

Maria Fernanda Pacheco Vaz

**ASPECTOS DA TUTELA REPRESSIVA DA IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho.

CURITIBA

2001

**ASPECTOS DA TUTELA REPRESSIVA DA IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

Por

Maria Fernanda Pacheco Vaz

Monografia aprovada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná, pela
comissão formada pelos professores:

Orientador:

Professor Romeu Felipe Bacellar Filho

.....

Professora Regina Maria Ferrari

.....

Professora Ângela Costaldello

*Ao meu irmão,
João Márcílio Souza Vaz Filho*

“Os soberanos da antigüidade atribuíam os lucros ao povo e todos os prejuízos a si mesmos; atribuíam todo o bem ao povo, e todo erro a si mesmos. Por isso, toda vez que acontecia algo inconveniente, retiravam-se para descobrir a falta em si próprios.

Hoje em dia, não procedem assim. Dissimulam seus propósitos, e chamam néscios aos homens que não os adivinham. Aumentam as dificuldades e fazem uma acusação a quem não se atreve a vencê-las. Fazem mais pesada a responsabilidade e castigam quem é incapaz de afrontá-la.

Alargam os caminhos, e executam aos que não alcançam a meta.

Quando, desse modo, a gente chega ao fim de sua ciência e de sua força, dedica-se ao engano.

Quando os governantes enganam todos os dias, como esperar que não enganem os súditos? Onde não alcançam as forças, recorre-se ao ardil; onde não alcança o saber, recorre-se ao roubo. Todos os atos cometidos pelos ladrões e bandidos, a quem se há de imputar, na realidade?”

(Texto chinês, séc. IV-III a.C.).

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que de forma direta ou indireta me ajudaram na elaboração deste trabalho.

A Deus, pelos dons e pelas oportunidades.

A meus pais, João Márcílio e Cyrene, pelo cuidado e pela atenção, e por nunca terem poupado esforços para que eu me tornasse um ser humano digno e realizado.

A Nazareno, por seu carinho inestimável e por ter-me aberto os olhos à beleza do Direito.

Ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho, grande conhecedor do Direito Administrativo, pela orientação segura, pela atenção e por sua solicitude de sempre.

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO	ii
AGRADECIMENTOS	v
SUMÁRIO	vi
RESUMO	ix
INTRODUÇÃO	01
PARTE I – Dos Princípios da Moralidade e da Probidade Administrativas	05
CAPÍTULO I – Da Moralidade e da Probidade Administrativas	06
1. O Princípio da Moralidade Administrativa	06
1.1. <i>Origem e conceito</i>	06
1.2. <i>Moralidade e Legalidade</i>	08
1.3. <i>Previsão Legal Expressa do Princípio</i>	09
2. O Princípio da Probidade Administrativa	10
2.1. <i>Conceito</i>	10
2.2. <i>Probidade e Moralidade Administrativas</i>	12
PARTE II – Evolução da Repressão Legal à Improbidade Administrativa no Brasil	14
CAPÍTULO II – Histórico da Tutela Repressiva da Improbidade Administrativa no Brasil	15
1. Primórdios	15
2. O Decreto-Lei Federal nº 3.240, de 8 de maio de 1941	15
3. A Lei Federal nº 3.164, de 1º de junho de 1957	15

4. A Lei Federal nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958	17
5. O Decreto-Lei Federal nº 359/69 e o Ato Complementar nº 42/69 (o período extrajudicial)	17
6. O Processo Legislativo da Lei Federal nº 8.429/92	19
 PARTE III – Da Lei nº 8.429/92, de 02 de junho de 1.992	 22
 CAPÍTULO III – Dos Atos de Improbidade Administrativa	 23
1. Modalidades de Atos de Improbidade Administrativa	23
1.1. <i>Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito</i>	24
1.2. <i>Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário</i>	26
1.3. <i>Dos Atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os Princípios da Administração Pública</i>	30
 CAPÍTULO IV – Dos Sujeitos da Improbidade Administrativa	 33
1. Generalidades	33
2. Sujeito Passivo	34
2.1. <i>Administração Pública</i>	34
3. Sujeito Ativo	38
3.1. <i>Agente Público</i>	38
3.2. <i>Terceiro</i>	39
 CAPÍTULO V – Das Sanções à Improbidade Administrativa	 42
1. Generalidades	42
2. Modalidades de Sanções Cominadas	45
2.1. <i>Perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio</i>	45
2.2. <i>Ressarcimento integral do dano</i>	46
2.3. <i>Perda da função pública</i>	48
2.4. <i>Suspensão dos direitos políticos</i>	49
2.5. <i>Pagamento de Multa Civil e Proibição de contratar com o Poder Público</i>	50

