo de violação administrativa: *A) Penalidades aplicadas aos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito – art. 9º*: - perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; - ressarcimento integral do dano, quando houver; - perda da função pública; - suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos; - pagamento de multa civil até três vezes o valor do acréscimo patrimonial; - proibição de contratar com o Poder Público; - proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos. *B) Penalidades aplicadas aos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário – art. 10*: - ressarcimento integral do dano, quando houver; - perda da função pública; - suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos; - pagamento de multa civil até duas vezes o valor do dano; - proibição de contratar com o Poder Público; - proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos. *C) Penalidades aplicadas aos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública – art. 11*: - ressarcimento integral do dano, se houver; - perda da função pública; - suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos; - pagamento de multa civil até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente; - proibição de contratar com o Poder Público; - proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. (RIZZARDO, 2012, p. 524/525).

²¹⁰ FAZZIO JUNIOR, 2012, p. 477.

A matéria é inçada de obstáculos. Suscita acesa divergência sobre diversos pontos, o que não deve surpreender, posto que, desde a leitura desses dispositivos, percebe-se a extrema dificuldade encontrada pelos seus primeiros editores, no sentido de identificar o ponto de equilíbrio para opções sancionatórias que, embora enfeixadas em conjuntos correspondentes às modalidades de improbidade, se revelam díspares demais, para satisfazer os imperativos de uma equalização atenta aos princípios constitucionais²¹¹.

Na visão de José Antonio Remédio, citando Di Pietro e Moraes:

A ampliação do rol de medidas previstas na Constituição Federal, por norma infraconstitucional, aplicáveis no caso de improbidade administrativa, não infringe norma constitucional, que apenas estabeleceu algumas medidas possíveis, mas não limitou a possibilidade de outras serem fixadas pelo legislador ordinário²¹².

4.4 Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente

Remédio reforça que:

O ressarcimento do dano dar-se-á de forma integral caso ocorra lesão ao patrimônio público, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro (Lei 8.429/92, art. 5º). A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito (art. 18)²¹³.

Nas valiosas lições de Marino Pazzaglini Filho:

Embora a regra constitucional não contemple o perdimento dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio decorrente de ato de improbidade administrativa, limitando-se a prever a indisponibilidade dos bens do agente público ou de terceiro que auferiu vantagem indevida ou lesionou o Erário (medida cautelar que visa impedir a dilapidação ou desaparecimento dos bens do agente público e de terceiro, quando houver, acionados por improbidade administrativa),

²¹¹ FAZZIO JUNIOR, 2012, p. 476.

²¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MORAES, Alexandre de. *apud* REMÉDIO, 2012, p. 501.

²¹³ REMÉDIO, 2012, p. 502.

não há que falar em inconstitucionalidade ou inaplicabilidade dessa medida punitiva²¹⁴.

E acrescenta:

De se ver que essa perda recai sobre bens ou valores obtidos indevidamente que, portanto, não faziam parte do patrimônio do autor da improbidade reconhecida na sentença que julga procedente a respectiva ação civil. Na verdade, o agente público condenado não sofre sanção patrimonial, mas apenas restitui (indeniza) o que auferiu indevidamente, punindo-se, assim, seu enriquecimento ilícito²¹⁵.

Em relação à perda, bem ressalta Wallace Paiva Martins Junior:

A perda só tem lugar em razão da ilicitude ou da imoralidade do enriquecimento. O perdimento alcança o objeto do enriquecimento ilícito, bem como seus frutos e produtos. Se os bens são fungíveis (como o dinheiro), incide, se consumidos, sobre o equivalente existente no patrimônio do infrator. É uma sanção patrimonial inspirada como meio de ressarcimento do dano moral praticado contra as entidades do art. 1º e assenta-se sobre os requisitos do locupletamento de uma parte, do empobrecimento de outra, da falta de justa causa e do nexo de causalidade²¹⁶.

E arremata que:

A perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio é sanção de natureza ressarcitória, inspirada por um componente preponderantemente moral. Ela encerra uma indenização pelo dano moral sofrido pela entidade da Administração Pública (art. 18), cujo agente público violou os preceitos éticos elementares à instituição para se enriquecer ilicitamente. Além da previsão específica do art. 37, § 4º, a Constituição Federal admite a perda de bens como penalidade, sujeita ao devido processo legal (art. 5º, XLV, XLVI e LIV). Essa sanção não se confunde com o confisco²¹⁷. “Não há como sustentar seu descabimento por falta de previsão constitucional²¹⁸”.

Nesse sentido e posição, Pazzaglini Filho, Rosa e Fazzio Júnior, refletem que:

Poderia, em princípio, cogitar-se de eventual inconstitucionalidade do perdimento de bens em decorrência de sanção civil, ante o texto taxativo da norma constitucional e a impossibilidade de interpretá-la

²¹⁴ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 147.

²¹⁵ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 147.

²¹⁶ MARTINS JUNIOR, 2001, p. 268.

²¹⁷ MIRANDA, Pontes *apud* MARTINS JUNIOR, 2001, 266.

²¹⁸ MARTINS JUNIOR, 2001, 266.

extensivamente. Não é o caso. Na verdade, a perda do que foi auferido indevidamente não é, propriamente, uma sanção. O autor da improbidade nada perde, senão devolve o que adquiriu ilegalmente²¹⁹.

E ainda acrescentam a disposição do constituinte e a intenção do legislador ao criar a norma:

[...] E se o constituinte a previu como consequência da prática da improbidade foi, precisamente, no intuito de se impor ao autor da ilicitude a perda de tais bens, ou seja, como antecedente lógico e necessário do perdimento, como remédio predisposto a garantir a restauração da integridade do erário²²⁰.

Arnaldo Rizzardo acentua que:

Num primeiro momento, o ente lesado procurará medidas para que os bens ou valores desviados retornem ao seu patrimônio. Para tanto, incumbe que se valha, em momento oportuno e não tardiamente, de instrumentos processuais destinados a evitar o desvio ou a perda dos bens, providências estas que não se resumem em mera faculdade, mas em dever. Desponta, como condição primordial, comprovar o desvio de bens certos e determinados, ou valores em quantias monetárias fixadas com precisão, ao mesmo tempo em que virá demonstrado o nexó entre o exercício público indevido e a aquisição dos bens. Foram retirados tais bens ou valores da disposição ou do domínio do ente ou órgão do Estado ou de entidade particular que utiliza verbas públicas. Acresceram o patrimônio do agente contemporaneamente à atividade desempenhada, e revelam a incompatibilidade com a remuneração percebida legalmente. Para conduzir seu retorno ao ente público ou à entidade que recebe verbas públicas, condição indispensável é a comprovação do nexó lógico que liga o acréscimo de riquezas e a origem ilícita. Advieram os bens ou valores da prática do ato de improbidade, a qual deverá ficar materialmente comprovada²²¹.

Reforçando a necessidade da perda como reparação ao erário, Fazzio Junior, incisivamente alerta:

Realmente, a preservação da normalidade administrativa e do seu equilíbrio – ideal cultivado pela sociedade organizada – tem encosto em colunas mestras, entre as quais avulta a ideia de que há um patrimônio econômico de todos, que não deve ser pilhado por ninguém, muito menos pelos agentes públicos. Todavia, uma vez

²¹⁹ PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JUNIOR, 1996, p. 124.

²²⁰ PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JUNIOR, 1996, p. 124/125.

²²¹ RIZZARDO, 2012, p. 527.

que essa apropriação ocorra, em virtude de conduta desses oficiais, cabe-lhes receber as consequências lógicas impostas pelo Direito, das quais a mais importante é a restauração do patrimônio lesado. A reparação não tem apenas o caráter satisfativo da *res publica*, mas constitui na resposta da sociedade aos que abusaram de seu patrimônio, precisamente quando tinham o dever funcional de protegê-lo²²².

Para Figueiredo, deve haver uma conjunção entre os vários dispositivos, principalmente com um viés primeiramente constitucional, *in verbis*:

Atualmente, cremos que, inobstante a previsão constitucional, a “perda de bens” deva ser interpretada e aplicada em conjunto com a disposição do mesmo art. 5º, LIV e LV, da CF. É dizer, devem conviver em harmonia sua aplicação e a ampla defesa, as garantias constitucionais e processuais, com os recursos inerentes. Em suma, devemos ter sempre em mente o devido processo legal ao aplicar a “perda de bens”, como, de resto, qualquer pena. Dentre outras razões, afigura-se-nos a principal o inciso XLVI do art. 5º da CF, que remete o tema à lei. Já, os incisos LIV e LV do mesmo art. 5º da CF são de eficácia plena e imediata; donde a exegese da “perda de bens” deve ser feita a partir da Constituição, e não da lei infraconstitucional²²³.

Em suma, o enriquecimento pode não vir da entidade onde o agente público ocupa o cargo. O que importa é que a origem da fortuna venha de fonte estranha, em razão da atividade pública. Essa atividade pública, embora fosse para gerar vencimentos ou subsídios para o agente, vem de recompensas recebidas por favorecimento a quem necessita de uma licença, uma autorização, ou de qualquer outra medida administrativa. Mesmo que não se opere a retirada do bem ou valor diretamente do ente público, a autoridade judicial mandará a perda ou o retorno em favor da entidade que sofreu o ato de improbidade. O que não se admite é que o agente continue enriquecido ilicitamente, cuja condenação terá como fulcro o art. 9º da lei 8.429.

Essa *ratio* encontra respaldo na lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

Não obstante a atecnia do art. 18, inexistem dúvidas de que os bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente, ainda que não sejam originários do patrimônio público, devem ser

²²² FAZZIO JUNIOR, 2012, p. 496.

²²³ FIGUEIREDO, 2009, p. 150. (grifo do autor)

incorporados ao erário. A assertiva encontra ressonância no art. 12, o qual comina a sanção de perda dos bens ou valores de forma indiscriminada a todas as hipóteses de enriquecimento ilícito, qualquer que seja a sua origem, o que torna imperativo que a interpretação do art. 18 ceda lugar à sistemática²²⁴.

Para Daniel Amorim Neves e Rafael Carvalho Oliveira:

Os bens podem ser tanto aqueles desviados do patrimônio público e indevidamente incorporados pelo agente ímprobo, como também bens lícitamente adquiridos com dinheiro desviado do erário. Também estão abarcados os frutos e rendimentos dos bens adquiridos ilícitamente. Ainda que o bem seja considerado bem de família, deverá ser perdido em favor da pessoa jurídica, considerando a origem ilícita de sua aquisição. Os valores que deverão ser restituídos são aqueles ilícitamente surrupiados do erário e não utilizados para a aquisição de bens pelo agente ímprobo²²⁵.

Vale frisar: não basta a mera reposição, mas sim, também o acréscimo dos juros e da devida correção monetária.

4.5 Ressarcimento do dano patrimonial e moral

Para Arnaldo Rizzardo:

O ressarcimento do dano não se enquadra como sanção, mas como volta ou restituição ao estado anterior. Realmente, restaura-se o quadro patrimonial que antes existia. Em todas as ofensas a direito, procura-se indenizar o prejuízo que teve o lesado, não se acrescentando ao seu patrimônio mais uma parcela de riqueza. Fica o infrator obrigado a devolver aos cofres públicos aquilo que indevidamente retirou. Por isso, insta que se proceda ao levantamento completo do dano, com a sua liquidação, o que se leva a efeito após a sentença. Interessando o real ressarcimento, se houver desfalque, em outros bens recai a pretensão ressarcitória. Dilapidando os bens acrescidos indevidamente, vai a reparação concretizar-se em bens de origem lícita, não importando sua origem²²⁶.

²²⁴ GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério, *apud* RIZZARDO, 2012, p. 528.

²²⁵ NEVES; OLIVEIRA, 2012, p. 212.

²²⁶ RIZZARDO, 2012, p. 528.

Avançando nesse ponto da indenização, surgiu a ideia de que, se praticada por conduta do particular a improbidade, justifica-se a recusa de pagamento pelo serviço ou pela prestação que se executou.

Desenvolve o assunto Jacintho de Arruda Câmara:

Quando a conduta do particular (ex-contratado) for caracterizada como ímproba, não se pode vislumbrar pagamento de indenização pelo que já fora executado.

Esta conclusão em parte pode ser extraída da simples leitura de uma das sanções aplicáveis a particulares em virtude de ato de improbidade.

Confira-se:

‘Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: (...) II – na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, *perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio*, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritária, pelo prazo de cinco anos...’.

Em vista do previsto no dispositivo acima transcrito, é de se entender que o recebimento de contraprestação por ex-contratado ímprobo não é admitido, devendo este devolver o que tinha eventualmente recebido em função da execução do contrato inválido. Caso não tenha recebido qualquer valor, por óbvio não terá direito de reclamá-lo a título de indenização²²⁷.

Fazzio Junior acentua que:

Ainda aqui, a responsabilidade advém da ilicitude do ato praticado. Não simplesmente da violação de uma norma civil, mas de um conjunto de normas que envolvem o privado e o público, de natureza civil, política e administrativa. Abastecer-se indevidamente de parcela do patrimônio público econômico acarreta a consequência lógico-normativa de restituir o que, sem fazer jus, amealhou, do dever de reparar o prejuízo²²⁸.

Já se decidiu, todavia, que fica dispensável o ressarcimento se prestado o serviço, pois houve proveito em favor da entidade, embora a ilegalidade no exercício da função:

²²⁷ CÂMARA, Jacintho de Arruda *apud* RIZZARDO, 2012, p. 529.

²²⁸ FAZZIO JUNIOR, 2012, p. 497.

Acolhida a ação civil por improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo reconhecendo como irregular a contratação de servidor para o exercício do cargo em comissão, sob o fundamento de que as funções por ele exercidas não guardavam relação com a natureza do respectivo cargo.

Inviável, em sede de recurso especial, pretender a revisão das penalidades aplicadas na instância ordinária ao administrador ímprobo, sob pena de inserir-se na seara fático-probatória dos autos. Incidência da Súmula n.º 7 do STJ. Precedentes: resp. n.º 971.737/PR, rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 10.03.2008, Ag.Reg. no Ag. N.º 850.771/PR, rel. Min. José Delgado, DJU de 22.11.2007.

Restou expressamente consignado pela instância *a quo* que houve a respectiva e efetiva prestação de serviço por parte do servidor, motivo pelo qual a condenação de devolução aos cofres públicos dos salários por ele percebidos, imposta ao prefeito, ora recorrente, culmina por afrontar ao disposto no parágrafo único, do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, devendo ser afastada. Precedentes: REsp. n.º 861.566/GO, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 23.04.2008, REsp. n.º 514.820/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 06.06.2005.

Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para afastar a condenação ao prefeito de ressarcir o valor relativo aos salários recebidos pelo servidor²²⁹.

Quanto à inclusão do dano moral no ressarcimento, essa não me parece a melhor saída e nem parece essa a melhor interpretação do art. 12 da LIA. Até porque nessa seara, não será fácil detectar o tipo de dano moral no qual foi atingido a Administração Pública. O caminho aqui é mais material do que o dano à imagem do órgão público.

Fazendo comparativo entre ressarcimento e o sentido da palavra sanção, Remédio salienta:

Não se identifica o ressarcimento como verdadeira sanção, mas sim, é apenas uma medida ética e economicamente defluente do ato que macula a saúde do erário. As demais sanções é que podem levar em conta a gravidade da conduta ou a forma como o ato ímprobo foi cometido, além da própria extensão do dano. O ressarcimento é providência de caráter rígido, devendo sempre ser imposto, e sua extensão é exatamente a mesma do prejuízo ao patrimônio público²³⁰.

²²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial n.º 108.5308/SP. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Cargo em Comissão. Função de Execução. Contratação Irregular. Penalidades. Revisão. Matéria Fático-Probatória. Súmula 7/Stj. Ressarcimento. Serviços Prestados. Pena Afastada. Precedentes. Relator Ministro Francisco Falcão. Brasília, 11 de novembro de 2008. Publicado no DJ de 17/11/2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2056442/recurso-especial-resp-1085308-sp-2008-0189830-1>>. Acesso em 04 jan. 2014.

²³⁰ REMÉDIO, 2012, p. 502.

Ainda segundo Remédio:

Também não há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa, seja pela frustração trazida pelo ato ímprobo na comunidade, seja pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública que dificulte a ação estatal, não podendo a aferição de tal dano, porém, estar circunscrito à mera insatisfação com a atividade administrativa²³¹.

Como bem anota Maria Sylvia Di Pietro:

Quanto ao ressarcimento do dano, constitui uma forma de recompor o patrimônio lesado. Seria cabível, ainda que não previsto na Constituição, já que decorre do artigo 159 do Código Civil, que consagra, no direito positivo, o princípio geral de direito segundo o qual quem quer que cause dano a outrem é obrigado a repará-lo. Por isso mesmo, só é cabível o ressarcimento se do ato de improbidade resultou prejuízo para o erário ou para o patrimônio público (entendido em sentido amplo). Onde não existe prejuízo, não se pode falar em ressarcimento, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do Poder Público. Essa conclusão decorre de norma expressa da lei, contida no art. 5º, segundo o qual 'ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano'²³².

Para Daniel Amorim e Rafael Carvalho:

O ressarcimento integral do dano previsto no art. 12 da LIA é o mesmo existente em qualquer ação coletiva que tenha como objeto um ato lesivo ao patrimônio público. Dessa forma, nenhuma diferença haverá na condenação dos réus à reparação integral do dano na ação de improbidade administrativa, na ação popular ou na ação civil pública. Da mesma forma que ocorre com a perda de bens e valores, o ressarcimento integral do dano não é pena, tendo natureza reparatória²³³.

²³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 960.926-MG. Processual Civil. Constitucional. Ação de Improbidade Administrativa. Agravo Retido. Deserção. Pagamento Das Custas Fora do Prazo. Apelo do Ministério Público. Prescrição. Princípio da Proporcionalidade. Não Aplicação da Pena de Multa Civil. Incabimento de Indenização em Separado por Danos Morais. Sentença Confirmada. Relator Ministro Castro Meira. Brasília, 18 de março de 2008. Publicado no DJe de 01/04/2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8685372/recurso-especial-resp-960926-mg-2007-0066794-2/relatorio-e-voto-13725072>>. Acesso em: 04 jan. 2014.

²³² DI PIETRO, 2010, p. 677.

²³³ NEVES; OLIVEIRA, 2012, p. 213.

4.6 Perda da função pública

Lembra-nos Remédio:

Que a sanção de perda da função pública visa extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade ou inabilitação moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irrecurável²³⁴.

Destaca ainda que:

Todavia, a sanção da perda da função não deve ser automaticamente aplicada, uma vez que a fixação das penas previstas no art. 12 da lei 8.429/92 deve levar em conta os parâmetros estabelecidos no parágrafo único do citado artigo²³⁵.

Nessa mesma esteira, conceitua Marino Pazzaglini Filho:

Função pública, em sua acepção universal, compatível com o conceito de agente público adotado pela LIA (art. 2º), é toda atividade exercida por pessoa física, ainda que transitoriamente e sem remuneração, investida na categoria de agente público por eleição, nomeação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função, na administração pública direta, indireta ou fundacional dos entes da Federação e dos poderes estatais, em empresas incorporadas ao patrimônio público ou em entidades para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.