3. Natureza Jurídica das Sanções do artigo 12 da Lei nº 8.429/92	51
4. Limitação da responsabilidade dos sucessores	54
CAPÍTULO VI – A Posição dos Agentes Políticos face à Lei nº 8.429/92	55
1. Agente Político. Conceito	55
2. A Responsabilidades dos Agentes Políticos	57
3. Inexistência de foro privilegiado	59
4. Presidente da República	62
5. Exceções à incidência plena da Lei nº 8.429/92	62
5.1. <i>Senadores e Deputados</i>	62
5.2. <i>Membros da Magistratura e do Ministério Público</i>	63
CONCLUSÕES	66
ANEXOS	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	78

RESUMO

O presente trabalho objetivou proporcionar ao leitor uma visão panorâmica do tema “improbidade administrativa” no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, iniciamos com a diferenciação dos conceitos de *moralidade* e de *probidade administrativas*. Veremos que a última possui um papel instrumentalizador da primeira, obrigando a sua observância, sob pena da aplicação de severas sanções. Prosseguindo na pesquisa, consideramos indispensável a realização de uma exposição histórica de como evoluiu a proteção legal da probidade administrativa no direito brasileiro. Até o advento da Lei nº 8.429/92, somente o enriquecimento ilícito era considerado ato de improbidade administrativa, ensejando punição. Com a Lei nº 8.429/92, disciplina-se três modalidades de atos de improbidade administrativa, a saber: os que importam enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública. Daí que a Lei vigente inaugura a tutela, não só dos valores patrimoniais da Administração, mas sobretudo de seus valores morais, dispensando, para a caracterização da improbidade, que o ato possua repercussão econômica. É sujeito ativo da improbidade administrativa o agente público que pratica o ato no exercício da função, bem como o terceiro (particular ou outro agente público) que com ele concorre na condição de partícipe ou de beneficiário. O sujeito passivo é o órgão da Administração que sofreu prejuízos com o ato ou ao qual pertencia o agente público ímprobo. As sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa estão previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92. Tais sanções possuem natureza jurídica civil, razão pela qual não há que se falar em privilégio de foro para agentes políticos processados pela Lei nº 8.429/92. Contudo, a Lei nº 8.429/92 não se aplica ao Presidente da República, eis que o artigo 85 da Constituição de 1.988 tipificou como crime de responsabilidade o ato de improbidade administrativa praticado por este agente político. O membro do Ministério Público não incorre nas hipóteses culposas do artigo 10 da Lei nº 8.429/92, porquanto só responde civilmente quando procede com dolo ou fraude no exercício de suas funções (artigo 85, CPC). Já os membros da Magistratura só incorrem nessas mesmas hipóteses no caso específico do inciso II do CPC, ou seja, quando recusarem, omitirem ou retardarem injustificadamente ato que deveriam tomar de ofício ou a requerimento da parte.

INTRODUÇÃO

A improbidade administrativa é tema assíduo na conjuntura política nacional. Com efeito, no Brasil, os escândalos ocorridos na Administração Pública não representam qualquer novidade. Nas últimas décadas, chegam ao conhecimento da população inúmeros casos de corrupção, quer na Administração Pública direta, quer na indireta, notadamente no âmbito das empresas públicas e das autarquias de Previdência Social, os quais envolvem um número variado de pessoas, empresas e servidores públicos, e que resultam em enormes prejuízos para a Nação brasileira.

Durante vários anos, porém, grande parte desses escândalos não foi investigada. Na época da ditadura (1.964/1.985), os atos de improbidade eram acobertados pela censura aos meios de comunicação.