A punição de perda da função pública consiste na ruptura ou cessação compulsória do vínculo jurídico do agente público com o órgão ou entidade pública (ou assemelhada) decorrente de sentença condenatória em ação civil de improbidade administrativa que a decretou²³⁶.

²³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 924.439-RJ. Administrativo Ação Civil Pública Improbidade Administrativa Art. 12 da Lei 8.429 /1992 Perda da Função Pública Abrangência da Sanção Parâmetros: Extensão dos danos Causados e Proveito Obtido Súmula 7/Stj Retorno dos Autos à Origem. Relator Ministra Eliana Calmon. Brasília, 06 de agosto de 2009. Publicado no DJe de 19/08/2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6061545/recurso-especial-resp-924439-rj-2007-0020069-2/inteiro-teor-12194693>>. Acesso em: 04 jan. 2014.

²³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 924.439-RJ. Relator Ministra Eliana Calmon. Brasília, 06 de agosto de 2009. Publicado no DJe de 19/08/2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6061545/recurso-especial-resp-924439-rj-2007-0020069-2/inteiro-teor-12194693>>. Acesso em: 04 jan. 2014.

²³⁶ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 143.

Assim, a perda da função pública é aplicada no juízo, seja estadual, federal ou cível, onde foi proferida a decisão de procedência da ação de improbidade administrativa, passando a vigorar com seu trânsito em julgado.

Merecendo destaque especial, questões polêmicas envolvem a perda da função pública e, seguindo destaque dado por Neves e Oliveira:

A primeira questão polêmica diz respeito a qual função pública poderá ser perdida pelo réu derrotado na ação de improbidade administrativa. Para parcela minoritária da doutrina, a perda da função pública será limitada àquela função exercida pelo agente público no momento da prática do ato de improbidade administrativa²³⁷. Afirma-se que essa foi a opção do legislador, ao prever a perda “da” função pública e não “de” função pública²³⁸ [...] A parcela doutrinária majoritária, com a qual me filio, entende que a função pública que será perdida é aquela exercida pelo agente ímprobo no momento do trânsito em julgado, mesmo que diferente daquela exercida à época em que foi praticado o ato de improbidade administrativa²³⁹. Nesse sentido, também o Superior Tribunal de Justiça²⁴⁰.

Sobre a aplicabilidade e eficácia da sanção referente à perda da função pública ora discutida, dirigida ao exercente de função pública, mesmo com as garantias da vitaliciedade e estabilidade, Wallace Paiva Martins vaticina:

Com ela extirpa-se da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício de função pública, expandindo-se para qualquer uma, mesmo se em nível de governo diferente da executada quando praticado o ato ímprobo. De fato, não há limitação: se o agente público era ímprobo quando exercia seu cargo efetivo na Administração Pública estadual, não foi a sentença que o constituiu na improbidade, mas a sua atuação, de forma que, se ao tempo do trânsito em julgado ele exerce cargo em comissão na Administração Pública federal ou outro cargo efetivo, a perda da função pública indiciará. Da mesma maneira, o agente público inativo: a improbidade praticada na atividade era causa que impunha a desvinculação compulsória,

²³⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta *apud* NEVES; OLIVEIRA, 2012, p. 217.

²³⁸ SALLES, Carlos Alberto de; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; ARRUDA ALVIM, Eduardo *apud* NEVES; OLIVEIRA, 2012, p. 217.

²³⁹ DECOMAIN, Pedro Roberto; ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo; FERRARESI, Eurico; SANTOS, Carlos Frederico Brito dos; PAZZAGLINI FILHO, Marino; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério *apud* NEVES; OLIVEIRA, 2012, p. 217.

²⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 924.439-RJ. Relator Ministra Eliana Calmon. Brasília, 06 de agosto de 2009. Publicado no DJe de 19/08/2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6061545/recurso-especial-resp-924439-rj-2007-0020069-2/inteiro-teor-12194693>>. Acesso em: 04 jan. 2014.

motivo pelo qual a sentença anula a aposentação e aplica-lhe a perda da função pública²⁴¹.

Arnaldo Rizzardo:

Uma vez lançado o veredicto condenatório, segundo uma exegese ortodoxa, não se reconhece ao juiz revelar a pena, mesmo que banal a infração. Perde o agente a função pública que estiver exercendo no momento da condenação, e não aquela que desempenhava quando da prática do ato. Nesta ordem, mesmo que em época anterior tivesse o agente exercido a vereança municipal, e quando da condenação já tenha galgado o cargo de deputado estadual ou federal, esta última função é que perderá. É irrelevante que tenha ocorrido o ilícito quando não integrava o Poder Legislativo estadual ou federal.

O agente perderá todas as funções que desempenha, mas impondose o devido cumprimento somente quando se der o trânsito em julgado da sentença. Na eventualidade de se encontrar na administração de uma empresa estatal e exercer o magistério, de ambos os cargos se dará a perda. Isto porque o art. 12 comina a pena como de 'perda da função pública' que abrange toda e qualquer atividade, embora com mais de um ato de nomeação e ingresso²⁴².

Conforme conceituação exarada por Rizzardo, “o significado *função pública* abarca toda atividade prestada ao Poder Público, seja por ato de nomeação, mandato eletivo, contratação, ou por simples designação a cargo em comissão²⁴³”.

Quanto aos juízes, estarão submetidos às sanções da Lei 8.429/92, estendendo-se tal submissão aos membros do Ministério Público e os conselheiros dos Tribunais de Contas.

Contudo, tanto as sanções de suspensão de direitos políticos, quanto à de perda da função pública, não se aplicam aos membros vitalícios do Poder Judiciário e do Ministério Público, uma vez que a decretação da perda de cargo vitalício, por regramento constitucional (arts. 95, I e 128, § 5º, I, “a”, CF), é reservada a mandamento legal especial (lei complementar federal ou estadual), procedimento singular (ação civil própria de decretação da perda do cargo) e julgamento específico (tribunal federal ou estadual competente – foro *ratione numeris*).

Portanto, referidas sanções só poderão ser decretadas em ação civil própria a ser proposta perante o tribunal competente.

²⁴¹ MARTINS JUNIOR, 2001, p. 277.

²⁴² RIZZARDO, 2012, p. 531/532.

²⁴³ RIZZARDO, 2012, p. 532.

4.7 Suspensão dos direitos políticos

Para Fazzio Junior:

Direitos políticos são integrantes dos direitos de cidadania, de modo que, transitoriamente perdidos, traduzem perdimento provisório da cidadania. Tal suspensão de parte substancial da cidadania é uma exceção. Por isso, os direitos políticos não podem ser cassados, conquanto seu exercício possa ser suspenso por improbidade administrativa. Sanção política resulta de sentença condenatória transitada em julgado, nos termos do art. 20 da Lei nº 8.429/92²⁴⁴.

Além do que, vale ressaltar, o citado § 4º do art. 37 é explícito sobre a suspensão na improbidade administrativa:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível²⁴⁵.

Frisa-se: a suspensão fica limitada a um certo período de tempo, tornando-se necessário que a sentença a reconheça e declare, diversamente da sentença criminal em certos casos, que decorre automaticamente da condenação, portanto, aquela é temporária.

Seguindo jurisprudência do STF, exarada pelo Rel. Min. Sepúlveda Pertence, sobre a execução da perda de mandato:

Extinção de mandato parlamentar em decorrência de sentença proferida em ação de improbidade administrativa, que suspendeu, por seis anos, os direitos políticos do titular do mandato. Ato da Mesa da Câmara dos Deputados que sobrestou o procedimento de declaração de perda do mandato, sob alegação de inoccorrência do trânsito em julgado da decisão judicial. Em hipótese de extinção do mandato parlamentar, a sua declaração pela Mesa é ato vinculado à existência do fato objetivo que a determina, cuja realidade ou não o interessado pode indvidosamente submeter ao controle jurisdicional.

No caso, comunicada a suspensão dos direitos políticos do litisconsorte passivo por decisão judicial e solicitada a adoção de providências para a execução do julgado, de acordo com

²⁴⁴ FAZZIO JUNIOR, 2012, p. 506.

²⁴⁵ RIZZARDO, 2012, p. 536.

determinação do Superior Tribunal de Justiça, não cabia outra conduta à autoridade coatora senão declarar a perda do mandato do parlamentar. Mandado de segurança: deferimento²⁴⁶.

Vale ressaltar que, conforme disposição do art. 15 da CF, fica vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II – incapacidade civil absoluta; III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos; IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V – improbidade administrativa, como já citado, nos termos do art. 37, § 4º. Os direitos políticos estão contemplados nos arts. 14 a 16.

Na mesma linha, José Afonso da Silva leciona que os direitos políticos (positivos):

Garantem a participação do povo no poder de dominação política por meio das diversas modalidades de direito de sufrágio: direito de voto nas eleições, direito de elegibilidade (direito de ser votado), direito de voto nos plebiscitos e referendos, assim como por outros direitos de participação popular, como o direito de iniciativa popular, o direito de propor ação popular e o direito de organizar e participar de partidos políticos²⁴⁷.

Reforçando o supra citado, o jurista Celso de Mello:

Os direitos políticos conferem à pessoa os atributos da cidadania. Esta, enquanto capacidade eleitoral projeta-se em duas dimensões; a) capacidade eleitoral **ativa** (aptidão de votar); e b) capacidade eleitoral **passiva** (aptidão de ser votado). A capacidade eleitoral ativa resume-se ao **direito de sufrágio** e a capacidade eleitoral passiva caracteriza-se pela **elegibilidade**²⁴⁸.

Além de alertar Marino que:

A “sanção só se efetiva com o trânsito em julgado da sentença [...]”, o que já fora mencionado outrora, acrescenta também que “a suspensão dos direitos políticos, sanção de caráter estritamente

²⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 25.461/MS. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 29 de junho de 2006. Publicado no DJ de 22/09/2006 *apud* FAZZIO JUNIOR, 2012, p. 507.

²⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 351.

²⁴⁸ MELLO FILHO, José Celso de *apud* PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 140. (grifos do autor)

político, não se aplica a determinados agentes públicos (políticos e autônomos), quando, por imposição constitucional, estão sujeitos a regramento próprio relativo à perda do mandato ou cargo público²⁴⁹.

E complementa o autor:

A Lei nº 1.079, de 10-4-1950, define os crimes de responsabilidade, inclusive os por ela denominados contra a probidade da administração, elenca os agentes públicos sujeitos à sua punição e regula o processo de julgamento. Cumpre anotar que os crimes de responsabilidade têm sanção exclusivamente de conteúdo político, consistente na perda de cargo e inabilitação, por oito anos, para o exercício de qualquer função pública [...].

Da mesma forma, não é aplicável aos Governadores de Estado, que, também, respondem por todos os crimes de responsabilidade tipificados na Lei nº 1.079/50 e se submetem a rito especial de julgamento. Observo que a sanção de suspensão dos direitos políticos de senador ou de deputado federal, na dicção do art. 55, IV, da CF, implica a perda do mandato eletivo respectivo (que é matéria afeta às Casas Legislativas, por atribuição constitucional (art. 55, §§ 2º e 3º da CF). de consequência, caso a Mesa da Casa respectiva decidir pela manutenção do mandato do parlamentar condenado por improbidade administrativa, a sanção de suspensão dos direitos políticos aplicada pelo julgador somente terá incidência a partir do término do seu mandato. Esse mesmo regramento estende-se aos deputados estaduais por preceito constitucional (art. 27, § 1º, da CF). Por último, a sanção de suspensão dos direitos políticos prevista na LIA não se aplica aos membros vitalícios do Poder Judiciário e do Ministério Público porque a decretação da perda de cargo vitalício, por regramento constitucional (arts. 95, I e 128, § 5º, I “a”, CF), é reservada a mandamento legal especial (lei complementar federal ou estadual), procedimento singular (ação civil própria de decretação da perda do cargo) e julgamento específico (tribunal federal ou estadual competente – foro *ratione numeris*)²⁵⁰.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a principal penalidade no caso de prática de improbidade administrativa é a suspensão dos direitos políticos, uma vez que as demais praticamente constituem efeitos civis e administrativos da penalidade maior²⁵¹”.

E ainda quanto ao cumprimento de sanções políticas concomitantes:

O cumprimento de sanções políticas concomitantes, por atos de improbidade administrativa contemporâneos (art. 20 da Lei 8.429/92), deve observar as disposições constantes do art. 11 da Lei 7.210/84, uma vez que a inexistência de legislação acerca da forma de

²⁴⁹ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 142.

²⁵⁰ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 142.

²⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 839.

cumprimento das sanções políticas, por atos de improbidade administrativa contemporâneos, deve ser suprida à luz das disposições encartadas no art. 11 da Lei 7.210/84, que instrui a Lei de Execuções Penais²⁵².

Para Neves e Oliveira, nesse mesmo sentido:

Sendo uma mesma conduta tipificada em mais de um inciso do art. 12 da Lei 8.429/92, deve ser considerada a conduta mais grave em termos de sanção, de forma a não poder ultrapassar o prazo de dez anos de suspensão dos direitos políticos²⁵³. Por outro lado, constatado mais de um ato de improbidade pelo mesmo agente político, desde que contemporâneos, deve se aplicar o princípio da detração, fundado no princípio da razoabilidade, por meio do qual a sanção mais grave absorve as mais leves²⁵⁴. Nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de justiça, determinando a aplicação por analogia do art. 111 da Lei 7.210/1984²⁵⁵.

Wallace Paiva Martins Junior faz interessante observação a respeito da referida sanção, ao prever que:

[...] A finalidade da suspensão dos direitos políticos, punitiva da inabilitação moral do sujeito, é suprimir por prazo certo seus direitos políticos, evitando que adquira outra ou nova função pública. O efeito da suspensão dos direitos políticos como sanção civil judicialmente aplicada (arts. 37, § 4º, da CF, 12 e 17 da Lei Federal 8.429/92) atinge-se diretamente com a condenação transitada em julgado na respectiva ação civil pública, não sendo necessária nessa hipótese a jurisdição eleitoral, em razão dos próprios arts. 15, V, e 37, § 4º, da Constituição e 12 da Lei Federal n. 8.429/92, pois na jurisdição civil constitucionalmente prevista o ato já foi considerado improbidade administrativa e seus responsáveis punidos [...]²⁵⁶.

²⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 993.658-SC. Processual Civil. Administrativo. Ação Civil Pública. Lei 8.429/92. Suspensão de Direitos Políticos. Multiplicidade de Condenações. Somatório das Penas. Trânsito em Julgado. Art. 20, Lei 8429/92. Princípios Constitucionais. Razoabilidade e Proporcionalidade. Relator Ministro Francisco Falcão. Brasília, 09 de março de 2010. Publicado no DJe de 23/03/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8627048/recurso-especial-resp-993658-sc-2007-0232844-9>>. Acesso em 04 jan. 2014.

²⁵³ ZAVASCKI, Teori Albino *apud* NEVES; OLIVEIRA, 2012, p. 222.

²⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos *apud* NEVES; OLIVEIRA, 2012, p. 222.

²⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 993.658-SC. Processual Civil. Administrativo. Ação Civil Pública. Lei 8.429/92. Suspensão de Direitos Políticos. Multiplicidade de Condenações. Somatório das Penas. Trânsito em Julgado. Art. 20, Lei 8429/92. Princípios Constitucionais. Razoabilidade e Proporcionalidade. Relator Ministro Francisco Falcão. Brasília, 09 de março de 2010. Publicado no DJe de 23/03/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8627048/recurso-especial-resp-993658-sc-2007-0232844-9>>. Acesso em 04 jan. 2014.

²⁵⁶ MARTINS JUNIOR, 2001, p. 279/280.

4.8 A multa civil

Na visão de Marino Pazzaglini:

Trata-se de sanção civil pecuniária, graduada conforme a espécie do ato de improbidade administrativa, objeto da persecução civil, e imposta na sentença que julga procedente a ação civil respectiva, motivadamente entre os limites mínimo e máximo previstos nos incisos do art. 12 da LIA. Ela é paga pelo agente público condenado; seu valor é atribuído à entidade pública vítima do ato de improbidade por ele praticado²⁵⁷.

Por seu turno, Rita Tourinho assevera que:

O valor da multa a ser fixado deverá levar em consideração a gravidade do fato, avaliada não somente pelos prejuízos patrimoniais causados, mas também pela natureza do cargo, das responsabilidades do agente, do elemento subjetivo, da forma de atuação, dos reflexos do comportamento ímprobo na sociedade e todos os demais elementos informativos colocados à disposição do julgador. É também, de suma importância a capacidade econômico-financeira do agente público. Com efeito, a multa civil deve condizer com a real situação patrimonial de quem recebe a penalidade, uma vez que se tornará inócua tanto se excessiva como se irrisória²⁵⁸.

A aplicação da multa deve ser feita de modo muito criterioso para que não se torne demasiadamente elevada para o agente público, de modo a condizer com a verdadeira situação patrimonial de quem sofre a penalidade.

Nesse sentido, Waldo Fazzio Junior, assevera que as sanções pecuniárias só têm sentido quando aplicadas como razões para não mais se infringir a lei, desde que colocadas em parâmetros consideravelmente proporcionais, seu caráter pedagógico será avaliado e determinado pelo magistrado, adequando-se ao binômio possibilidades do agente condenado e o tamanho e gravidade do ato de improbidade praticado. Desse modo, a multa civil tem peso e medida compatível à infração que a gera²⁵⁹.

²⁵⁷ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 145.

²⁵⁸ TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. *Discricionariedade Administrativa: Ação de Improbidade & controle principiológico*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 218.

²⁵⁹ FAZZIO JUNIOR, 2012, p. 504.

Vale citar que não há necessidade da gravidade do fato ser igual ao valor dos prejuízos, pois, apesar de insignificante o prejuízo patrimonial, pode haver escancarada violação ao princípio da moralidade.

Esse critério já restou firmado pelo STJ:

1. É cediço que 'não havendo prova de dano ao erário, afasta-se a sanção de ressarcimento prevista na primeira parte do inciso III do art. 12 da lei n.º 8.429/92. As demais penalidades, inclusive a multa civil, que não ostentam feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos)' (REsp. nº 880.662/MG, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 01.03.2007, p. 255).

2 Isto por que à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, impõe-se a mitigação do preceito que preconiza a prescindibilidade da ocorrência do dano efetivo ao erário para se infligir a sanção de ressarcimento:

'A hipótese prevista no inciso I do artigo 21, que dispensa a ocorrência de dano para aplicação das sanções da lei, merece meditação mais cautelosa. Tem-se que entender que o dispositivo, ao dispensar o *dano ao patrimônio público* utilizou a expressão patrimônio público em seu sentido restrito de patrimônio econômico. Note-se que a lei de ação popular (Lei nº 4.717/65) define patrimônio público como *os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico* (art. 1º, § 1º), para deixar claro que, por meio dessa ação, é possível proteger o patrimônio público nesse sentido mais amplo'. O mesmo ocorre, evidentemente, com a ação de improbidade administrativa, que protege o patrimônio público nesse mesmo sentido amplo (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, 13ª edição, p. 674, in fine). Precedentes do STJ: Resp nº 291.747/SP, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ de 18.03.2002; Resp nº 213.994/MG, relator Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, DJ de 27.09.1999; Resp nº 261.691/MG, relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 05.08.2002²⁶⁰.

Não se emprestando o caráter de ressarcimento, e, assim, não se tornando como critério a extensão do dano, não há ilegalidade em se estabelecer uma cifra bem reduzida, máxime em vista das circunstâncias que cercaram o fato, desde que não ferido, também aqui, o princípio da proporcionalidade.

Se o causador do dano não for agente público, ou não é remunerado com proventos públicos, ou se terceiro concorrer com o agente público, não se tem por parâmetro o critério de proventos. No caso, fixará o juiz o arbitramento, valendo-se da dimensão do ato ofensivo, podendo se valer, também, do salário mínimo, ou o paralelo da remuneração do funcionário coautor²⁶¹.

²⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial nº 917.437/MG. Processual Civil. Recurso Especial. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Lei 8.429/92. Contratação sem Concurso Público. Ausência de Dano ao Erário. Brasília, 16 de setembro de 2008. Publicado no DJ de 01/10/2008. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/848130/recurso-especial-resp-917437-mg-2007-0008753-3/inteiro-teor-12768839>>. Acesso em 06 jan. 2014.

²⁶¹ RIZZARDO, 2012, p. 539.

Esse o entendimento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

Quando o terceiro concorrer para a prática dos atos previstos no art. 11 da Lei de Improbidade, estará ele sujeito à multa cominada no inciso III do art. 12, sendo a remuneração do agente público o parâmetro a ser seguido para a sua fixação. É importante frisar que não há qualquer incoerência no fato de a multa a ser aplicada ao *extraneus* ser fixada em conformidade com a remuneração percebida pelo agente público, pois este é o elo que permite a aplicação da Lei nº 8.429/92 àqueles que não mantenham qualquer vínculo com a administração pública²⁶².

Wallace Paiva Martins ressalva que:

A multa civil representa uma sanção pecuniária contra o dano experimentado pela Administração Pública²⁶³. A Lei federal n. 7.347/85 expressamente tutela a ação de responsabilidade também por danos morais, sendo a multa civil destinada a coibir a afronta ao princípio da moralidade ou probidade administrativa, inexigível para sua imposição enriquecimento ilícito por parte do agente público, mas apenas a ofensa aos princípios insertos no art. 11 da Lei n. 8.429/92²⁶⁴. Tem alíquota e base de cálculo variável, conforme a espécie de improbidade administrativa praticada. Essa multa é receita extratributária da entidade interessada (art. 1º)²⁶⁵, fixada nos limites máximos e mínimos, segundo os critérios de dosimetria do parágrafo único do art. 12, sendo revertida para o seu patrimônio²⁶⁶.

Mas afinal, qual a base de cálculo para a fixação da multa civil? Essa indagação pode ser respondida em acórdão do Superior Tribunal de Justiça trazido por Waldo Fazzio Junior:

No mérito, tem-se que o recorrido foi condenado, em sentença, pelo cometimento de ato ímprobo, tendo-lhe sido imputada, dentre outras coisas, a pena de multa com base na última remuneração percebida. Após acolhimento dos embargos de declaração opostos, alterou-se o valor da multa. Já em grau de apelação, o recorrido esclareceu que permanecia equivocada a sentença, pois o cargo que ocupava é honorífico, ou seja, sem percepção de remuneração. O Tribunal de origem reformou a sentença para estabelecer como base de cálculo da pena de multa, o salário mínimo. É sobre a fixação desta base de

²⁶² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco apud RIZZARDO, 2012, p. 539/540.

²⁶³ MARTINS JUNIOR, 2001, p. 281/282.

²⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça. 7ª Câm. De Direito Público, AC 55.666-5/4, São Paulo, Relator Desembargador Lourenço Abbá Filho, 16-8-1999.

²⁶⁵ MARTINS JUNIOR, 2001, p. 282.

²⁶⁶ MARTINS JUNIOR, 2001, p. 281/282.

cálculo – o salário mínimo – que o Ministério Público Federal, ora recorrente, insurge-se,

No entanto, não há como prosperar as razões expendidas pelo recorrente. De fato, a pena de multa prevista no art. 12, inc. III, da Lei de Improbidade não se baseia no salário mínimo. Conforme pode-se depreender de simples leitura, a apuração da multa é feita com base na última remuneração percebida pelo agente ímprobo.

Ocorre que o recorrido já esclareceu, e isto é incontroverso nos autos, que ocupava cargo não remunerado. A pretensão do recorrente é estabelecer como base a pena de multa o vencimento básico mais elevado dos cargos de nível superior da estrutura remuneratória da Anvisa.

[...]

Ora, diante da lacuna da Lei de Improbidade Administrativa frente ao caso apresentado, pode-se utilizar da analogia para a determinação da base da pena de multa. No entanto, a analogia não pode ser aplicada *in malam partem*, porque no âmbito do Direito Administrativo sancionador.

O acórdão, de forma coerente com os princípios regentes do direito, estabeleceu como base da pena de multa a menor remuneração do país, o que se coaduna com a função honorífica realizada pelo recorrido. Neste raciocínio, não há como prosperar a alegação do recorrente segundo a qual deve ser aplicada multa com base no vencimento mais elevado dos cargos de nível superior da estrutura remuneratória da autarquia, pois estar-se-ia operando analogia desabonadora. Recurso especial não provido²⁶⁷.

4.9 Proibição de contratar com a Administração Pública e de receber benefícios

Encerrando o rol de sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa prevê também a cominação de sanção temporária de proibição de contratação com o Poder Público ou de recebimentos ou incentivos, fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Para Marino Pazzaglini:

Essas medidas punitivas, de cunho administrativo, devem constar expressa e motivadamente graduadas na sentença que julgar procedente a ação civil por improbidade administrativa, e sua extensão extrapola o âmbito do ente lesionado, estendendo-se a

²⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.216.190/RS. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Lei Nº 8.429 /92. Agente Público. Conselho Regional de Química. Tribunal de Contas de União. Parecer. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 02 de dezembro de 2010. Publicado no DJe de 14/12/2010 *apud* FAZZIO JÚNIOR, 2012, p. 504/505.

todos os entes da Federação e seus organismos da administração direta e indireta²⁶⁸.

Nesse mesmo diapasão, acrescenta:

A proibição de auferir benefícios ou incentivos de natureza fiscal ou creditícia compreende, dispensa ou limitação de pagamento de obrigação tributária (isenção de caráter restrito); perdão de sanção tributária (anistia) ou de débito tributário (remissão); subvenções (sociais e econômicas); e subsídios (auxílios financeiros) de entidades públicas. Essa vedação atinge não só o agente público condenado por ato ímprobo, mas também a pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário²⁶⁹.

Nas lições de Wallace Paiva:

Essa suspensão é absoluta, irradiando-se para todo e qualquer nível de governo (federal, estadual e municipal) e de Administração (direta, indireta e fundacional). O ressarcimento do dano não cessa sua eficácia. A vedação admite a forma indireta, exemplificando a lei que se aplica “ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário”²⁷⁰, de modo que é plenamente cabível nos casos de sucessão societária, consórcios, sociedades em conta de participação etc. Embora seja aplicável à pessoa jurídica também, nada impede sua incidência sobre seus sócios com o emprego da teoria da desconstituição da personalidade jurídica²⁷¹.

Nessa mesma senda, Neves e Oliveira, frisa a atenção especial dada pelo legislador objetivando coibir determinadas “esquivas” ao regramento da LIA:

Apesar de a pena ser pessoal, o legislador se preocupou com o comum artifício de o ímprobo se “esconder” por trás de sociedades empresariais para escapar da efetiva aplicação da pena. Nesse sentido, a lei prevê que a sanção será também aplicada à sociedade empresarial na qual figure como sócio majoritário o sujeito condenado por ato de improbidade. Entendo a preocupação do legislador com os demais sócios, exigindo a participação do ímprobo como sócio majoritário, mas a mente criminosa trabalha de forma variadas e inesperadas, e contra ela devem ser utilizadas todas as armas disponíveis. Significa dizer que, se ficar demonstrado que a sociedade tem participação societária mínima do ímprobo, mas que o sócio ou os sócios majoritários são somente “testas de ferro”,

²⁶⁸ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 145.

²⁶⁹ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 145.

²⁷⁰ ORTIZ, Carlos Alberto *apud* MARTINS JUNIOR, 2001, p. 282.

²⁷¹ FIGUEIREDO, Marcelo; OSÓRIO, Fábio Medina *apud* MARTINS JUNIOR, 2001, p. 282/283.

naturalmente a sanção também deve ser aplicada. Parentes e laranjas são comumente utilizados nesses casos²⁷².

Há certa crítica, corroborada por Marcelo Figueiredo, sobre a duvidosa constitucionalidade da parte final do dispositivo, no que tange à “extensão” da pena à pessoa jurídica:

Deveras, é princípio constitucional expresso a norma do art. 5º, XLV, aquele que contempla a intransferibilidade da pena. Do mesmo modo, o inciso seguinte (art. 5º, XLVI) contempla a individualização da pena como princípio constitucional. [...] Ora, a citada lei anotada contempla com elastério regra violadora da Constituição Federal. Se a pena somente deve recair sobre quem praticou o ilícito (não importa que categoria, se penal, administrativo, civil, etc.), segue-se que há interdição para “extensão” da pena à pessoa jurídica. Contudo, a lei, de pronto, atinge a pessoa física e jurídica, elege como que dois “culpados”, dois “réus” sobre o mesmo fato. Assim, temos sérias dúvidas a propósito da constitucionalidade de tal previsão legal, diante das ponderações acima expostas. Quer-nos parecer, portanto, que deva existir uma individualização da pena, e não sua superposição²⁷³.

Portanto, uma vez que o agente não oferece confiabilidade e, na possibilidade do mesmo agente se valer novamente de outros meios sórdidos para “assaltar” os cofres públicos, a sanção, além de ter caráter punitivo, também tem caráter preventivo, objetivada na proteção ao bem da coletividade e do patrimônio público.

4.10 Indisponibilidade de bens

Trata-se de medida cautelar contemplada no art. 7º da Lei 8429/92, cabendo à autoridade administrativa a representação ao Ministério Público, para que, com a aplicação da medida, assegure o ressarcimento do dano ou a devolução de acréscimo patrimonial advindo do enriquecimento ilícito. Também há previsão da medida no art. 37, § 4º da CF.

Aliás, no processo civil, a questão geral da cautela tem previsão no art. 798 do Código de Processo Civil, podendo o juiz determinar medidas provisórias, quando se deparar com fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, sofra

²⁷² NEVES; OLIVEIRA, 2012, p. 225.

²⁷³ FIGUEIREDO, 2009, p. 167/168.

prejuízo irreparável, ou melhor, lesão grave e de difícil reparação. Com isso, o ordenamento jurídico previu guarda judicial de pessoas, depósitos de bens, caução, dentre outras.

Mas para que o juiz aplique a determinação cautelar de algo, consoante arts. 796 e seguintes do Código de Processo Civil, deve haver pressupostos típicos do instrumento cautelar, quais sejam, o *fumus boni juris* (fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo da demora). O primeiro se refere à plausibilidade da ação principal, enquanto o segundo se refere à questão da demonstração de que, sem a cautela, existir o risco de que futura decisão no processo principal, de tão longínquo, se torne ineficaz.

Concomitantemente às medidas cautelares previstas no Código de Processo Civil, a Lei 8.429/92 dispõe de três providências acautelatórias específicas:

- . indisponibilidade de bens (art. 7º);
- . sequestro/arresto (art. 16); e
- . afastamento cautelar do agente público (art. 20, parágrafo único).

Focando-se especificamente na medida cautelar de indisponibilidade de bens, tem-se a disposição da LIA:

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único: A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito²⁷⁴.

Nas lições de Waldo Fazzio Junior:

Não há inconstitucionalidade. É princípio geral de direito em matéria de responsabilidade que o enriquecimento ilícito impõe o dever de restituir o indevidamente obtido. A perda, portanto, é decorrência natural do ilícito. A indisponibilidade é um estado precário e preventivo. No caso de enriquecimento ilícito, o agente público inescrupuloso que auferiu vantagem econômica indevida deve devolvê-la; não perde nada do que possuía; só devolve o que, por direito, jamais lhe pertenceu²⁷⁵.

²⁷⁴ BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em 04 nov. 2013

²⁷⁵ FAZZIO JUNIOR, 2012, p. 360.

Como já citado, a cautela pode ser efetivada através de várias medidas, como bloqueio de contas e inalienabilidade de imóveis, impedindo a alienação dos bens de qualquer forma.

Ainda segundo Waldo Fazzio Junior, colacionando decisão do STJ acerca da indisponibilidade ou não do bem de família, dispõe que o bem de família não obsta à imposição da indisponibilidade:

A *fortiori*, o eventual caráter de bem de família dos imóveis nada interfere na determinação de sua indisponibilidade. Não se trata de penhora, mas, ao contrário, de impossibilidade de alienação, mormente porque a Lei nº 8.009/90 visa a resguardar o lugar onde se estabelece o lar, impedindo a alienação do bem onde se estabelece a residência familiar. No caso, o perigo da alienação, para o agravante, não existe. Ao contrário, a indisponibilidade objetiva justamente impedir que o imóvel seja alienado e, caso seja julgado procedente o pedido formulado contra o agravante, na ação de improbidade, assegurar o ressarcimento dos danos que porventura tenham sido causados ao erário. Sob esse enfoque, a hodierna jurisprudência desta Corte direciona-se no sentido da possibilidade de que a decretação de indisponibilidade de bens, em decorrência da apuração de atos de improbidade administrativa, recaia sobre os bens necessários ao ressarcimento integral do dano, ainda que adquiridos anteriormente ao suposto ato de improbidade²⁷⁶.

No âmbito jurisprudencial dominante, Remédio nos lembra que:

Nos casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, o *periculum in mora* é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei 8.429/92, ficando limitado o deferimento da medida acautelatória à verificação da verossimilhança das alegações formuladas na inicial. É desnecessária a individualização dos bens sobre os quais se pretende recair a indisponibilidade prevista no parágrafo único do art. 7º da Lei 8.429/92, considerando a diferença existente entre os institutos da indisponibilidade e do sequestro de bens, este com sede no art. 16 da Lei 8.429/92²⁷⁷.

Para Marcelo Figueiredo:

A norma jurídica analisada preocupa-se em dimensionar o patrimônio (sentido amplo) do agente ou de terceiro, visando à integral

²⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 806.301/PR. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 15 de abril de 2008. Publicado no DJ de 14/05/2008 *apud* FAZZIO JÚNIOR, 2012, p. 361.

²⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.225.990-RJ. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 01 de março de 2011. Publicado no DJe de 15/03/2011 *apud* REMÉDIO, 2012, 504.

recomposição do dano causado. Procura, sem dúvida, o dispositivo forrar a Administração lesada de toda sorte de bens, direitos ou obrigações aptos e suficientes à recomposição do dano causado. Normalmente, não é fácil, desde logo, apurar-se a extensão do dano causado. Normalmente, não é fácil, desde logo, apurar-se a extensão do dano causado por atos de “improbidade”. Sendo assim, a norma autoriza – e a prudência aconselha – que o pedido de indisponibilidade seja amplo, devendo o requerente apresentar uma estimativa sempre superdimensionada, a fim de garantir, ainda que provisoriamente, futura recomposição. Para tanto, a Administração dispõe de mecanismos de cooperação, podendo acionar a Receita Federal, recolher informações no mercado, enfim, tudo visando à melhor satisfação na recomposição pretendida²⁷⁸.

Importante diferenciação faz Marcelo Figueiredo acerca da diferença entre os arts. 7º e 16 no que tange à indisponibilidade e sequestro de bens, uma vez que o segundo caso, exige a aplicação do art. 16, da lei n. 8.429/92, § 1º, retirando-se a posse dos bens do indiciado, enquanto que no primeiro, a regra é a do art. 7º e seu parágrafo único, do mesmo diploma, não se retirando os bens, permanecendo na posse do réu, que os administra e gerencia, coibindo-se, no entanto, qualquer transação deles. Para a indisponibilidade, não há necessidade de medida cautelar específica, formulando-se o pedido na própria inicial, bem diferente do sequestro, que exige prova mais robusta²⁷⁹.

²⁷⁸ FIGUEIREDO, 2009, p. 69.

²⁷⁹ Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Indisponibilidade de bens. Presença dos requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora. Provimento liminar do agravo na forma do art. 557, § 1º-A, do CPC. Não há confundir indisponibilidade de bens com sequestro. São duas medidas absolutamente diversas, regradas em diferentes dispositivos da Lei 8.429/92. Ora, para o sequestro, exige o art. 16, da Lei n. 8.429/92, no § 1º, que o rito seja aquele do CPC. Para a indisponibilidade a regra é a do art. 7º e seu parágrafo único. Deferido o sequestro, retira-se a posse dos bens do indiciado; a indisponibilidade não retira, pois permanece o réu na posse de seus bens, na gerência, na administração, só não podendo deles desfazer-se. Para a medida de indisponibilidade de bens, sequer há necessidade de ação cautelar específica, podendo ela ser requerida e deferida no bojo da ação principal. Assim, toda a matéria referente aos requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora há de ser enfrentada à luz do efetivo pedido formulado na inicial, ou seja, enquanto mera indisponibilidade de bens, medida absolutamente diversa do sequestro. Natureza nitidamente acautelatória na medida da indisponibilidade, que em nada se assemelha ao sequestro, para o qual se exige, este sim, prova efetivamente mais robusta. Prova suficiente dos requisitos que autorizam a concessão da liminar.. A indisponibilidade de bens visa assegurar eventual reparação ao erário, se for o caso. E esta reparação, sim, é o fundamento da ação de improbidade, além da possível invalidação do ato administrativo que se afirma nulo. Portanto, a indisponibilidade (não sequestro) é medida que visa acautelar o pedido principal e, como tal, a ser deferida. Limitação da indisponibilidade dos bens dos réus/agravados proporcionalmente ao alegado valor do dano mais a multa. Questão que deverá ser dimensionada na origem, oportunamente (TJRS, AI 700015570443, rel. Henrique Osvaldo Poeta Roenick, j. 7.6.2006).
Agravo de Instrumento. Ação Cautelar. Inominada. Atos de improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Ações Cautelares incidentais à Ação Civil Pública por ato de improbidade. Os artigos 7º e 16 da lei 7.428 tratam de duas ações cautelares distintas, uma nominada, de sequestro, e a outra, baseada no poder geral de cautela, de indisponibilidade, visando ambas, entretanto, impedir a dissipação prévia de bens à eventual execução do julgado de procedência da

Vale frisar, como se vê, que não haverá desrespeito aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e o devido processo legal. O que se quer, e apenas isso, é, se o caso, restringir bens e direitos, atingindo o patrimônio, visando assegurar e devolver aos cofres públicos a perda consumada, protendo o patrimônio público, objetivando, apenas e tão somente, a eficácia máxima do princípio da honestidade administrativa e, por conseguinte, a probidade administrativa.

4.11 Natureza jurídica das sanções

Há de se notar, ao menos inicialmente, que nenhuma das sanções nomeadas no art. 12 da LIA é de índole criminal, muito embora as sanções já citadas estarem previstas no Capítulo III, denominado “Das Penas”, expressão muito utilizada na seara penal, daí acentuadas críticas à ausência de cuidado do legislador com as denominações utilizadas, às vezes, vale notar, de consequências desastrosas.