Porém, finda a ditadura, já nos primeiros anos seguintes, os atos de improbidade começaram a aparecer. As descobertas de corrupção na Administração foram tão constantes e vultosas, que chegaram aos mais altos escalões do Poder Público. No início da década de 90, a maior resposta da população aos escândalos públicos foi sem dúvida o *impeachment* do então Presidente da República, Fernando Collor de Mello. Além disso, vários Deputados, investigados pela CPI do Orçamento, foram condenados e cassados, enquanto outros renunciaram ao mandato.

Em tempos recentes, assistimos a uma “enxurrada” de casos de improbidade nas sendas dos três Poderes da República.

No Executivo, os casos mais correntes (dentre inúmeros outros) foram as verdadeiras organizações criminosas descobertas no seio da Prefeitura de várias cidades brasileiras, algumas de grande porte, como se deu na Capital paulista e em Londrina, no Paraná, que tiveram seus Prefeitos cassados.

No âmbito do Poder Legislativo então, a improbidade parece ser ainda mais tradicional, porquanto não são poucos os casos de Deputados e Senadores que conseguiram, ao longo de seus mandatos, amealhar patrimônios milionários, incompatíveis com seus rendimentos ao longo de suas vidas políticas. Em verdade, a

corrupção no Poder Legislativo se alastra dos mais altos escalões até o âmbito das Câmaras Municipais, como se deu no escândalo da “máfia dos fiscais” na cidade de São Paulo.

A improbidade administrativa também se manifesta dentro do Poder Judiciário, onde o exemplo mais evidente é, sem dúvida, o do Juiz Nicolau dos Santos Neto.

É cediço que a corrupção, o mau uso do patrimônio público, ocorrem em todos os campos da Administração Pública, direta ou indireta, desde os agentes administrativos de maior escalão, até os funcionários de caixa, de atendimento direto ao público, tal qual já se apurou em relação a muitos funcionários do INSS.

O repúdio geral da sociedade pelo noticiário diuturno da prática de atos de improbidade administrativa, premiados com a impunidade, fez com que o constituinte buscasse a regulamentação de normas eficazes, com imposição de penas visando à reparação dos danos causados ao erário, a punição administrativa com perda da função, de forma a afastar o agente do patrimônio público, a suspensão dos direitos políticos, entre outras. Pretendeu dessarte evitar o exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo “tráfico de influências” nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.

O artigo 37 da Constituição da República de 1988, a par de colocar a moralidade como um dos princípios ao qual deve se submeter a Administração Pública, alude à improbidade administrativa, dispondo que: “os atos de improbidade administrativa importarão 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”.

Em outro dispositivo, precisamente no artigo 5º, inciso LXXIII, a Magna Carta preceitua que: “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 (...)”.

Quando define os crimes de responsabilidade do Presidente da República, a Lei Maior (artigo 85, inciso V) elenca entre eles o ato dessa autoridade que atentar contra a probidade na administração.

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1.992, vem complementar as disposições constitucionais, dispondo sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função da administração pública direta, indireta ou fundacional, entre outras providências.

Disso tudo, pode-se perceber que o ordenamento jurídico brasileiro posiciona-se no sentido de total reprovação ao ato imoral, que afronta a honestidade, a boa-fé, o respeito à igualdade, às normas de conduta aceitas pelos administrados, o dever de lealdade, a dignidade humana e outros postulados éticos e morais, bem como reprova a improbidade, ou seja, a má qualidade da Administração, pela prática de atos que impliquem o enriquecimento ilícito do agente ou em prejuízo do erário, ou ainda, em violação aos princípios que orientam a Administração Pública.

Tendo em vista a incontestável importância do fenômeno “improbidade administrativa” no contemporâneo quadro político-social brasileiro, resolvemos adotá-lo como tema de nosso trabalho monográfico de conclusão do Curso de Graduação em Direito. Ao longo das futuras páginas, discorreremos sobre vários tópicos interessantes acerca da improbidade administrativa, sobretudo no que diz respeito à sua repressão pelo ordenamento jurídico pátrio. Mister desde já esclarecer que a pesquisa não entrará nos aspectos processuais da improbidade administrativa, uma vez que se propõe apenas à análise dos aspectos materiais do tema.

Preliminarmente, empreendemos a diferenciação entre *moralidade*, enquanto princípio constitucional da Administração, e *probidade* administrativa. Tratam-se ou não de idênticos conceitos jurídicos?