Ressalta Marino Pazzaglini que “aliás, nesse ponto, a norma constitucional mencionada é categórica: “sem prejuízo da ação penal cabível””. E o caput do art. 12 da LIA enfatiza:

ação civil pública, com ressarcimento ao erário comprovado o ato de improbidade. Corolário da distinção é que, na ação cautelar de indisponibilidade de bens, diferentemente da demanda nominada de sequestro, pode alcançar bens adquiridos anteriormente ao ato de improbidade, limitando-se, entretanto, a restrição ao valor suficiente à garantia do ressarcimento integral do dano ao patrimônio público. Na espécie, o ato de improbidade atribuído aos agravantes consistiu na ordenação de despesas irregulares, razão pela qual não se está diante da hipótese prevista na última parte do parágrafo único do artigo 7º da Lei 8.429 (bens relativos ao acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito), mas de indisponibilidade de bens suficientes à garantia do dano causado ao erário. [...] Cabimento da ação cautelar. Consistindo a antecipação dos efeitos da tutela em um adiantamento da eficácia do julgado definitivo, mostra-se incompatível com sua finalidade a sua adoção em ação civil pública referente à ato de improbidade administrativa, na qual o Ministério Público pede o ressarcimento do dano sofrido pelo erário público. É evidente, pela natureza dessa medida, de garantia à efetividade da execução futura, que a ação tendente a obtê-la deve ser cautelar. Natureza não-satisfativa da medida cautelar de indisponibilidade de bens. De outra banda, não há cogitar de juris satisfatividade da medida, pois não se trata de providência judicial definitiva da ação civil pública, mas cautela garantidora, durante o trâmite daquela demanda, de sua futura efetividade, evitando que os demandados dissipem seu patrimônio antes de uma decisão definitiva. [...] Pressupostos da tutela cautelar específica. Demonstrada a existência de irregularidades administrativas, em juízo de cognição sumária da prova, que evidencia a eventual ocorrência de atos ímprobos dos agravantes, possível a dissipação dos seus patrimônios a inviabilizar a execução futura de um julgado condenatório, a apontar risco de lesão irreparável ao erário, mostra-se necessária e indispensável, no caso, a concessão da medida liminar cautelar de indisponibilidade parcial dos bens dos agentes públicos, lato sensu, garantindo a efetividade da jurisdição a ser prestada na ação civil pública promovida pelo Ministério Público. Agravo desprovido (TJRS, AI 70011846193, rel. João Armando Bezerra Campos, j. 21.12.2005, v.u.) (FIGUEIREDO, 2009, p. 71/72/73/74.)

Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

As medidas punitivas arroladas na norma citada são de natureza política, político-administrativa, administrativa e civil:

política:

- suspensão dos direitos políticos;

político-administrativa:

- perda da função pública;

administrativa:

- proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios;

civil:

- multa civil;

- ressarcimento integral do dano;

- perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio²⁸⁰.

Na mesma linha de raciocínio e fundamentação, muito bem frisa Remédio quanto à natureza jurídica das sanções, ao mencionar que “as sanções contempladas no art. 37, § 4º da CF, e no art. 12 da Lei 8.429/92, consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial dominantes, possuem natureza civil²⁸¹”.

E acrescenta, segundo Alexandre de Moraes:

As sanções previstas no art. 37, § 4º, da CF (suspensão dos direitos políticos, perda da função pública e ressarcimento ao erário), possuem natureza civil, inclusive não excluindo as sanções penais previstas em lei para a mesma conduta²⁸².

Nas valiosas lições de Marino, Waldo e Márcio no que tange às sanções, a cláusula final “sem prejuízo da ação penal cabível” indica que as sanções previstas no Texto Maior não são de índole criminal, devendo pois resultar de sentença proferida em persecução judicial civil²⁸³”.

Sustentam ainda os referidos autores, que a regulamentação do mandamento constitucional enunciado está positivada nos arts. 5º, 6º, 8º e 12 da lei. Assim, resumindo as regras expostas na lei, tem-se que:

²⁸⁰ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 139/140. (grifos do autor)

²⁸¹ REMÉDIO, 2012, p. 501.

²⁸² MORAES, Alexandre de *apud* REMÉDIO, 2012, p. 501.

²⁸³ PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JUNIOR, 1996, p. 122.

- em qualquer caso, ocorrendo lesão ao patrimônio público em decorrência de ato de improbidade do agente público e/ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano;
- em qualquer caso, ocorrendo enriquecimento ilícito de agente público e/ou de terceiro, o indevidamente beneficiado perderá os bens ou valores acrescidos a seu patrimônio em decorrência de ato de improbidade administrativa;
- em qualquer caso, incidirá a sanção de perda da função pública do agente público que de qualquer forma incorrer em improbidade administrativa;
- em qualquer caso, incidirá a sanção de suspensão dos direitos políticos, de oito a 10 anos (art. 9º), de cinco a oito anos (art. 10) e de três a cinco anos (art. 11), a critério do órgão judiciário;
- em qualquer caso, incidirá a multa civil, de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial (art. 9º), de até duas vezes o valor do dano (art. 10) e de até 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente público (art. 11);
- em qualquer caso, incidirá a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios e incentivos, ainda que via pessoa jurídica da qual seja sócio, por 10 anos (art. 9º), cinco anos (art. 10) e três anos (art. 11)²⁸⁴.

Seguindo o mesmo entendimento, ao mencionar as sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, Neves e Oliveira, acrescenta que:

A primeira “pena” prevista pelo art. 12 da Lei 8.429/92, em seus três incisos, na realidade não têm qualquer natureza punitiva. A perda dos bens e dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do réu tem natureza reparatória²⁸⁵, tanto assim que haverá sucessão nessa obrigação na hipótese de falecimento do agente ímprobo, nos termos do art. 9º da LIA²⁸⁶.

O principal objetivo da legislação em destaque é punir na esfera civil aqueles que praticaram atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal, pois as medidas punitivas arroladas na norma em apreço são de natureza política, político-administrativa e administrativa civil.

Isto posto, de acordo com o estudado acima, as sanções previstas, em razão de atos de improbidade administrativa praticada por agentes públicos ou terceiros, tem natureza civil, política e administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível. A primeira hipótese, como já vimos, tem importante regramento nos arts. 37, § 4º, da Carta Magna e no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

²⁸⁴ PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JUNIOR, 1996, p. 124.

²⁸⁵ SANTOS, Carlos Frederico Brito dos *apud* NEVES; OLIVEIRA, 2012, p. 212.

²⁸⁶ NEVES; OLIVEIRA, 2012, p. 212.

4.12 O Princípio da Proporcionalidade na Aplicação do Sancionamento

Segundo Arnaldo Rizzardo, na aplicação das sanções deve haver a sincronia entre dois binômios, senão vejamos:

Vinga atualmente a tese, corroborada em várias decisões, de que a aplicação das sanções se dá de forma isolada ou cumulativamente, sempre levando em conta a extensão do dano e o proveito patrimonial. Domina a doutrina anglo-americana da ponderação dos interesses em conflito (*balance of convenience*), ou a doutrina alemã do princípio da proporcionalidade. Diante da pouca expressão da lesão, afasta-se a incidência em bloco das penas cominadas. Tem-se em conta a análise da conduta do agente, não se olvidando, entende-se, que a lei seria lacunosa. Se de pequena monta a vantagem ou prejuízo, suficiente uma única sanção, evidenciando-se exagerado o afastamento da função, pois incidir-se-ia em um sacrifício exagerado e inadequado à espécie praticada. Ordena-se somente a reversão dos bens ou impõe-se apenas a multa civil. Dominará a proporcionalidade, impondo a razoabilidade na aplicação das sanções, não unicamente com respeito ao quantum das interdições ou punições. Defende-se a interpretação da lei com adequação e racionalidade para afastar injustiças flagrantes²⁸⁷.

Como se vê, a proporcionalidade é elemento fundamental para o poder de punir, sua limitação e regramento, devendo haver ponderação entre a gravidade da conduta e a necessidade de garantir a preservação do patrimônio público.

O significado é destacado por Marcelo Cardozo da Silva:

Com efeito, do ponto de vista técnico-jurídico, o preceito da proporcionalidade é o meio destinado a superar eventual colisão existente entre normas de tipo princípio, vale dizer, destinado a estruturar a aplicação de princípios colidentes; perfaz um conjunto de critérios utilizado para a verificação de se determinada atuação/omissão estatal, que gerou restrição a determinado direito fundamental veiculado por intermédio de um princípio, não foi excessiva, arbitrária, desproporcional²⁸⁸.

Na visão de Paulo Roberto de Figueiredo Dantas, a respeito do rol de sanções e sua proporcionalidade/razoabilidade, dispõe:

²⁸⁷ RIZZARDO, 2012, p. 518.

²⁸⁸ SILVA, Marcelo Cardozo da *apud* RIZZARDO, 2012, p. 518/519.

Segundo a jurisprudência dominante, aquele rol de sanções é alternativo (e não cumulativo), cabendo ao magistrado eleger as sanções em conformidade com a extensão do dano e proveito patrimonial obtido pelo agente, em atenção ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade. Referidas sanções, contudo, não são inteiramente aplicáveis ao Presidente da República e aos Parlamentares, que somente se sujeitam à perda da função pública e à suspensão dos direitos políticos nos termos da Constituição Federal²⁸⁹.

No entendimento de Francisco Octávio de Almeida Prado:

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo, envolvendo a conformidade ou adequação (razoabilidade), a exigibilidade ou necessidade (seleção do meio menos oneroso) e a proporcionalidade em sentido estrito (meio proporcionado ao fim), impõe-se como diretriz para a dosagem das penalidades e seleção daquelas que se apresentem compatíveis com a efetiva gravidade das infrações²⁹⁰.

Rizzardo colaciona arestos emblemáticos a respeito:

As sanções do art. 12 da Lei 8.429/92 não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria; aliás, como deixa claro o parágrafo único do mesmo dispositivo²⁹¹. Corrente a voz da doutrina de que é péssima a organização do sistema sancionatório da Lei 8.429/92, por ter agrupado, em uma mesma categoria, infrações de gravidade altamente variável, em blocos fechados de sanções, que não obedecem a um critério sancionatório adequado e compatível. Daí o entendimento de que as sanções previstas nos incisos do art. 12 não precisariam incidir sempre e em bloco, pela adoção da conjunção e a inúmeras penalidades, deixando ao julgador a tarefa de dosar a sanção²⁹².

Para Marcelo Figueiredo, designando-se o sentido de proibição do excesso:

De fato, é de se afastar a possibilidade da aplicação conjunta das penas em bloco, obrigatoriamente. É dizer, há margem de manobra

²⁸⁹ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 213.

²⁹⁰ PRADO, Francisco Octávio de Almeida *apud* RIZZARDO, 2012, p. 519.

²⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial nº 505.068-PR. Administrativo. Lei de Improbidade Administrativa. Princípio da Proporcionalidade. Discricionariedade do Julgador na Aplicação das Penalidades. Reexame de Matéria Fática. Súmula N.º 07/Stj. Brasília, 09 de setembro de 2003. Publicado no DJ de 29/09/2003. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7415887/recurso-especial-resp-505068-pr-2003-0041973-1>>. Acesso em: 06 jan. 2014.

²⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 534.475. Brasília, 09 de dezembro de 2003. Publicado no DJ de 29/03/2003. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/534475/bem-publico-dominical>>. Acesso em: 06 jan. 2014.

para o juiz, de acordo com o caso concreto, aplicar as penas, dentre as cominadas, isolada ou cumulativamente²⁹³.

Dessa forma, vale dizer, na aplicação das sanções, seja de forma isolada ou cumulativamente, deve-se levar em conta a extensão do dano, conseqüentemente, o aproveitamento patrimonial indevido do agente público, mas há que se notar, especialmente, a predominância da proporcionalidade, balanceada pelos interesses em conflito.

²⁹³ FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade Administrativa*: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 114.

5 ANÁLISE DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM RELAÇÃO AOS SUJEITOS DO ATO E CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EXCLUSÃO DE ALGUNS AGENTES POLÍTICOS

Abordaremos nesse capítulo os sujeitos dos Atos de Improbidade Administrativa descritos nos artigos 1º, 2º e 3º da lei 8.429/92, cujo rol elenca os sujeitos ativos ou os agentes a que a lei se destina, os quais se sujeitam àquelas normas anteriormente estudadas. Num segundo momento, analisaremos a repercussão e a controvérsia obtida com o julgamento da Reclamação 2138 pelo STF, tendo como foco central da discussão a exclusão de determinados entes políticos a seguir delineados, fazendo menção ao Direito Administrativo Sancionador. Detalharemos os respectivos dispositivos e a discussão em torno da citada exclusão.

5.1 Sujeitos do Ato de Improbidade Administrativa

Como já mencionado, a Lei de Improbidade Administrativa define em seus artigos iniciais quais são os sujeitos “capacitados” para a responsabilização pela prática de atos corruptos, imorais, inidôneos, os quais se resumem em atos de improbidade administrativa.

Assim, a lei adotou critérios para enquadrar todas as pessoas possíveis que poderiam praticar tais atos, nomeando, tanto os órgãos centrais da Administração Pública, o que denominamos Administração Pública Direta; a Administração Pública Indireta ou fundacional, assim consideradas pelo Direito Administrativo as autarquias (governo próprio), as empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações; as empresas ou entidades incorporadas ao patrimônio público; empresas ou entidades cuja criação ou custeio o erário concorreu ou concorre com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; empresa ou entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo ou crédito do Poder Público e por fim, entidades para cuja criação ou custeio o erário concorre ou concorreu com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual.

5.2 Sujeito Passivo

Esmiuçando-se melhor a definição, na primeira parte, encontramos mais diretamente as pessoas às quais a lei se dirige, e que atuam pelo Poder Público:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.²⁹⁴

Enumerando os sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa, notadamente para se evitar lacunas e contradições quanto ao alcance da definição dos sujeitos, Pazzaglini Filho bem especifica todos os órgãos e entidades que podem ser incluídos na norma em comento:

1. As entidades da Federação: União, Estados, Municípios e Distrito Federal.
2. Os órgãos da Administração Pública Direta do Poder Executivo dos entes federativos, *v. g.*, Ministérios, Secretarias Estaduais, Municipais, Distritais, Advocacia Geral da União e Procuradorias Administrativas e Judiciais.
3. As entidades da Administração indireta do Poder Executivo dos entes do Estado:
 - . autarquias (pessoas jurídicas de Direito Público, instituídas por lei, para a prestação de atividade, obras ou serviços públicos descentralizados);
 - . autarquias sob regime especial: agências reguladoras de prestação de serviços e das concessões e permissões respectivas (art. 21, XI, e § 2º, III, do art. 177 da CF), Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), criada pela Lei nº 9.472/97, Agência Nacional do Petróleo (ANP), instituída pela Lei 9.478/97, Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), estabelecida pela lei 9.427/96,

²⁹⁴ BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992*. Rio de Janeiro, 2 de junho de 1992; 171º da Independência e 104º da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 04 jan. 2014.

republicada em 28-9-1998, e Agência Nacional das Águas (ANA), constituída pela Lei nº 9.984/2000;

. fundações instituídas pelo Poder Público [...]

. sociedades de economia mista (pessoas jurídicas de Direito Privado, constituídas mediante autorização legislativa, sob a forma de sociedade anônima, por capital público e privado, para o desempenho de atividade econômica ou serviço público outorgado pelo Estado);

. empresas públicas (pessoas jurídicas de Direito Privado, instituídas por lei, sob qualquer forma jurídica, com capital exclusivamente público, para prestação de atividade de natureza econômica).

4. As corporações legislativas nos âmbitos federal, estadual, municipal e distrital: Congresso Nacional, Senado Federal, Câmara dos Deputados, Assembleia Legislativa, Câmara Municipal e Câmara legislativa.

5. Os órgãos do Poder Judiciário nas esferas federal, estadual e distrital: Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, Superior Tribunal de Justiça, tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares, tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e seus organismos administrativos.

6. Os órgãos dos Ministérios Públicos federais, estaduais e Distritais: Conselho Nacional do Ministério Público, Procuradoria-Geral de Justiça, Colégio de Procuradores de Justiça, Conselho Superior do Ministério Público, Corregedoria-Geral do Ministério Público, Procuradorias de Justiça, Promotorias de Justiça e seus organismos auxiliares e de administração.

7. Os Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios e seus órgãos auxiliares.

8. As empresas incorporadas ao patrimônio público: sociedades por ações de natureza privada absorvidas por empresa pública ou sociedade de economia mista, que lhes sucede em direitos e obrigações (art. 227 da Lei nº 6.404, de 4-12-1976 – Lei das Sociedades por Ações).

9. As empresas provadas dependentes de controle direto ou indireto do Poder Público: entidades para cuja criação ou custeio o Erário concorreu ou concorre com menos de 50% de seu patrimônio ou receita anual.

10. As entidades privadas de interesse público, que manejam dinheiros públicos a elas transferidos mediante subvenções sociais e econômicas (transferências correntes ou contribuições parafiscais compulsórias destinadas a cobrir despesas de empresas particulares que desempenham atividades de interesse do Estado), benefícios ou incentivos fiscais (renúncias de parcelas de receitas do Poder Público com impostos em troca de investimentos de empresas particulares em atividades por ele estimuladas) ou creditícios (repasso de recursos públicos, a título de empréstimo subsidiado ou a fundo perdido, para empreendimentos particulares estimulados pelo Poder Público), **serviços sociais autônomos** (Senai, Senac, Sesi, Sesc e outros assemelhados), **organizações sociais sem fins lucrativos**, que desempenham atividades nas áreas de ensino, de pesquisa científica, de desenvolvimento tecnológico, de proteção e preservação do meio ambiente, de cultura e de saúde – Ongs, que firmam contrato de gestão com o Poder Público (Lei nº 9.637/98) -, **organizações da sociedade civil de interesses público** (OSCIP),

sem fins lucrativos, que, mediante termo de parceria firmada com o Poder Público, utilizam bens ou recursos públicos na prestação de serviços na área social não exclusivos do Poder Público, tais como assistência social, promoção gratuita de educação ou da saúde, promoção da segurança alimentar e nutricional, promoção do voluntariado, promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza, promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais e demais atividades arroladas no art. 3º da Lei nº 9.790/99, que disciplinou tais organizações, e qualquer outro tipo de entidade privada que receba ou administre valores de origem pública²⁹⁵.

Neves e Oliveira fazem importante observação acerca da imputabilidade ou não dos sindicatos e partidos políticos quando do enquadramento ou não de entidades diversas na forma do art. 1º e parágrafo único da Lei 8.429/92:

Os sindicatos são pessoas jurídicas de direito privado que não sofrem interferência ou intervenção do Poder Público, conforme dispõe o art. 8º, I, da CRFB.²⁹⁶ Ressalte-se, no entanto, que os sindicatos devem registrar seus estatutos no Ministério do Trabalho, na forma do art. 558 da CLT, conforme entendimento fixado pela Súmula 677 do STF, que estabelece: “Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade”²⁹⁷. Não obstante o caráter privado, os sindicatos podem ser considerados sujeitos passivos da improbidade administrativa, pois são destinatários das denominadas contribuições sindicais. [...] Não obstante a natureza privada, os partidos políticos recebem recursos de natureza pública, oriundos do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário). [...] É fácil perceber a natureza pública da maior parte dos recursos que integram o Fundo Partidário e que são destinados aos partidos. Destarte, os partidos políticos podem ser inseridos no art. 1º da Lei 8.429/92 e considerados potenciais vítimas de improbidade administrativa²⁹⁸.

José Antonio Remédio faz importante diferenciação entre os sujeitos da improbidade administrativa em relação aos sujeitos que detém legitimidade para propor a ação civil por improbidade, afirmando que:

²⁹⁵ PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 6/7/8. (grifo do autor)

²⁹⁶ Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 jan. 2014).

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 677 de 24/09/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=677.NUME.%20NAO%20S.FL.SV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 04 jan. 2014.

²⁹⁸ NEVES; OLIVEIRA, 2012, p. 40/41/42.

- a) os sujeitos da improbidade correspondem aos agentes públicos e terceiros que de alguma forma tenham concorrido ou contribuído para a prática do ato ímprobo, ou dele se beneficiado (sujeito ativo), e à pessoa jurídica integrante da Administração Direta ou Indireta, inclusive por extensão, lesada pelo ato ímprobo (sujeito passivo);
- b) os sujeitos ou legitimados da ação civil por improbidade correspondem aos autores da ação, ou seja, o Ministério Público e pessoa jurídica lesada (sujeitos ou legitimados ativos), e aos respectivos réus ou demandados na ação, entre as quais, os agentes públicos e terceiros que tenham concorrido ou contribuído para a prática do ato ímprobo, ou dele se beneficiado (sujeitos ou legitimados passivos)²⁹⁹.

Para Paulo Roberto de Figueiredo Dantas, “o sujeito passivo [...] é a entidade lesada pelo ato, seja pessoa jurídica de direito público, seja pessoa jurídica de direito privado integrante da Administração Pública, seja ainda, [...] paraestatais³⁰⁰”.

Nas lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao enumerar as vítimas dos atos de improbidade, o legislador não fora muito preciso, quando se verifica pelo dispositivo legal, que:

O sujeito passivo abrange todas as pessoas jurídicas públicas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); os órgãos dos três Poderes do Estado; a administração direta e indireta (esta última compreendendo as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista); as empresas que, mesmo não integrando a administração indireta e não tendo a qualidade de sociedade de economia mista ou empresa pública, pertencem ao Poder Público, porque a ele foram incorporadas; e também as empresas para cuja criação o erário público concorreu com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual. É evidente que, neste último caso, trata-se de empresas que estão sob controle direto ou indireto do Poder Público, pois, de outro modo, não teria sentido o Estado contribuir com parcela tão significativa para a formação do patrimônio da entidade e deixar seu controle em mãos do particular, em um ato de liberalidade inadmissível quando se trata de dinheiro público. Neste último caso, a natureza jurídica da entidade não é tão relevante para fins de proteção da lei como o fato de ela administrar parcela de patrimônio público³⁰¹.

E tece sua crítica ao dispor:

A redação da norma legal não foi muito feliz; para acompanhar a redação da lei de ação popular, deixou de lado a fórmula hoje

²⁹⁹ REMÉDIO, 2012, p. 498.

³⁰⁰ DANTAS, 2011, p. 213.

³⁰¹ DI PIETRO, 2012, p. 890.

utilizada na Constituição e em leis infraconstitucionais, de “empresas sob controle direto ou indireto do poder público”. É evidente que se a empresa privada foi incorporada pelo Estado ou se este contribuiu com mais de 50% para a formação de seu patrimônio, a mesma está sob controle estatal, ainda que não se enquadre como sociedade de economia mista ou empresa pública³⁰².

Em relação aos sujeitos passivos dos atos de improbidade, Neves e Oliveira fazem três observações a respeito dos dispositivos legais relacionados à matéria, senão vejamos:

Em primeiro lugar, a alusão às empresas incorporadoras ao patrimônio público parece equivocada, uma vez que, nesse caso, as referidas empresas são extintas e absorvidas por pessoa jurídica de direito público ou de direito privado da Administração Pública. Desta forma, as empresas incorporadoras ao patrimônio público não são sujeitos passivos da improbidade, mas sim, as pessoas administrativas incorporadoras.

[...]

Em segundo lugar, o parágrafo único do art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa refere-se à “entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público”. As subvenções, os benefícios e os incentivos fiscais inserem-se no conceito de fomento público, que significa o incentivo, por parte da Administração, ao desenvolvimento de atividades privadas de relevância pública.

As subvenções encontram-se definidas no art. 12, § 3º, da Lei 4.320/1964, que estabelece normas gerais de Direito Financeiro e dispõe:

“Art. 12. A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas:

(...)

§ 3º Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como: I – subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa; II – subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril”.

Em terceiro lugar, é preciso compreender a distinção realizada pela norma no tocante às entidades que recebem auxílio do Estado para criação ou custeio. De um lado, o *caput* do art. 1º da Lei indica as entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual. Por outro lado, o parágrafo único do art. 1º da Lei menciona as entidades que recebem subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como aquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

³⁰² DI PIETRO, 2012, p. 890.

[...]

Diversamente, entendemos que o parágrafo único do art. 1º da Lei 8.429/92 pretendeu restringir a aplicação da “sanção patrimonial” (exemplos: ressarcimento do dano, perda de bens) ao agente que praticar improbidade contra as entidades ali mencionadas, mas não exigiu a efetiva ocorrência do dano ao erário para sua caracterização. Vale dizer: se o ato tiver relação com os recursos públicos repassados pelo Poder Público às entidades indicadas no parágrafo único da Lei, independentemente da ocorrência do dano, será considerado ato de improbidade, na forma dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa³⁰³.

Neves e Oliveira acrescenta que “[...] os prejuízos que ultrapassarem as contribuições dos cofres públicos, as entidades privadas, [...] deverão buscar o ressarcimento desse montante por outra via, distinta da ação de improbidade³⁰⁴”.

Fruto das manifestações populares ocorridas em todo o país em Junho de 2013, a chamada Lei Anticorrupção, foi aprovada em menos de dois meses pelo Congresso Nacional e tem por objetivo alcançar os corruptores, precipuamente, as empresas e seus sócios, dirigentes ou administradores.

Os requisitos para aplicação dessa nova lei, em síntese, são: conduta ilícita por parte da pessoa jurídica e prejuízo ao poder público nacional ou estrangeiro.

Para tanto, a Presidenta da República promulgou a Lei nº 12.846, de 1º de Agosto de 2013³⁰⁵, dispondo sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e outras providências.

Referida lei aplica-se às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações ou sociedades estrangeiras que tenham sede ou representação no território brasileiro, de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Poder-se-ia alegar incompatibilidade ou derrogação do diploma legal acima com a Lei de Improbidade Administrativa ou a Lei de Licitações? Numa análise mais minuciosa, me parece que não há confronto, senão vejamos:

³⁰³ NEVES; OLIVEIRA, 2012, p. 30/32/33/34.

³⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; CARVALHO FILHO, José dos Santos *apud* NEVES; OLIVEIRA, 2012, p. 33.

³⁰⁵ BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 03 fev. 2014.

A própria lei em comento menciona no seu artigo 30, a não afetação ao disposto na Lei de Improbidade, muito menos à lei de licitações, *in verbis*:

Art. 30: A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Além do que, a lei amplia o rol de sanções, quais sejam: perdimento dos bens, direitos ou valores, suspensão ou interdição parcial de atividades, dissolução compulsória e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos, senão vejamos:

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

5.3 Sujeito Ativo

No art. 2º são detalhadas as várias modalidades de ingresso para exercer atividades públicas:

Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente, ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma

de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior³⁰⁶.

Fábio Medina Osório, muito bem relata os tipos de agentes públicos:

Agentes públicos são todas as pessoas que desempenham função pública em todos os seus níveis e hierarquias, em forma permanente ou transitória, por eleição popular, designação direta, por concurso ou por qualquer outro meio legal. Estende-se essa definição a todos os magistrados, membros do Ministério Público, funcionários, empregados, governantes e outros análogos, o que implica considerar nesta categoria também os chamados 'agentes políticos', sem dúvida alguma³⁰⁷.

Pazzaglini Filho, Rosa e Fazzio Junior, trazem a definição do sujeito passivo nos atos de improbidade administrativa:

É sujeito passivo a pessoa jurídica de direito público interno (União, Estado, Município, Autarquia) ou a pessoa jurídica de direito privado (Empresa Pública, Sociedade de Economia Mista, empresa com desenvolvimento de capitais públicos). Quer dizer, sujeito passivo da improbidade administrativa é qualquer entidade pública ou particular que tenha participação de dinheiro público em seu patrimônio ou receita anual³⁰⁸.

Já quanto ao sujeito ativo da improbidade administrativa, fazem importante observação:

[...] conceito de agente público dissonante com a doutrina administrativa, seja por ampliação, ao envolver partícipes de entidades privadas, seja por minimização, ao excluir os integrantes de concessionárias e permissionárias de serviços públicos não criadas, custeadas, subvencionadas ou beneficiadas pelo erário³⁰⁹.

Resumem o sujeito ativo próprio, como:

- . qualquer pessoa capaz;
- . com vínculo permanente ou temporário;

³⁰⁶ BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992*. Rio de Janeiro, 2 de junho de 1992; 171º da Independência e 104º da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 04 jan. 2014.

³⁰⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 207.

³⁰⁸ PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JUNIOR, 1996, p. 37.

³⁰⁹ PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JUNIOR, 1996, p. 42.

- . a título remunerado ou não;
- . nomeada, designada, comissionada, eleita ou contratada;
- . ou por qualquer forma investida ou vinculada;
- . em exercício nas pessoas jurídicas previstas no art. 1^o³¹⁰.

E acrescentam:

A extrema ductibilidade conceitual não é absoluta, permitindo exceções, mas apenas aquelas de raiz constitucional porque a Lei em tela intenta regulamentar o ditame constitucional do art. 37, § 4^o. Os casos excepcionais, que não admitem a incidência plena das sanções da Lei em questão, são aqueles que pertinem ao Presidente da República, Senadores e Deputados Federais e Estaduais, matéria que se verá, adiante, na abordagem das sanções gravadas no art. 12³¹¹.

Na mesma esteira, Di Pietro, dispõe que:

Quanto aos servidores públicos, todas as categorias estão incluídas, independentemente de ocuparem cargos efetivos, em comissão ou vitalícios, funções ou empregos públicos, seja o regime estatutário ou contratual, seja a função permanente ou transitória, seja qual for a forma de provimento³¹².

Neves e Oliveira classificam os agentes públicos em dois grandes grupos, sendo o primeiro de agentes públicos de direito, compreendendo os agentes políticos, os servidores públicos (estatutários, trabalhistas ou celetistas e temporários) e particulares em colaboração. No segundo grupo, ficariam os agentes públicos de fato, divididos em putativos e necessários.

Assim discorrem que:

Os agentes de fato putativos acreditam possuir legitimidade para o desempenho da função pública em situação de normalidade. Exemplo: agentes públicos que desempenham a função pública sem a aprovação em concurso público válido. Os agentes de fato necessários exercem função pública em situações de calamidade ou de emergência. Exemplo: particulares que, espontaneamente, auxiliam vítimas em desastres naturais³¹³.

³¹⁰ PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JUNIOR, 1996, p. 43.

³¹¹ PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JUNIOR, 1996, p. 43.

³¹² DI PIETRO, 2012, p. 891.

³¹³ NEVES; OLIVEIRA, 2012, p. 44.

Já na visão de Paulo Roberto de Figueiredo Dantas, os atos de improbidade em discussão podem ser conceituados como próprios e impróprios, senão vejamos:

[...] Será ato de improbidade *próprio* quando praticado por agente público; será *impróprio* (ou *por equiparação*), por sua vez, quando praticado por particular que concorre, de alguma maneira, para o ato de improbidade.

[...]

Em suma, para que possa ser imputado a um agente um ato de improbidade administrativa, basta que este tenha investido numa função pública, seja por eleição, seja por contratação, concurso ou em comissão, e que a exerça efetivamente³¹⁴.

Marcelo Figueiredo enumera quem poderá se enquadrar como sujeitos ativos da conduta que afronta a probidade:

a) Os agentes públicos, servidores públicos (estatutários, celetistas ou remanescentes de regimes pretéritos) das entidades públicas (Administração direta, autarquias e fundações públicas).

[...]

b) Os servidores públicos (servidores celetistas) dos entes governamentais privados (fundações governamentais privadas, sociedades de economia mista e empresas públicas);

c) Os contratados, particulares exercendo transitoriamente funções estatais, sem vínculo profissional (dentre outros, representações da sociedade civil em conselhos ou comissões de licitação, jurados, mesários em eleição, etc.);

d) Os agentes políticos, respeitadas as disposições constitucionais;

e) Aqueles que não são servidores ou agentes políticos, mas que, todavia, “induziram ou concorreram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiaram sob qualquer forma direta ou indireta”. Terceiros portanto, servidores ou não; daí por que a dicção do art. 1º c/c o art. 3º: “no que couber”³¹⁵.

E a pessoa jurídica pode ser sujeito ativo do ato de improbidade? Waldo Fazzio Júnior tem a melhor resposta:

Em tese, parece inexistir obstáculo quanto à admissão de pessoa jurídica como sujeito ativo de improbidade administrativa. Contudo, consoante o sistema adotado pela Lei n.º 8.429/92 (teoria do órgão), a responsabilidade direta deve ser imputada a um agente público. É que só a pessoa física está apta a conferir subjetividade à conduta tipificada como violadora da moralidade administrativa. É certo, por outro lado, que a pessoa jurídica pode comparecer como beneficiária do ato, circunstância que, certamente, pode lhe emprestar,

³¹⁴ DANTAS, 2011, p. 2012. (grifo do autor)

³¹⁵ FIGUEIREDO, 2009, p. 52/53.

eventualmente, a legitimação passiva na ação civil de improbidade³¹⁶.

Como se vê, são sujeitos ativos da improbidade o agente público e o terceiro que, mesmo não estando na qualidade de agente público, induza ou concorra para a prática desse malfadado ato de improbidade. Assim, se submetem eles às sanções de improbidade adequadas ainda que não tenham percebido qualquer vantagem em benefício próprio.

5.4 Terceiro

Já o art. 3º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, avança na extensão da punibilidade àqueles que, ainda que excluídos da conceituação de agente público, tem participação, de alguma forma, na lesão aos interesses públicos, pois tem em mãos a administração de bens públicos:

As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induz ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta³¹⁷.

Complementa Fábio Medina Osório, sobre a necessidade da Administração Pública de buscar auxílio nas pessoas físicas ou jurídicas que embora realizem prestação de serviço público ou execução, embora de natureza privada:

Assim, os agentes particulares que tratam com as coisas públicas, que prestam serviços públicos ou exercem, embora transitoriamente, funções públicas, sempre que envolvam o manejo de recursos públicos, estão submetidos ao dever de probidade administrativa. Também os particulares que atuem em conjunto com os agentes públicos, na violação do dever de probidade administrativa, podem ser sancionados, nos termos legais, por seus atos³¹⁸.

³¹⁶ FAZZIO JUNIOR, 2012, p. 49.

³¹⁷ BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992*. Rio de Janeiro, 2 de junho de 1992; 171º da Independência e 104º da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 04 jan. 2014.

³¹⁸ OSÓRIO, 2007, p. 208.

Em relação a terceiros, Marcelo Figueiredo desenvolve interessante argumentação:

O terceiro, o particular, aquele que não é servidor ou agente público, segundo a lei, somente poderá ser co-autor ou participante na conduta ilícita. De fato, o agente ou servidor público é quem dispõe efetivamente de meios e condições muito mais eficazes de realização das condutas materiais (positivas ou negativas), porquanto é dele o praticar o ato estatal lesivo. Isso não impede que o particular ou terceiro seja o mentor intelectual da ação de improbidade, seja o verdadeiro “gerente” dos atos ilícitos [...]³¹⁹.

E arremata afirmando:

Finalmente, registre-se que, caso o “terceiro” seja beneficiado com a ação ilícita, incorrerá nas sanções previstas na lei, salvo a perda de função pública, como é natural, ausente tal requisito. O artigo em foco possibilita, ainda, o “enquadramento” de todos aqueles que possam não estar incluídos na definição de agente público dos arts. 2º e 1º, parágrafo único³²⁰.

Nesse mesmo sentido, Paulo Roberto Dantas, elucida a questão da figura do particular equiparado ao agente público, quando:

Percebe-se, portanto, que o particular é equiparado à figura do agente público, para efeitos de improbidade administrativa (artigo 3º). A única diferença é que não lhe são aplicadas todas as sanções a que estão sujeitos os agentes públicos, *mas tão somente a obrigação de reparar o dano e a indisponibilidade dos bens*³²¹.

Nessa mesma esteira, conceituando a expressão agente público, leciona Waldo Fazzio Júnior:

Toda pessoa natural que exerce cargo, emprego ou função pública é agente público. A locução *agente público* compreende todas as pessoas que mantêm vínculo de trabalho, temporário ou permanente, a qualquer título, com o Estado. Vale para a administração direta e indireta, quer dizer, designa a pessoa natural que, sob qualquer pretexto, exerce atividade típica do Estado³²².

³¹⁹ FIGUEIREDO, 2009, p. 58. (grifo do autor)

³²⁰ FIGUEIREDO, 2009, p. 58. (grifo do autor)

³²¹ DANTAS, 2011, p. 2012. (grifo do autor)

³²² FAZZIO JUNIOR, 2012, p. 47. (grifo do autor)

E elucida a questão de ser o agente público, dependente ou não, do recebimento da remuneração:

Esclareça-se, ainda, que não é o fato de receber remuneração da Administração direta ou indireta que caracteriza, essencialmente, o agente público, mas o exercício da atividade pública. É iterativo nos Tribunais brasileiros, que não é agente público somente aquele que recebe numerário dos cofres públicos, mas todo aquele que exerce uma função pública, qualquer que seja a natureza do vínculo e do respectivo encargo (de império, de gestão, ou técnica)³²³.

Podemos até dizer que, na visão Fazzio Junior, sob o plano constitucional, há diferenciação entre servidores públicos e agentes públicos, conquanto o art. 37, § 5º, menciona o prazo de prescrição para servidor ou não, bem como o seu § 6º faz citação aos danos causados por agentes, que nessa qualidade causarem a terceiros³²⁴.

Para corroborar o alegado, analisemos os dois dispositivos, in verbis:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa³²⁵.

Wallace Paiva Martins Junior reforça a extensão da incidência da lei, enquanto atinge não só o servidor público, mas também particulares em colaboração com o estado, senão vejamos:

A incidência da lei não se esgota no servidor público; abrange também o particular em colaboração com a Administração Pública (tabeliães, jurados, mesários, concessionários de serviço público

³²³ FAZZIO JUNIOR, 2012, p. 47.