Em seguida, narramos como se deu a evolução da tutela da probidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro ao longo dos anos, até a promulgação da Lei nº 8.429/92, hoje conhecida como “Lei de Improbidade Administrativa”.

A partir de então, iniciamos a análise específica da Lei nº 8.429/92 em seus vários aspectos, quais sejam, as espécies de atos caracterizadores da improbidade administrativa, seus sujeitos e as sanções aos mesmos cominadas.

Por fim, trataremos de assunto extremamente interessante, que é o do foro de julgamento dos chamados “agentes políticos” quando processados pela prática dos atos

previstos na Lei nº 8.429/92 . Neste caso, os pertencentes a essa categoria manteriam suas prerrogativas de privilégio de foro?

Serão essas algumas das questões que pretendemos solucionar ao longo da presente pesquisa. Neste afã, recorreremos às principais obras existentes sobre a matéria, dentre livros, artigos publicados em periódicos e em *sites* jurídicos, legislação e decisões de Tribunais.

Imperioso mencionar que a análise restringiu-se àqueles aspectos por nós considerados de maior importância, porquanto o tempo disponível para a pesquisa, bem como a limitação da extensão da obra, fez como que não tivéssemos a pretensão de exaurir todas as questões passíveis de investigação.

O leitor encontrará nos Anexos o texto literal da Lei nº 8.429/92.

PARTE I

Dos Princípios da Moralidade e da Proibição Administrativas

CAPÍTULO I

DA MORALIDADE E DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVAS

1. O Princípio da Moralidade Administrativa.

1.1. *Origem e Conceito.*

A origem etimológica da palavra “moral” vem do vocábulo latino *mos*, que significa “ética”. Segundo a doutrina kantiana, a moralidade pode ser analisada sob dois pontos de vista distintos: como conformidade *subjetiva* e espontânea com a lei moral, e como conformidade *objetiva* com a lei jurídica, neste caso, consubstanciando-se na dita *legalidade*.

A origem da elaboração do princípio da moralidade administrativa encontra-se na *teoria do desvio de poder*, concebida como mecanismo de controle dos poderes discricionários do administrador público. A teoria do desvio de poder representa um limite à ação discricionária, visando a impedir que a competência legal seja exercida para além de suas fronteiras. Vale dizer, quer evitar que o ato administrativo discricionário, caracterizado pelo poder de decisão dado ao agente público, tenha como finalidade outro fim que não aquele previsto na lei. Portanto, o combate ao desvio de poder teria por objetivo principal a afirmação da finalidade do ato.

Na visão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a teoria do desvio de poder desenvolveu-se como um mecanismo de limitação da discricionariedade administrativa e de ampliação do controle judicial do ato administrativo.¹ Com efeito, é na seara dos atos discricionários, onde o agente público é livre para escolher entre as várias alternativas que a legislação lhe propõe, que reside o campo mais propício para a prática de atos imorais.

O desvio de poder pode ser entendido então como o uso indevido que o administrador público faz do poder discricionário de que é detentor, com a intenção de obter do ato um fim diverso daquele que a lei pretendia com ele alcançar.

A maior parte da doutrina entende que são duas as modalidades de desvio de poder, quais sejam: a) o excesso de poder, quando o agente extrapola os limites de sua competência, ou quando o agente, não sendo competente, invade a competência alheia; b)

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo: Atlas, 1.991, pg. 109.

o desvio de finalidade, quando o agente, sendo competente, pratica o ato tendo em vista a realização de fins diversos daqueles postulados pelo interesse público. Fala-se ainda em uma terceira espécie, que seria a da omissão administrativa lesiva. Com efeito, “a primeira forma de desvio de poder (incompetência e violação da lei) é um vício objetivo, constatável independentemente das intenções do agente e provado negativamente (o ato não teve em vista o interesse público específico enunciado na lei), enquanto a segunda forma (vício moral) liga-se à intenção, ao comportamento doloso do agente, provando-se positivamente que ele agiu por um motivo administrativamente imoral”².