³²⁴ FAZZIO JUNIOR, 2012, p. 47

³²⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 jan. 2014.

etc.); enfim, alcança o gênero maior e mais abrangente, que é o de agente público, incluindo o agente político³²⁶.

Sobre a prática, quase que em sua totalidade, da presença de um terceiro nos atos de corrupção administrativa caracterizada pela improbidade, Pazzaglini Filho, Rosa e Fazzio Júnior asseveram que:

A experiência com casos de improbidade administrativa evidencia que quase sempre há um terceiro, estranho aos quadros da Administração Pública que, ou concorre para a prática do ato ou dele se beneficia, junto com o agente público envolvido. Suborno direto ou indireto e favorecimento predominam nesta área, em que, sobretudo nos casos que envolvem grandes valores, dificilmente o agente público atua isoladamente³²⁷.

Para que não paire dúvidas sobre a extensão da incidência da Lei nas pessoas e entes que podem se sujeitar às sanções da LIA, O Superior Tribunal de Justiça assim dispôs trazido por Arnaldo Rizzardo:

São sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não só os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, inculpidos no art. 2º da Lei nº 8.429/92. Deveras, a Lei Federal nº 8.429/92 dedicou científica atenção na atribuição da sujeição do dever de probidade administrativa ao agente público, que reflete internamente na relação estabelecida entre ele e a Administração Pública, superando a noção de servidor público, com uma visão mais dilatada do que o conceito do funcionário público contido no Código Penal (art. 327).

Hospitais e médicos conveniados ao SUS que além de exercerem função pública delegada, administram verbas públicas, são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa.

Imperioso ressaltar que o âmbito de cognição do STJ, nas hipóteses em que se infirma a qualidade, em tese, de agente público passível de enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa, limita-se a aferir a exegese da Legislação com o escopo de verificar se houve ofensa ao ordenamento.

Esta Corte Federal Superior já firmou entendimento no sentido de que o conceito de agente público se estende aos médicos administradores de entidade hospitalar privada que administram recursos públicos provindos do Sistema Único de Saúde, em razão da amplitude conferida ao conceito de funcionário público, ao que se extrai da letra mesma do art. 217, § 1º, do Código Penal³²⁸.

³²⁶ MARTINS JUNIOR, 2001, p. 243.

³²⁷ PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1996, p. 45.

³²⁸ BRASIL. Superior Tribunal Justiça. 6ª Turma. Recurso Especial nº 277.045/PR. Relator Ministro Hamilton Carvalhido Brasília, 25 de agosto de 2004. Publicado no DJU de 13/12/2004 *apud* RIZZARDO, 2012, p. 376/377.

Quanto a terceiros, seguinte corrente jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo, Wallace Paiva Martins Junior acentua:

[...] O art. 3º da lei Federal n. 8.429/92 representa sensível avanço no trato da matéria, pois a Lei Federal n. 3.502/58 não punia a conduta dos terceiros estranhos ao serviço público, mas somente a de servidores públicos, gerando uma incompreensível impunidade³²⁹.

E ainda faz uma análise da intenção do legislador e das consequências da expressão “no que couber” na aplicação das sanções legais aplicáveis ao beneficiário ou partícipe:

[...]
a) se ele não for agente público, não poderá sofrer a sanção privativa de perda da função pública, sem embargo das demais, formando em algumas delas (o ressarcimento do dano) a relação de solidariedade criada pelo art. 3º; b) se ele for agente público, sofrerá a incidência de todas as sanções legais, mesmo sendo partícipe ou beneficiário³³⁰.

5.5 Exclusão de determinados Agentes Políticos do rol previsto na Lei de Improbidade Administrativa e o Direito Administrativo Sancionador

Para Ana Carolina Carlos de Oliveira “[...] a severidade das previsões da Lei de Improbidade Administrativa é tamanha que enseja, inclusive, a contestação dogmática acerca de sua natureza – penal ou administrativa³³¹”.

Sobre a moralidade no exercício de qualquer função pública, Wallace Paiva Martins Júnior acentua que:

A lei visa o resgate da moralidade no exercício de toda e qualquer função pública, de qualquer poder exercido, não fazendo nenhuma restrição em sua aplicabilidade, sem prejuízo das sanções disciplinares específicas dispostas no estatuto próprio dessas carreiras³³².

³²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça. 8ª Câm. De Direito Público, Agl 66.218-5/6, São Paulo, Relator: Desembargador Antônio Villen, 29/04/1998, v.u. *apud* MARTINS JUNIOR, 2001, p. 251.

³³⁰ MARTINS JUNIOR, 2001, p. 252.

³³¹ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o Direito Penal Brasileiro*: Direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 209.

³³² MARTINS JUNIOR, 2001, p. 251.

Nessa esteira, chegamos ao ponto crucial da discussão acerca da exclusão de alguns agentes políticos do rol previsto na Lei diante do julgamento proferido na Reclamação 2138/DF pelo STF³³³.

Antes de mais nada, faremos um breve estudo acerca das regulamentações para julgamento das autoridades políticas, o que se mostra, ao menos preliminarmente, necessário.

Neves e Oliveira discorrem a respeito da abrangência da conceituação de agente público e as devidas exceções:

Interessa-nos, todavia, a discussão concreta quanto à conceituação de agente político. Trata-se da (im)possibilidade de aplicação da Lei 8.429/1992 a determinados agentes políticos que cometem atos de improbidade caracterizados como crimes de responsabilidade.

A celeuma em torno da submissão dos agentes políticos à Lei 8.429/1992 decorre da interpretação sistemática do texto constitucional, que distingue a improbidade administrativa e os crimes de responsabilidade.

De um lado, o art. 37, § 4º, da CRFB, regulamentado pela Lei 8.429/1992, trata da improbidade administrativa que pode ser praticada por todo e qualquer agente público.

De outro lado, os arts. 52, I, 85, V e 102, I, c, todos da CRFB regulamentados pelas Leis 7.106/1983 e 1.079/1950 e pelo Decreto-lei 201/1967, mencionam os atos de improbidade praticados por determinados agentes políticos, que são qualificados como crimes de responsabilidade.

[...]

A Lei 1.079/1950, com a redação conferida pela lei 10.028/2000, regula os crimes de responsabilidade praticados pelos seguintes agentes: a) presidente da República (art. 4º); b) Ministros de Estado (art. 13); c) Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 39); d) Presidentes de Tribunais, Superiores ou não, que exercem cargo de direção ou equivalentes, no que diz respeito aos aspectos orçamentários (art. 39-A); e) Procurador-Geral da República (art. 40); f) Advogado-Geral da União (art. 40-A, parágrafo único, I); g) Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, dos membros do Ministério Público da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando no exercício de funções de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições (art. 40-A, parágrafo único, II); e h) Governadores dos Estados e seus Secretários (art. 74)³³⁴.

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.138/DF, Relator: Ministro Nelson Jobim. Redator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, Publicado no DJe nº 70 de 18/04/2008 (Informativo de Jurisprudência do STF 471). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2138&classe=Rcl&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 04 jan. 2014.

³³⁴ NEVES; OLIVEIRA, 2012, p.47.

No que se refere ao tratamento dado pela Lei ao Chefe do Executivo, leciona Rizzardo que:

O Presidente da República segue as regras dispostas nos arts. 85 a 86 da Constituição Federal, cujos dispositivos designam as infrações que geram os crimes de responsabilidade. Segundo o parágrafo único, esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento. Ainda, existe sobre o assunto, a Lei 1.079/1950³³⁵, que ainda persiste em vários pontos que definem os crimes de responsabilidade³³⁶.

Além de prever os crimes abaixo, ao longo dos arts. 5º a 12, a Lei 1079/50 discrimina as várias condutas que tipificam cada uma das figuras constantes dos incisos abaixo:

Art. 85 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I – a existência da União;

II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV – a segurança interna do País;

V – a probidade administrativa;

VI – a lei orçamentária;

VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais³³⁷.

Vale lembrar que as regras supra seguem, obrigatoriamente, as exigências do art. 86 da Carta Magna, o chamado juízo de admissibilidade, em cuja votação, exige-se dois terços da Câmara dos Deputados³³⁸.

A aplicação da Lei 8.429/92 aos agentes políticos, submetidos ao regime especial do crime de responsabilidade, é bastante controversa na atualidade.

³³⁵ BRASIL, *Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950*. Rio de Janeiro, 10 de abril de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em 04 jan. 2014.

³³⁶ RIZZARDO, 2012, p. 532.

³³⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 jan. 2014.

³³⁸ Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 jan. 2014).

Sobre a polêmica, existem, em resumo, segundo Neves e Oliveira, três entendimentos:

Primeiro entendimento: os agentes políticos submetidos à legislação especial, que versa sobre os crimes de responsabilidade, não se submetem à Lei 8.429/92. Isto porque a Constituição teria dispensado dois tratamentos distintos para os atos de improbidade: (a) os agentes públicos em geral sujeitam-se aos termos do art. 37, § 4º, da CRFB, regulamentado pela lei 8.429/92; e (b) os agentes políticos submetem-se às regras específicas do crime de responsabilidade, na forma dos arts. 52, I, 85, V e 102, I, c, dentre outras normas, da CRFB, regulamentados pela Lei 1.079/1950, pelo DL 201/1967 e pela Lei 7.106/1983.

Essa foi a orientação adotada pelo STF quando do julgamento da Reclamação 2.138/DF, que versava sobre a prática de improbidade administrativa/crime de responsabilidade por Ministro de Estado. De acordo com o entendimento majoritário dos Ministros da Suprema Corte, os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa, com fundamento na Lei 8.429/1992, mas apenas por crime de responsabilidade em ação que somente pode ser proposta perante o STF nos termos do art. 102, I, c, da CRFB.

A nosso ver, no entanto, não é possível falar em jurisprudência consolidada do STF, uma vez que a decisão em comento foi proferida por maioria apertada dos Ministros (seis x cinco) e a composição atual da Corte é substancialmente diferente daquela que proferiu a decisão.

Segundo entendimento: os agentes políticos sujeitam-se às sanções de improbidade administrativa, previstas na lei 8.429/1992, e às sanções por crime de responsabilidade, tipificadas na lei 1.079/1950, no DL 201/1967 e na Lei 7.106/1983, que podem ser aplicadas de forma cumulativa sem que isso configure *bis in idem*.

[...]

Terceiro entendimento: os agentes políticos podem ser réus na ação de improbidade administrativa, com a consequente aplicação das sanções da Lei 8.429/92, salvo aquelas de natureza política que somente podem ser aplicadas por meio do respectivo processo por crime de responsabilidade, com fundamento na Lei 1.079/1950, no DL 201/1967 e na Lei 7.106/1983.

O terceiro entendimento parece ser o mais adequado. Não há que se falar em imunidade do agente político à aplicação da lei de Improbidade Administrativa. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico demonstra que a intenção do legislador constituinte foi a de estabelecer regras especiais para os agentes políticos que cometerem atos de improbidade/crimes de responsabilidade em relação exclusivamente à aplicação de sanções políticas (perda do cargo e inabilitação temporária para o exercício de função pública), mas não no tocante às demais sanções que não

possuem caráter político e que estão previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992³³⁹.

A Reclamação nº 2138-6/DF tramitou durante o Supremo Tribunal Federal, pelo uso de bem público, culminando na condenação de Ministro pela prática de ato de improbidade administrativa³⁴⁰.

Como se vê, de acordo com a Reclamação, o Ministério Público interpôs Ação de Improbidade Administrativa contra Ronaldo Mota Sardemberg, Ministro –Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República.

Consoante petição inicial, a improbidade administrativa consistiria na solicitação e utilização indevidas de aeronaves da FAB para transporte particular seu e de terceiros, sem vinculação às suas atividades funcionais.

³³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.138/DF, Relator: Ministro Nelson Jobim. Redator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, Publicado no DJe nº 70 de 18/04/2008 (Informativo de Jurisprudência do STF 471) *apud* NEVES; OLIVEIRA, 2012, p. 49/50/52.

³⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.138/DF, Relator: Ministro Nelson Jobim. Redator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, Publicado no DJe nº 70 de 18/04/2008 (Informativo de Jurisprudência do STF 471). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2138&classe=Rcl&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 04 jan. 2014. RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. Questão de ordem rejeitada. I. [...] II. MÉRITO. 1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II. 2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição. II. 3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II. 4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, c, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II. 5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

A solicitação de aeronaves deu-se a partir de comunicações feitas pelas autoridades federais ao Chefe de Gabinete do Ministro da Aeronáutica em Brasília (DF), e a utilização ilegal de aeronaves ocorreu a partir de Brasília (DF) ou nela foi finalizada, bem como a utilização de Hotel de Trânsito da Aeronáutica.

Por conseguinte, o Juiz Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal julgou procedente o pedido para condenar o réu nas penalidades previstas na lei de improbidade, art. 12 e art. 37, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A União também se manifestou no sentido de que é característico do agente político a independência na sua atuação e a capacidade de tomar decisões que se remetem ao exercício da própria soberania do Estado. O exercício das atribuições dos agentes públicos não se confunde com as funções exercidas pelos demais servidores públicos, subordinados a limitações hierárquicas, não dotados de autonomia funcional e sujeitos a um sistema comum de responsabilidade.

Com a interposição de recurso, o Ministro Relator Nelson Jobim acolheu a tese de que em virtude de estar o Ministro de Estado sob normas de regime especial no que tange à responsabilidade, não se encontra adstrito à sistemática de responsabilização prevista na lei de Improbidade Administrativa.

Asseverou ainda, com forte senso crítico a favor da aplicação de prerrogativa de foro e afastamento da lei de improbidade, que “tenho para mim que o amplo modelo de prerrogativa de foro, adotado entre nós, cumpre importante função contra o denunciismo fácil e a politização do Judiciário, naquilo que ela pode ter de mais perverso”.

Dentre os fundamentos e manifestações nos votos, tivemos a favor da exclusão os argumentos de que os agentes políticos tem liberdade funcional no desempenho das funções; de que as instâncias devem ser respeitadas; usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, conforme disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição Federal; prevenção ao *bis in idem*; utilização do critério da especialidade; impedir a banalização de procedimentos; incidência de dois diplomas sobre os agentes públicos, dentre outros.

A principal crítica vem exatamente no que tange à alegada “autonomia” do agente político e à previsão de caráter máximo no ordenamento jurídico brasileiro constante do art. 37, § 4º da Carta Magna. A discussão também se volta à questão em relação à usurpação de competência do Supremo, pelo simples fato de não

haver previsão constitucional para a responsabilização. A última se refere à incidência de dois diplomas legais, contudo, já nomeados os ilícitos da LIA como de natureza político-administrativos.

Diante do exposto, restou determinado que quando o agente público puder ser responsabilizado por crime de responsabilidade, com a previsão da Lei nº 1.079/50, este será o regramento, não tendo que se aplicar os dispositivos da Lei nº 8.429/92. Numa análise mais minuciosa, verifica-se que outros Ministros do Supremo Tribunal Federal, seguiram essa tese, o que culminou na criticada decisão reclamatória.

Assim sendo, ainda que não unânime, o julgamento do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Ministros do STF, dos membros do CNJ e do CNMP, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União, em virtude da prática de crime de responsabilidade, compete ao Senado, que poderá aplicar a sanção de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública (art. 52, I e II, e parágrafo único, da CRFB c/c o art. 2º da Lei 1.079/50).

Todavia, Neves e Oliveira ressaltam que:

Ademais, a cessação do mandato eletivo, no curso do processo de ação de improbidade administrativa, implica perda automática da chamada prerrogativa de foro e deslocamento da causa ao juízo de primeiro grau, ainda que o fato que deu causa à demanda haja ocorrido durante o exercício da função pública³⁴¹.

Na visão de José Antonio Remédio, embora seja a Lei 8.429/92 bastante ampla, o STF afastou a responsabilização de alguns agentes, assim discorrendo:

O Supremo Tribunal Federal, todavia, ao julgar a Reclamação 2.138-DF, afastou a possibilidade de responsabilização de alguns agentes públicos por meio da Lei 8.429/92, entre os quais o Presidente da República, os Ministros de Estado e os Ministros do próprio Supremo Tribunal Federal, entendendo que referidos agentes estariam sujeitos à responsabilização através da Lei 1.079/50³⁴².

³⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 3.021 AgR/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Publicado no DJe nº 25 de 06/02/2009 *apud* NEVES; OLIVEIRA, 2012, p. 53.

³⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.138-DF. Tribunal Pleno, m.v., j. 13/06/2007. Relator para Acórdão Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJe de 18/04/2008 *apud* REMÉDIO, 2012, p. 497.

A decisão proferida na Reclamação 2.138-DF, no entanto, não possui eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*³⁴³.

Os agentes públicos que, por ausência de previsão constitucional expressa, não estiverem sujeitos à Lei 1.079/50, não se inserem na prerrogativa aplicável em relação ao Presidente da República e outros, reconhecida pelo STF quando do julgamento da Reclamação 2.138-DF³⁴⁴.

Acerca da responsabilização dos agentes políticos excetuados pela Lei, especialmente o Presidente da República, Pazzaglini Filho, Rosa e Fazzio Júnior, revelam a natureza das sanções acerca da improbidade administrativa eventualmente praticada pelo Chefe do executivo federal, com a seguinte assertiva:

Com certeza, o Presidente da República, se autor de improbidade administrativa, não estará sujeito às sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, uma vez que, no caso, estas são regidas pela própria Constituição Federal ao disciplinar a cassação do Chefe do Executivo (arts. 85 e 86), diante dos crimes de responsabilidade definidos pela Lei Federal nº 1.079/50.

Os crimes contra a probidade na administração tratados na Lei Federal nº 1079/50, que ensejam a cassação presidencial, são de natureza político-administrativa, enquanto que os atos de improbidade administrativa modelados na Lei Federal nº 8.429/92 não são delitos e não propiciam, por si só, o *impeachment*. Ainda que eventualmente adequados a um dos tipos daquele diploma, a cassação teria por fundamento o crime de responsabilidade e não o ato de improbidade administrativa catalogado nesta lei³⁴⁵.

Os chamados “crimes de responsabilidade”, na visão de Fábio Medina Osório:

Surgem na Inglaterra do século XIII, projetando-se no século XIV, dentro da ideia de responsabilidade penal de altas autoridades públicas, ante o Parlamento. Hoje em dia, existem três grandes vertentes no direito brasileiro e comparado: (i) os que defendem a natureza criminal dos delitos de responsabilidade; (ii) os que defendem a natureza política desses “delitos”; (iii) os que sustentam a natureza mista do ilícito. O STF, atualmente, entende que se trata de delitos no sentido criminal da expressão, embora o julgamento seja de natureza política. É certo que, embora venha do direito inglês, a ideia de “delitos de responsabilidade” tem suas raízes modernas no direito norte-americano, assentando-se nos pilares daquela República e da radical democracia que se construiu ao largo do processo civilizatório daquela nação³⁴⁶.

³⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg Reclamação 6.079-MG, Tribunal Pleno. v.u., j. 16/09/2009. Relator Ministra Cármen Lúcia. Publicado no *DJe* de 09/10/2009 *apud* REMÉDIO, 2012, p. 497.

³⁴⁴ REMÉDIO, 2012, p. 497.

³⁴⁵ PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1996, p. 125.

³⁴⁶ OSÓRIO, 2013, p. 205.

E traz uma severa crítica à controvérsia criada pelo julgamento:

Está muito claro, não obstante, que o posicionamento do STF é outro, totalmente discrepante desta ideia restritiva de excluir o dever de probidade do alcance dos crimes de responsabilidade. A Constituição Federal recepcionou a Lei 1.079/50 em sua integralidade, eis uma assertiva válida. E a falta de probidade na administração segue sendo delito de responsabilidade, na tradição republicana. O que se expõe, não obstante, é o questionamento sobre essa figura, aquela que encontra previsão expressa no art. 85, V, da CF, é idêntica àquela que encontra tipificação no art. 37, § 4º, da mesma CF. Essa é a pergunta em debate perante toda a nação brasileira, desde o advento da própria LGIA, em 1992, mas já antes disso, diante da Carta Magna promulgada em outubro de 1988. Independentemente do veredicto do STF na Reclamação 2.138, essa questão continua em aberto, até mesmo pelo modelo de sistema difuso de constitucionalidade e também porque não é raro os Ministros do STF, na grandeza que caracteriza a Corte, revejam seus posicionamentos³⁴⁷.

Vale frisar o artigo 9º da Lei 1.079/50, *in verbis*:

Art. 9º São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração:

- 1 - omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo;
- 2 - não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior;
- 3 - não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição;
- 4 - expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição;
- 5 - infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais;
- 6 - Usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagí-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim;
- 7 - proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decôro do cargo³⁴⁸.

Com a ressalva da hipótese de ato de improbidade cometido pelo Presidente da República, Waldo Fazzio Júnior colaciona decisão do STJ:

³⁴⁷ OSÓRIO, 2013, p. 206/207.

³⁴⁸ BRASIL, *Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950*. Rio de Janeiro, 10 de abril de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em 04 jan. 2014.

Administrativo. Improbidade administrativa. Magistrados. Agentes políticos. Agentes não políticos. Dicotomia irrelevante para a espécie. Compatibilidade entre regime especial de responsabilização política e a lei de improbidade administrativa. Conceito abrangente do art. 2º da Lei 8.429/92. Sejam considerados agentes comuns, sejam considerados agentes políticos, a Lei nº 8.429/92 é plenamente incidente em face de magistrados por atos alegadamente ímprobos que tenham sido cometidos em razão do exercício de seu *mister* legal. Em primeiro lugar porque, admitindo tratar-se de agentes políticos, esta Corte Superior firmou seu entendimento pela possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade em face dos mesmos, em razão da perfeita compatibilidade existente entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei 8.429/92, cabendo, apenas e tão somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* na Constituição da República vigente. Precedente. Em segundo lugar, porque, admitindo tratar-se de agentes não políticos, o conceito de “agente público” previsto no art. 2º da Lei nº 8.429/92 é amplo o suficiente para albergar os magistrados, especialmente, se, no exercício da função judicante, eles praticarem condutas enquadráveis, em tese, pelos arts. 9º, 10 e 11 daquele diploma normativo. Despiciendo, portanto, adentrar, aqui, longa controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca do enquadramento de juízes como agentes políticos, pois, na espécie, esta discussão demonstra-se irrelevante. Recurso especial provido. Embargos de declaração de fls. 436/438 (e-STJ) prejudicados³⁴⁹.

E acrescenta:

Ora, sob a perspectiva constitucional, seria impossível demonstrar a tese de que todos os agentes políticos sujeitos a crime de responsabilidade (nos termos da Lei 1.079/50 ou do Decreto-lei nº 201/67) estão imunes, mesmo parcialmente, às sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal. A lei ordinária (lei 8.129/92), a quem o art. 37, § 4º, delegou competência para regulamentar, simplesmente, a forma e gradação dessas sanções, não pode restringir a órbita de abrangência do comando constitucional. Eventual limitação deveria ter sede na Constituição Federal, onde não existe, salvo em relação a atos de improbidade administrativa do Presidente da República³⁵⁰.

Traz aresto do STJ, datado de 17.10.2011, exarado pelo Relator Ministro Benedito Gonçalves, concluindo a discussão e sua posição:

Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (sujeitos, por força da própria Constituição,

³⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.127.182/RN, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 28 de setembro de 2010, Publicado no *DJe* de 15/10/2010 *apud* FAZZIO JÚNIOR, 2012, p. 50/51.

³⁵⁰ FAZZIO JÚNIOR, 2012, p. 51.

a regime especial), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º. Seria igualmente incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza. O que há, inegavelmente, é uma situação de natureza estritamente processual, que nem por isso deixa de ser sumamente importante no âmbito institucional, relacionada com a competência para o processo e julgamento das ações de improbidade, já que elas podem conduzir agentes políticos da mais alta expressão a sanções de perda do cargo e à suspensão de direitos políticos. Essa é a rela e mais delicada questão institucional que subjaz à polêmica sobre atos de improbidade praticados por agentes políticos³⁵¹.

Fábio Medina Osório dispara três importantes elucidações acerca da matéria ora discutida, senão vejamos:

[...] Daí a função política do próprio STF, nesses casos transcendendo com maior nitidez. A improbidade que compõe os tipos derivados dos delitos de responsabilidade adquire conteúdos mais amplos do que aqueles que estão contemplados na LGIA. Trata-se de instâncias distintas de jurisdição. Inviável tratar o problema da duplicidade das instâncias, desde logo, com uma metodologia destinada a suprimir a competência de uma em favor da outra. O chamado princípio do *non bis in idem* vai resolver, oportunamente, eventual colisão de sanções aplicadas cumulativamente pelas instâncias competentes, mas é inegável que a dogmática do *non bis in idem* adquire contornos especiais em se tratando de tutela constitucional da probidade³⁵².

E acrescenta:

A improbidade não é uma expressão que contenha unívocos significados, é verdade. Não há uma forma unitária de abordar a improbidade, menos ainda uma instância única para julgá-la. Não deixa de ser possível usar a figura da improbidade até mesmo como elemento normativo de um tipo penal, como já se pretendeu em relação aos delitos contra a Administração Pública, numa das versões de um anteprojeto de Código penal esboçado sob a presidência de Fernando Henrique Cardoso. A inserção desse termo – “improbidade” - no seio de um tipo penal, como já se pretendeu fazer, acaso significaria a derrogação da LIA para tutelar o mesmo fato ou agente político? A resposta é negativa. Alguém, ao praticar

³⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto-Vista do Ministro Teori Albino Zavaschi no AgRg no Ag 1.404.254/RJ, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Publicado no DJ de 17/10/2011 *apud* FAZZIO JÚNIOR, 2012, p. 52.

³⁵² OSÓRIO, 2013, p. 207.

ato ímprobo, poderia, por essa circunstância, incorrer num tipo penal, mas nem por isso estaria livre das malhas da LIA³⁵³.

Assim sendo, quanto maior a atribuição do cargo público desempenhado pelo servidor, maior é sua responsabilidade> Por respeito ao princípio constitucional da igualdade material, todos os agentes públicos são abrangidos pelas disposições da Lei nº 8.429/92, bem como em respeito à independência dos poderes, e ao fato de que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (artigo 1º, parágrafo único da CF); deveria responder o Presidente da República por improbidade administrativa, dado o advento da Constituição Federal de 1988, mormente em razão do disposto no artigo 37 da CF.

Por conseguinte, deve prevalecer o entendimento de que o Presidente da República pode responder a um eventual processo de ação de responsabilidade civil por atos de improbidade administrativa com base na Lei nº 8.429/92, havendo a possibilidade de ser condenado às sanções civis de perda da função pública, perda de bens ilicitamente obtidos, suspensão dos direitos políticos, multa e proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, com ressalvas no que se refere à aplicação imediata de algumas sanções.

Também defendemos o entendimento de que, paralelamente, pode tramitar um processo político administrativo, segundo as disposições da Lei nº 1.079/50, podendo ocorrer o impeachment do Presidente da República a ser declarado pelo Senado, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 52 da Constituição Federal, *in verbis*:

Compete privativamente ao Senado Federal:

I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador Geral da República e o Advogado Geral da União nos crimes de responsabilidade;

Parágrafo único: Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito

³⁵³ OSÓRIO, 2013, p. 208. (grifo do autor)

anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Como se vê, a redação do artigo deixa claro que há possibilidade da aplicação “das demais sanções judiciais cabíveis”, onde se inclui as sanções de natureza civil, previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

A nosso ver, a improbidade prevista no art. 37, § 4º, não afronta e nem elimina a norma contemplada no art. 85, V, da Constituição Federal. A improbidade não se esgota nos chamados crimes de responsabilidade. As consequências dos mencionados dispositivos são diferentes, dada a peculiaridade dos ilícitos ali consignados.

Nas lições de Fábio Medina Osório o Direito Administrativo Sancionador e o devido processo legal punitivo da improbidade administrativa, ocorrem:

A improbidade é um ilícito do direito administrativo, o qual estabelece medidas punitivas – penas – a essa patologia social. O devido processo legal, em suas vertentes formal e substancial, abriga as regras e os princípios do direito administrativo sancionador pátrio, o qual ainda reside num universo extremamente lacunoso e carente de intervenções legislativas, de tal sorte que também aqui encontraremos a fonte de garantias para os acusados de improbidade administrativa. O modelo brasileiro não abriga um conjunto explícito de garantias para os acusados de ilícitos administrativos, mas tais garantias derivam do devido processo legal, fonte da dogmática do direito administrativo sancionador e do tratamento constitucional dispensado à LGIA, como sustentamos à saciedade. É certo que a cláusula constitucional em exame não apenas produz normas não contempladas na Magna Carta, mas rearticula outras tantas para que produzam efeitos inovadores, gerando direitos constitucionais aos acusados em geral, em detrimento do deserto de proteção que se perceberia numa leitura literal do sistema³⁵⁴.

E arremata a questão, asseverando que:

Quando situamos a improbidade administrativa no campo do direito administrativo sancionador, estamos saindo de um terreno árido, desprovido de garantias, entrando em um terreno que, embora deficitário, principalmente quando se compara com o direito penal, ostenta inegáveis evoluções científicas. O conjunto de garantias do direito administrativo sancionador emerge da cláusula do devido processo legal, começando pela interdição da arbitrariedade dos Poderes Públicos. Inserir a improbidade administrativa no campo do

³⁵⁴ OSÓRIO, 2012, p. 201.

direito administrativo sancionador significa submetê-la explicitamente a essas garantias, que se articulam e permitem uma correta leitura de outras garantias constitucionais aplicáveis ao direito punitivo. A fonte formal, normativa, da qual nasce a necessária racionalidade na ordenação da improbidade administrativa e da grave deslealdade institucional, encontra-se na cláusula do devido processo legal, embora seja certo que pode nascer concomitantemente de múltiplas fontes, todas articuladas, organizadas e rearticuladas no bojo do devido processo³⁵⁵.

Em análise às disposições da Lei de Improbidade e sua confrontação com o Código Penal, Ana Carolina Carlos de Oliveira, acentua:

Esse é o principal fato que entendemos necessário ressaltar quanto às características da lei em comento. A severidade das sanções impostas pelo Direito Administrativo sancionador nas hipóteses de improbidade são mais graves do que as impostas, em geral, pelo Direito Administrativo (multas, suspensão de autorização, etc.), e aproximam-se demasiado das sanções penais³⁵⁶.

E faz um comparativo, exemplificando:

O delito de prevaricação, previsto no art. 319 do Código Penal, tem pena de detenção de 3 meses a 1 ano, com a possibilidade de transação penal pela Lei 9.099/1995, enquanto as sanções administrativas previstas no art. 12, III, da Lei de Improbidade incluem a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 a 5 anos, pagamento de multa de até 100 vezes o valor da remuneração do funcionário, e a proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais e, conforme o art. 17 da mesma Lei, não permitem a transação penal ou a conciliação, tendo em vista tratarem de interesse público³⁵⁷.

Enfim, a Lei de Improbidade Administrativa traz sua marca e elenca os casos em que os agentes públicos podem ser imputados e levados às sanções nela previstas. Tem suas características e fundamentos próprios, tanto éticos quanto normativo, seus mecanismos de ação e suas peculiaridades processuais civis próprias nela bem consignadas. O que se deve evitar, por conseguinte, são equiparações e analogias indevidas, tais como a pretendida em algumas searas, causando a confusão aqui delineada em relação aos chamados crimes de responsabilidade.

³⁵⁵ OSÓRIO, 2012, p. 202.

³⁵⁶ OLIVEIRA, 2013, p. 217.

³⁵⁷ OLIVEIRA, 2013, p. 218/219.

Nesse complexo jurídico e discussão normativa, tem-se que o Presidente da República responde se praticada a improbidade administrativa, como crime de responsabilidade previsto no art. 85, inciso V da Magna Carta. A única concorrência que podemos mencionar ocorrerá entre os dispositivos do art. 37, § 4º, da CF/88 e o regime especial do art. 85, V, do mesmo Codex, ora citado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guisa de conclusão do presente trabalho, fizemos uma análise da evolução histórica, constatando em todos os momentos, sempre uma preocupação em coibir a corrupção e a deslealdade administrativa, com as consequentes positivamente inibidoras da conduta ímproba, desonesta, nefasta, visando a todo o momento a probidade e o resguardo dos cofres públicos, sem prejuízo ao erário.

Por outro lado, quanto a seu conceito, seja ela nominada como desonestidade, falsidade, desonradez, corrupção, devassidão, maldade, imoralidade, dentre outros vocábulos, o se quer é afastar da Administração Pública, seja ela direta, indireta ou fundacional, qualquer ato que fira o interesse público e a legalidade administrativa, inclusive aquela conduta de um agente público que contraria as normas morais, a lei e os costumes, indicando falta de honradez e atuação ilibada no que tange aos procedimentos esperados pelo Estado.

Sem dúvida alguma, com a chegada da Constituição da República de 1988, uma nova visão sobre o direito se instalou no país, abarcando novos e outros direitos no seio da sociedade, notadamente os direitos fundamentais como alicerces do sistema constitucional.

De sorte que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 aprofundara a proteção à probidade administrativa, além de atribuir sanções de alta gravidade aos agentes públicos condenados por atos de improbidade administrativa, qual seja, a norma disposta no artigo 37, § 4º, suspendendo direitos políticos, protegendo o erário com a indisponibilidade de bens, dentre outros.

Tais dispositivos, incluindo aqueles da Lei 8.429/92, reforçam a cidadania, notadamente no que se refere aos princípios da Administração Pública insculpidos no caput do art. 37 da Constituição Federal. Princípios com força normativa, bases fundantes de um sistema de conhecimento, a legalidade, impessoalidade, eficiência induzem o administrador a mais plena moralidade que se espera no trato com a coisa pública.

Apontando para a eficácia das sanções, embora não se espere que ele ocorra com tanta frequência, o desvio ético, embora sempre presente na história da humanidade, nunca foi aprovado pela sociedade, o que se comprova cotidianamente nos meios de comunicação. Buscamos mecanismos eficientes de combate através de formas de punição, na ideia representativa do jus puniendi do Estado no direito

penal. É por isso, que surgiram, em melhor momento, no ordenamento jurídico brasileiro o art. 37, § 4º de nossa Carta Política, bem como a Lei 8.429/92, a qual estabelece sanções aos agentes públicos nos casos especificados pelo legislador constituinte.

Também tratamos nesse estudo, da natureza civil da ação de improbidade administrativa, tendo em vista as disposições da LIA, cujo objeto de direito material vem a ser um misto de responsabilidade civil e administrativa, ficando a responsabilidade criminal reservada à ação penal.

Entendemos, sem dúvida alguma, que a ação de improbidade administrativa tem natureza civil, pois o art. 37, § 4º, da CF, ao prever as sanções imputáveis ao ato de improbidade administrativa, expressa que sua aplicação em ação específica para tal fim não prejudica a ação penal, o que exclui, por si só, eventual caráter penal que se queira dar à ação de improbidade.

Corroboramos com o entendimento acima, no sentido de que a ação de improbidade administrativa é ação civil, vez que advém de lei com previsões próprias. Praticados os atos previstos nos arts. 9º, 10 e 11 e, comprovada sua existência, a condenação dos sujeitos passivos se faz com as sanções de natureza política, administrativa e civil previstas na LIA.

Esses são os motivos pelos quais aquela demanda citada não tem natureza penal! Dizer que a gravidade ou as severas sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa bastam para lhe imputar-lhe um caráter penal, é controversa e, no mínimo, inaceitável.

O que se quer é vedar práticas desonestas que encontram tipificação e enquadramento nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, punindo efetivamente aqueles que pratiquem enriquecimento ilícito, lesão ao erário e que atentem contra os princípios da Administração Pública. Sanções estas tão temerosas que alguns divergem do poderio ofensivo da Lei alegando que ela traria sanções muito mais severas aos acusados que aquelas previstas no próprio Código Penal.

Por isso, abordamos no presente trabalho o eixo central da Lei de Improbidade Administrativa, iniciando-se com o estudo pormenorizado dos atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito, os quais, sem dúvida alguma, afiguram-se como um dos mais graves tipos que a lei encerra em seu conteúdo. Na sequência, tratamos dos atos de improbidade que tenham como consequência a lesão ao erário, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, ensejando perda

patrimonial à Administração Pública direta e Indireta. Por fim, discorreremos sobre o ato de improbidade que tenha como consequência a ofensa aos princípios basilares da Administração Pública, quais sejam, a legalidade, publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência

Quanto à discussão do rol meramente exemplificativo, vale lembrar, que não há proibitivo de se estender a casos novos e recentemente praticados outras tipificações que não aquelas previstas na Lei. Por esse motivo, não constituem núcleo exaustivo e sim, pautou o legislador algumas hipótese de forma genérica, evidenciando e indicando a possibilidade de outros casos.

Para firmar essa assertiva, tem-se, observando-se a textualização dos artigos em comento, a existência da palavra “notadamente”, com o especial fim de deixar margem às novas hipóteses, se necessário for. Para comprovar o alegado, o próprio Estatuto da Cidade, em seu art. 52, criou nova espécie considerando-se como improbidade atos ou omissões relacionados à ordem urbanística, determinando a aplicação das normas da Lei 8.429/92.

O desvio de verbas públicas e obras paralisadas por fraude à Lei 8.666/93 são notícias que não devem se tornar praxe nos noticiários mais populares. Essa, dentre muitas outras práticas já descritas no presente estudo, devem ser banidas de nosso cotidiano, pois prejudicam e interrompem os programas sociais das camadas mais pobres de nosso país, sofrendo milhares de brasileiros pelo não atendimento nos hospitais públicos, ausência de atendimento à saúde, educação, dentre outros serviços essenciais ao cidadão.

A matéria em questão não é apenas discussão doutrinária teórica ou sem praticidade material. Trata-se de atos atentatórios à sanidade e moralidade administrativa, pois estão investidas de desvio ético da conduta do servidor ou agente e dos terceiros favorecidos, o que gera abalo da credibilidade e a degeneração da seriedade administrativa, bem assim afetam indiscutivelmente o fortalecimento das instituições democráticas e de direito.