Não obstante, ressalte-se que a prova da segunda modalidade de desvio de poder é extremamente difícil, uma vez que envolve o elemento psicológico do agente, admitindo-se por isso sua prova através de meios indiretos, tais como sintomas das reais motivações do agente administrativo.

Consoante entendimento de Fábio Medina Osório, a noção de desvio de poder perfaz-se com duas outras noções, quais sejam, a de *imoralidade* e de *ilegalidade*³.

A teoria do desvio de poder, que procurou introduzir limites às prerrogativas discricionárias da Administração Pública, representou a intromissão da moral no mundo jurídico, porquanto a partir dela passou-se a postular a adoção da moralidade administrativa pelo Direito, com o escopo de se combater o desvio de poder. “Portanto, foi o enfrentamento do desvio de poder que semeou as bases construtivas da moralidade administrativa”⁴.

Para Maurice Hauriou, que foi o sistematizador do conceito de *moralidade administrativa*, esta não é uma moral comum, mas sim uma moral jurídica, podendo ser entendida como o conjunto das regras de conduta que podem ser extraídas da disciplina interior da Administração⁵.

O princípio da moralidade administrativa foi alçado à categoria de norma constitucional pela Constituição da República de 1.988, que no *caput* do artigo 37 assenta que a Administração Pública obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade,

² MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*, São Paulo: Saraiva, 2.001, pg. 26.

³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*, Porto Alegre: Síntese, 1.997, pg. 104.

⁴ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 29.

⁵ NETO, Antônio José de Mattos. *Responsabilidade Civil por Improbidade Administrativa*, Revista de Direito Administrativo, nº 210, pgs. 159/170, out./dez. 1997.

publicidade, eficiência e da *moralidade*. Conforme opinião de Wallace Paiva Martins Júnior, “a moralidade administrativa tem relevo singular e é o mais importante desses princípios, porque é pressuposto informativo dos demais (...), muito embora devam coexistir no ato administrativo”⁶, sendo que por isso não pode ser ela reduzida à condição de mera integrante do princípio da legalidade.

O princípio da moralidade administrativa deve ser encarado como o bom atuar do administrador público, atuar este voltado a uma ética dos valores sociais dominantes, tais como a honestidade, a boa-fé e a lealdade, bem como voltado à realização desses fins. Vale dizer, o agente público deve exercer suas funções em atenção ao elemento moral de sua conduta e aos fins almejados para sua atuação.

1.2. *Moralidade e Legalidade.*

É mister elucidar a diferença existente entre a legalidade e a moralidade administrativas. A legalidade dos ato jurídico administrativo é fiscalizada segundo sua correspondência ou não à norma legal. Por outro lado, a sua moralidade, aferida mediante o recurso do desvio de poder, fiscaliza a adequação do ato aos princípios basilares da “boa administração”. Portanto, ainda que o ato, não tendo violado a lei, atenda à legalidade, pode ele ferir a moralidade administrativa, caso o agente o tenha praticado em vista de um fim metajurídico irregular, vale dizer, de um fim que não aquele disposto pela lei.

Nestes termos, “o agente público deve conduzir os negócios administrativos e exercer a função pública investida orientado por padrões comportamentais em que reinem valores como a lealdade, a imparcialidade, a honestidade e a probidade, enfim, direcionando a conduta para a boa administração sem desprezar o elemento ético, abstendo-se de utilizar a Administração Pública para angariar vantagens indevidas, corroer os recursos do erário, cometer abuso de poder, facilitar interesses familiares, perseguir desafetos, atingir fins não queridos na lei. O princípio da moralidade administrativa impele o agente público a atuar de forma mais completa do que simplesmente agir

⁶ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 31.

conforme a lei, na medida em que insere na gestão da coisa pública uma exigência de habilitação moral, e sua desobediência conduz à nulidade do ato”⁷.

Cabe aqui transcrever eminente magistério de José Afonso da Silva: “a lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato *formalmente legal*, mas *materialmente* comprometido com a moralidade administrativa”⁸.

Portanto, o ato administrativo deve se conformar não somente à lei jurídica, mas também (e da mesma forma) à lei ética, eis que nem tudo o que é legal é necessariamente honesto.