No que tange às sanções previstas no artigo 12, incisos I, II e III da Lei de Improbidade Administrativa, deve-se pautar o julgamento no binômio extensão do dano e proveito patrimonial do agente, evitando-se a discrepância de eventual aplicação de penas mais severas em crimes de menor potencial ofensivo e penas mais brandas em crimes de maior potencial ofensivo, respeitando-se a proporcionalidade.

Dessa forma, se a vantagem ou prejuízo for mínima, suficiente será uma única sanção, evitando-se eventual sacrifício exagerado ou inadequado ao ato praticado pelo agente. Deve-se pautar, no caso, nos princípios da proporcionalidade e na razoabilidade, elementos fundamentais no ato de punir, com graduação e regramento, devendo haver ponderação entre a gravidade da conduta e a necessidade de garantir a preservação do patrimônio público.

Vale lembrar, que as sanções do art. 12 da Lei 8.429/92 não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria. De fato, é de se afastar a possibilidade da aplicação conjunta das penas em bloco, obrigatoriamente. Há margem de manobra para o juiz, de acordo com o caso concreto, aplicar as penas, dentre as cominadas, isolada ou cumulativamente.

Quanto aos sujeitos “capacitados” para a responsabilização pela prática de atos corruptos, imorais, inidôneos, os quais resumimos em atos de improbidade administrativa, a Lei os define nos arts. 1º, 2º e 3º. Aqui, nomeamos os sujeitos como sujeitos ativos, sujeitos passivos, para ao final, estudarmos a presença e influência de terceiros na prática dos atos de improbidade administrativa.

Assim, a lei adotou critérios para enquadrar todas as pessoas possíveis que poderiam praticar tais atos, nomeando, tanto os órgãos centrais da Administração Pública, o que denominamos Administração Pública Direta; a Administração Pública Indireta ou fundacional, assim consideradas pelo Direito Administrativo as autarquias (governo próprio), as empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações; as empresas ou entidades incorporadas ao patrimônio público; empresas ou entidades cuja criação ou custeio o erário concorreu ou concorre com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; empresa ou entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo ou crédito do Poder Público e por fim, entidades para cuja criação ou custeio o erário concorre ou concorreu com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual.

Embora haja discussão quanto à exclusão do Presidente da República e alguns agentes políticos das sanções da lei, porque se encontram em regime especial, a conclusão que se extrai dessas linhas é que não deve haver concorrência: a LIA traz suas sanções próprias e aqueles agentes políticos que, detém prerrogativa de foro, seguem regime constitucional próprio, a exemplo dos art. 85, V e do art. 37, § 4º da Constituição da República Federativa do Brasil. Concordo que a matéria poderia ser definida de outra maneira.

A nosso ver, em razão de certo grau de poder que detém os agentes políticos, maior ainda é a justificativa para que eles respondam em igualdade em relação aos demais agentes, vez que, conseqüentemente, maior será também a responsabilidade social, notadamente pelo princípio constitucional da igualdade. Por conseguinte, equivocada a decisão do STF no que tange à responsabilização do Presidente da república pela prática de atos de improbidade administrativa.

A conclusão que se extrai desse tema, é que a intersecção entre áreas sancionadoras, cumulada com graves sanções pecuniárias ou restritivas de direitos, pode representar a aproximação, na prática, entre a Lei 8.429/92, a Constituição da República Federativa do Brasil e o Direito Administrativo Sancionador.

Mais do que simples comentários à Lei de Improbidade Administrativa, buscamos com o presente trabalho, um estudo organizado e crítico sobre a tutela preventiva e repressiva da probidade administrativa, esta última como valor fundamental do Estado Democrático de Direito, bem como o relacionamento de todo esse aparato com o Direito Administrativo, abrangendo desde os primórdios da civilização, com os antecedentes de probidade, a enumeração dos atos de improbidade, a ampliação das sanções em relação ao dispositivo constitucional, os sujeitos submetidos à força punitiva da lei e, ao final, um estudo crítico sobre alguns sujeitos excluídos por submissão a determinado regime especial.

Indubitavelmente, a Lei 8.429/92 foi um salto significativo na proteção ao bem estar da coletividade, em relação ao Estado como provedor de necessidades coletivas, valendo-se da probidade, da ética e da lealdade de suas instituições, para a consecução dos fins a que se destina a Administração Pública. Para tanto, a LIA ampliou o conceito de agentes públicos, para alcançar os agentes políticos, servidores e os particulares, ainda que transitoriamente, com ou sem remuneração, que participam dele ou atuam em nome do Estado.

E foi mais, além disso, no que tange às espécies de sanções, como se viu outrora, estabelecendo três modalidades, abrangendo todo o patrimônio público, bens essenciais ao Estado, diga-se de passagem, instrumentos eficazes para a defesa da mais pura cidadania.

Vale ressaltar que as desonestidades e ineficiências funcionais e a má gestão pública - atualmente exemplificada no caso da Siemens, culminando em atos de corrupção escancarada em países como Alemanha, Argentina e Grécia - apresentam várias dimensões: sociológicas, sociais e históricas e passam a ter

novos significados a partir do momento que tais ações inescrupulosas são desvendadas.

É através dos instrumentos e dispositivos da Lei em comento, bem como da Constituição Federal da República Federativa do Brasil que se reprovam, descobrem e punem extensos e organizados esquemas de corrupção de agentes públicos e terceiros para fraudar licitações, mancomunar contratos de grande vulto, prestação de serviços já combinados, vendas de mercadorias, uso indevido de bens públicos, recebimento de vantagem econômica de qualquer natureza, facilitação de alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades já referidas, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado, bem como a facilitação de aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado.

A improbidade está ligada a expulsão e punição do ilícito próprias também do Direito Administrativo Sancionador brasileiro, mormente porque ao agente público, de toda a natureza – com as exceções estudadas – dos mais altos níveis, quando deixa de honrar a função, a ética pública e a serviência ao coletivo e à sociedade, cabe-lhes sanções rigorosas que ultrapassam a esfera da reparação do dano causado, nos moldes do Direito Civil, para sanções de grande vulto e poderio repressivo.

Não há que se contemplar a crise das instituições fiscalizadoras dos atos de improbidade administrativa com o direito material aqui estudado, nem sequer utilizando-se os clamores populares rasos, manipuladas por uma metralhadora midiática e sem fundamento legal algum. Fomentar uma postura mais ética dos administradores públicos é necessário, mas que se faça da forma mais isenta e racional possível, para não se afetar a credibilidade de um ordenamento jurídico vigente estruturado e digno de praticidade, como aqueles voltados à improbidade administrativa supra citados.

Os critérios da LIA são razoáveis, seguros e previsíveis, o que se mostra ausente é o mecanismo preventivo da ação corrupta e de má-gestão, que insiste em cercar as administrações, desde as cidades pequeninas, até as grandes capitais e metrópoles. A solução talvez seja a maior publicidade e conscientização de comprometimento com o uso da máquina e dos bens públicos, por parte dos agentes públicos em geral, bem como demonstrar a eficiência dos órgãos de controle, seus resultados, ações repressivas e preventivas e perspectivas, dentre

eles, do Poder Judiciário, dos órgãos de controle interno da Administração Pública, bem assim os órgãos de controle externo.

Evitar a corrupção, o desvio de verbas, a camaradagem, a vantagem indevida, a facilitação, dentre muitos outros, é medida que se impõe. A condenação por improbidade de inúmeros agentes públicos e particulares nas mais variadas sanções demonstra a efetividade da letra da lei e sua eficácia perante o ordenamento jurídico vigente, à sociedade como um todo e aos homens.

Resultado desse contexto é a correta aplicação dos dispositivos legais citados, trazendo como prioridade a preservação da probidade, da moralidade e da honestidade pública, com a adequada administração da coisa pública. Garante-se com isso, a segurança decorrente do Estado de Direito e a concretização do bem comum, avalizada pelo Estado.

A participação da sociedade na fiscalização de eventuais práticas de atos de improbidade administrativa é fundamental e tem como papel o exercício pleno da cidadania, seja por meio de manifestações de rua, como tivemos recentemente, seja na atuação de sua convicção filosófica-partidária, elaboração ou incentivo e fomento à projetos, enfim, que se utilizem os brasileiros de todo processo democrático tão almejado na década de 80 para que o Direito tenha como único resultado a Justiça.

Longe de pretender examinar exaustivamente os problemas trazidos, o objetivo precípua desse estudo foi estimular o debate acadêmico, arejando discussões travadas no plano nacional, para o também fortalecimento da cidadania.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BERTONCINI, Mateus. *Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. *São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 08 out. 2013.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em 08 out. 2013).

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em 08 out. 2013).

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em 08 out. 2013).

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 nov. 2013.

BRASIL. Controladoria Geral da União – CGU. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/oea/>>. Acesso em: 08 out. 2013.

BRASIL. Convenção Interamericana Contra a Corrupção de 29 de março de 1996. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/oea/convencao/arquivos/convencao.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2013).

BRASIL. Decreto nº 4.410, de 07 de outubro de 2002. *Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso "c". Brasília, 7 de outubro de 2002.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em: 08 out. 2013).

_____. Decreto-Lei nº 3.240, de 8 de maio de 1941. *Sujeita a sequestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a fazenda pública, e outros.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3240.htm>. Acesso em: 08 out. 2013.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. *Código de Processo Penal.* Rio de Janeiro, em 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 08 out. 2013.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 01 de 17 de outubro de 1969. *Os ministros da marinha de guerra, do exército e da aeronáutica militar, usando das atribuições que lhes confere o artigo 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968[...]* Brasília, 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 08 out., 2013).

BRASIL. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Rio de Janeiro, 10 de abril de 1950. *Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em 04 jan. 2014.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. *Institui o Código Civil.* Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 04 nov. 2013).

_____. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. *Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm>. Acesso em 04 nov. 2013).

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. *Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.* Brasília, 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 03 fev. 2014.

_____. Lei nº 3.502 de 21 de dezembro de 1958. *Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.* Revogada pela Lei 8429 - 02/06/1992 D.O. 03/06/1992. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%203.502-1958?OpenDocument>. Acesso em 08 out. 2013).

_____. Lei nº 3.502 de 21 de dezembro de 1958. *Regula o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influencia ou abuso do cargo ou função. (confisco de bens). Legislação complementar ao código penal (del 2848, 07/12/1940).* Brasília, 21 de dezembro de 1958. Revogada pela Lei n. 8.429 de 02 de fevereiro de 1992. Disponível em:

<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=3502&tipo_norma=LEI&data=19581221&link=s>. Acesso em 08 out. 2013)

_____. Lei nº 7.675, de 4 de Outubro de 1988. *Atribui ao Tribunal de Contas da União, a partir do exercício de 1986, a fiscalização da aplicação pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, inclusive por suas entidades da Administração Indireta e Fundações, das transferências de recursos federais.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7675.htm>. Acesso em 20 dez. 2013.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992. *Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em 08 out. 2013.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.* Brasília, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 04 nov. 2013).

_____. Lei nº. 3.164 de 01 de junho de 1957. *Provê quanto ao disposto no parágrafo 31, 2ª parte, do artigo 141, da Constituição Federal, e dá outras providências. Revogada pela Lei 8429 - 02/06/1992 D.O. 03/06/1992.* Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%203.164-1957?OpenDocument>. Acesso em: 08 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. Recurso Especial nº 1.163.643-SP. *Administrativo. Processo Civil. Concessão Irregular De Vantagens A Servidores Públicos. Ação De Responsabilidade Civil, Com Pedido de Anulação dos Atos Concessivos e de Ressarcimento dos Danos.* Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 24 de março de 2010. Publicado no DJe de 30/03/2010, vol. 218 p. 131. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn='000382825>>.

Acesso em: 20 nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 993.658-SC. *Processual Civil. Administrativo. Ação Civil Pública. Lei 8.429/92. Suspensão de Direitos Políticos. Multiplicidade de Condenações. Somatório das Penas. Trânsito em Julgado. Art. 20, Lei 8429/92. Princípios Constitucionais. Razoabilidade e Proporcionalidade.* Relator Ministro Francisco Falcão. Brasília, 09 de março de 2010. Publicado no DJe de 23/03/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8627048/recurso-especial-resp-993658-sc-2007-0232844-9>>. Acesso em 04 jan. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial nº 807.551/MG. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 25 de setembro de 2007. Publicado no DJ de 05/11/2007 p. 226. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn='000307792>>. Acesso em 20 nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial nº 841.421/MA. *Processual Civil. Administrativo. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Ausência de má-fé do Administrador Agente Público. Reexame de Matéria Fática. Súmula N.º 07/Stj. Despacho que recebe a Inicial. Agravo de Instrumento Previsto no Art. 17, § 10 da Lei 8429/92.* Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de maio de 2007. Publicado no DJ de 04/10/2007, p. 182. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn='000304762>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial nº 108.5308/SP. *Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Cargo em Comissão. Função de Execução. Contratação Irregular. Penalidades. Revisão. Matéria Fático-Probatória. Súmula 7/Stj. Ressarcimento. Serviços Prestados. Pena Afastada. Precedentes.* Relator Ministro Francisco Falcão. Brasília, 11 de novembro de 2008. Publicado no DJ de 17/11/2008. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2056442/recurso-especial-resp-1085308-sp-2008-0189830-1>>. Acesso em 04 jan. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial nº 917.437/MG. *Processual Civil. Recurso Especial. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Lei 8.429/92. Contratação sem Concurso Público. Ausência de Dano ao Erário.* Brasília, 16 de setembro de 2008. Publicado no DJ de 01/10/2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/848130/recurso-especial-resp-917437-mg-2007-0008753-3/inteiro-teor-12768839>>. Acesso em 06 jan. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial nº 505.068-PR. *Administrativo. Lei de Improbidade Administrativa. Princípio da Proporcionalidade. Discricionariedade do Julgador na Aplicação das Penalidades. Reexame de Matéria Fática. Súmula N.º 07/Stj.* Brasília, 09 de setembro de 2003. Publicado no DJ de 29/09/2003. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7415887/recurso-especial-resp-505068-pr-2003-0041973-1>>. Acesso em: 06 jan. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 1.015.498-SC. *Processual Civil. Ação Civil Pública. Ato de Improbidade Administrativa. Compatibilidade.* Relator Ministro Castro Meira. Brasília, 15 de abril de 2008. Publicado no DJ de 30/04/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn='000322930>>. Acesso em 20 nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 1.155.992-PA. *Processual Civil. Administrativo. Réu Particular. Ausência de Participação Conjunta de Agente Público no Pólo Passivo da Ação de Improbidade Administrativa. Impossibilidade.* Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, 23 de março de 2010. Publicado no DJe de 01/07/2010, vol. 411 p. 373. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn='000392261>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Habeas Corpus nº 50.545/AL. *Criminal. Hc. Improbidade Administrativa. Ação de Natureza Civil. Ausência de Risco à Liberdade de Locomoção. Improriedade do Writ. Ordem não Conhecida.* Relator Ministro Gilson Dipp. Brasília, 15 de agosto de 2006. Publicado no DJ de 04/09/2006, p. 298. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn='000273554>>. Acesso em 15 dez. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.181.300-PA. *Processo Civil. Ação de Improbidade. Polo Passivo. Pertinência Subjetiva Passiva.* Relator Ministro Castro Meira. Brasília, 14 de setembro de 2010. Publicado no DJe de 24/09/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 480.387-SP. *Ação de Improbidade Administrativa. Ausência de má-fé do administrador público.* Recorrente: Antônio de Lucca Filho; Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo; Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 16 de março de 2004. Publicado no DJ de 16/03/2004. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7329049/recurso-especial-resp-480387-sp-2002-0149825-2/inteiro-teor-13019530>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 534.475. Brasília, 09 de dezembro de 2003. Publicado no DJ de 29/03/2003. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/534475/bem-publico-dominical>>. Acesso em: 06 jan. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 924.439-RJ. *Administrativo Ação Civil Pública Improbidade Administrativa Art. 12 da Lei 8.429 /1992 Perda da Função Pública Abrangência da Sanção Parâmetros: Extensão dos danos Causados e Proveito Obtido Súmula 7/Stj Retorno dos Autos à Origem.* Relator Ministra Eliana Calmon. Brasília, 06 de agosto de 2009. Publicado no DJe de 19/08/2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6061545/recurso-especial-resp-924439-rj-2007-0020069-2/inteiro-teor-12194693>>. Acesso em: 04 jan. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 960.926-MG. *Processual Civil. Constitucional. Ação de Improbidade Administrativa. Agravo Retido. Deserção. Pagamento Das Custas Fora do Prazo. Apelo do Ministério Público. Prescrição. Princípio da Proporcionalidade. Não Aplicação da Pena de Multa Civil. Incabimento de Indenização em Separado por Danos Morais. Sentença Confirmada.* Relator Ministro Castro Meira. Brasília, 18 de março de 2008. Publicado no DJe de 01/04/2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8685372/recurso-especial-resp-960926-mg-2007-0066794-2/relatorio-e-voto-13725072>>. Acesso em: 04 jan. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 329. Enunciado: *O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público.* Brasília 02 de agosto de 2006. Publicado no DJ 10/08/2006 p. 254. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=sumula+329&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 08 out. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.138/DF, Relator: Ministro Nelson Jobim. Redator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, Publicado no DJe nº 70 de 18/04/2008 (Informativo de Jurisprudência do STF 471). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2138&classe=Rcl&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 04 jan. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 677 de 24/09/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=677.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 04 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 400.147-5/5 Auriflama, Relator: Desembargador José Renato Nalini, Publicado no Diário de Justiça em 15/8/2006. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUAJ/Editais-de-Eliminacao/Interior/Santo-Andre/EDITAL-52010-SANTO-ANDR.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHIMENTI, Ricardo Cunha, et al. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Constitucional*. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2012.

FERRACINI, Luiz Alberto. *Improbidade Administrativa: teoria, prática e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Julex, 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Eletrônico da Língua Portuguesa*, 2005. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/>>. Acesso em 09 set. 2013.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Enriquecimento Ilícito dos Servidores Públicos no Exercício da Função: Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992*. São Paulo: Edipro, 1994.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Probidade Administrativa*: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Improbidade Administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOBO, Arthur Mendes. *A ação prevista na lei de improbidade administrativa – competência, legitimidade, interesse de agir e outros aspectos polêmicos*. *Revista Argumenta*, Paraná, 2008. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/issue/view/9>>. Acesso em 09 set. 2013.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Probidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de Improbidade Administrativa: comentários e anotações jurisprudenciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Mandado de Segurança*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Método, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: Direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

_____. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 1997.

_____. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996.

_____. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PINHEIRO, Dirceu Gênis. *Lei de Improbidade Administrativa - aspectos processuais relevantes e os reflexos do julgamento final da Reclamação nº 2138 do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 08 set. 2013.

PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal – noções gerais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

REMÉDIO, José Antônio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

SARMENTO, George. *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. *Discricionariedade Administrativa: ação de improbidade & controle principiológico*. Curitiba: Juruá, 2004.

VALENÇA, Danielle Peixoto. *Improbidade administrativa*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4008>>. Acesso em 09 set. 2013.

WALD, Arnoldo; e FONSECA, Rodrigo Garcia da. *Ação de Improbidade Administrativa*. *Revista de Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*, Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, a. 6, n. 11, p. 73/74, jan./dez. 2002. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti_arnold_rodrigo.pdf>. Acesso em 08 out. 2013.