1.3. *Previsão Legal Expressa do Princípio.*

Ainda que não previsto legalmente, o princípio da moralidade administrativa deve sempre ser levado em conta, eis que é alcançado do confronto do ato administrativo (ou da conduta do agente) com as regras éticas extraídas da disciplina interna da Administração, as quais têm por objetivo o interesse público. Inobstante, a moralidade administrativa é prevista legalmente, tal qual nas Leis nº 8.429/92 e nº 8.666/93, art. 3º, § 1º, além de ostentar a posição de princípio constitucional da Administração Pública. Entretanto, para Wallace Paiva Martins Júnior, a falta dessas leis “não implicaria a validade de comportamentos contrários ao princípio da moralidade administrativa, como os inscritos nas referidas regras jurídicas, sob pena de negar eficácia ao princípio (base da norma e inerente ao sistema jurídico, de incidência concreta independente da existência da norma)”⁹.

O fato é que a constitucionalização explícita do princípio da moralidade administrativa tornou dignos de tutela não somente os valores patrimoniais, mas também os valores morais da Administração. A violação deste princípio conduz o ato viciado à anulação administrativa ou judicial, podendo conduzir às punições específicas ao ato de

⁷ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 43.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 1.998, pg. 646.

⁹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pgs. 39/40.

improbidade administrativa, exista ou não lesão patrimonial ao erário. O ato imoral do agente público agora é punido independentemente da ocorrência de prejuízo patrimonial à Administração, prestigiando assim valores morais e éticos necessários ao exercício da função pública. O ato que, mesmo não causando dano ao patrimônio público, viola os deveres morais da Administração, acaba revelando o desvio ético e a inabilitação do agente público para a gestão da coisa pública. Destarte, tanto o ato lesivo ao erário, quanto aquele que ofende os pressupostos axiológicos da Administração Pública, ofendem a moralidade administrativa.

2. O Princípio da Probidade Administrativa.

2.1. Conceito.

O termo “probidade” refere-se à qualidade daquele que possui caráter íntegro, honrado. Em linhas gerais, a *improbidade administrativa* significa a atuação do agente público que se aproveita da função pública para obter, para si ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de natureza patrimonial ou não, violando assim os princípios e as regras da Administração Pública. Consubstancia-se por um comportamento intencional e até mesmo culposo do agente público e revela sua inaptidão, moral e às vezes técnica, para o exercício das funções para as quais foi investido. “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 pública”¹⁰.

Conforme magistério de Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, “improbidade administrativa 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

¹⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 113.

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 ilícitos”¹¹.

Já para Fábio Medina Osório, “a idéia de improbidade administrativa passa pelo descumprimento, por atos dos agentes públicos, dos preceitos constitucionais e legais básicos que regem o setor público, resumindo-se em duas exigências fundamentais: legalidade e moralidade dos atos dos agentes públicos!”¹². Assim sendo, a ilegalidade e a imoralidade *lato sensu* (abrangendo os outros princípios da Administração Pública) são por estes autor consideradas causas da improbidade administrativa.

A probidade administrativa estabelece-se internamente como dever funcional inserido na relação entre o agente público e a Administração, bem como externamente, nas relações estabelecidas entre agentes públicos (representantes da Administração) e terceiros. O dever de probidade impõe ao agente público um atuar absolutamente isento, imparcial, de modo a não deixar suspeitas sobre sua fidelidade à entidade a que serve e aos interesses públicos que lhe cumpre realizar e defender.

Ainda que não recebesse previsão legal expressa, o princípio da probidade deveria ser obedecido, haja vista ser decorrente do princípio da moralidade. Por sua vez, a Constituição da República de 1.988, no § 4º do artigo 37, consagra a repressão à improbidade administrativa mediante a aplicação das sanções ali elencadas a título exemplificativo.

No entanto, a probidade administrativa não é novidade em nosso ordenamento jurídico, eis que diplomas legais anteriores já sancionavam a sua inobservância. A diferença fica por conta do fato de que com a Constituição de 1.988 cria-se uma nova concepção de tutela da probidade administrativa, a qual é ampliada para proteger não mais somente os valores patrimoniais, como também os valores éticos e imateriais da Administração Pública. Essa nova orientação refletiu-se no sancionamento patrimonial e moral dos atos de improbidade administrativa. “A improbidade administrativa (...) exige

¹¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, 3ª edição, São Paulo: Atlas, 1.998, pgs. 39/40.

¹² OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.*, pg. 55.

sanções mais compatíveis e coerentes com a tutela do bem jurídico violado e que transcendem o cunho patrimonial da lesão, nem sempre existente”¹³.

2.2. *Probidade e Moralidade Administrativas.*

Com efeito, a probidade administrativa é regra derivada do princípio da moralidade. A norma constitucional, ao prevê-la no artigo 37, criou aí um subprincípio. Sua adoção pelo ordenamento jurídico confere ao Estado e à população um direito subjetivo público a uma Administração Pública honesta, mediante a utilização de instrumentos preventivos (códigos de ética, incompatibilidades, impedimentos, suspeições, inelegibilidades etc.) e repressivos (como as tutelas penal e administrativo-disciplinar do princípio).

Segundo Wallace Paiva Martins Júnior, “a probidade administrativa tem uma função instrumentalizadora da moralidade administrativa e, no aspecto repressivo, significa imoralidade administrativa qualificada ou agravada pelo resultado (...), que pode ser qualquer uma das espécies indicadas na Lei Federal nº 8.429/92 (enriquecimento ilícito, lesão ao erário e atentado aos princípios da Administração Pública), pois abrange o dano contra valores morais (não-patrimoniais) da Administração”¹⁴.

Ambos os princípios estão previstos também em leis infraconstitucionais, como na Lei nº 8.666/93, que trata de licitações e contratos administrativos, mas sobretudo na Lei nº 8.429/92, que disciplinou o dispositivo constitucional que determina a repressão aos atos de improbidade administrativa. Esta Lei estabeleceu três espécies de improbidade administrativa, quais sejam, o enriquecimento ilícito, a lesão ao erário e o atentado aos princípios da Administração Pública. Estes atos de desonestidade e de deslealdade às entidades públicas podem ser praticados por seus agentes ou por terceiros, sendo que a violação do princípio da probidade administrativa pode repercutir em danos materiais à Administração ou exclusivamente em ofensa à moralidade administrativa.

Para Marcelo Figueiredo, muito embora a Constituição utilize ambos os termos *moralidade* e *improbidade*, referem-se os mesmos a coisas diversas, porquanto o primeiro

¹³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 115.

¹⁴ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 111.

apresenta maior generalidade que o segundo. O princípio da moralidade administrativa possui abrangência maior, eis que exige que todos os Poderes e funções do Estado atuem em obediência aos princípios jurídicos da moral, da boa-fé, da lealdade, da honestidade etc.. A probidade, denominada pelo autor de “moralidade administrativa qualificada”, seria aspecto específico da moralidade, porquanto atentaria em exclusivo à circunstância do agente público que, no exercício de suas atribuições e deveres, incorre em uma conduta legalmente definida como ilícita. “A probidade, desse modo, seria o aspecto ‘pessoal funcional’ da moralidade administrativa.”¹⁵.

Neste mesmo sentido, assevera Fábio Medina Osório “que a correta compreensão do próprio conceito de ‘improbidade’ somente é possível a partir de uma visão panorâmica da Lei número 8.429/92, como seus múltiplos reflexos na vida pública, sem prejuízo da constatação de que o concreto conceito das cláusulas gerais (âmbito de abrangência) previstas pelo legislador torna-se possível apenas nos casos práticos, postas todas as premissas e analisados todos os fatores de legalidade e moralidade dos atos públicos!”¹⁶.

¹⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa (Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar)*, 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 1.997, pg. 20.

¹⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.*, pg. 56.

PARTE II

Evolução da Repressão Legal à Improbidade Administrativa no Brasil

CAPÍTULO II

HISTÓRICO DA TUTELA REPRESSIVA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL

1. Primórdios.

No Brasil, a repressão legal à improbidade administrativa inseriu-se inicialmente no Direito Penal (Constituição de 1824, art.157 – ação popular contra juízes de direito e oficiais de justiça por suborno, peita, peculato e concussão), estendendo-se paulatinamente para a seara extrapenal, até atingir o patamar de sanção constitucional.

A tutela da probidade administrativa evoluiu, no direito brasileiro, da seguinte maneira:

2. O Decreto-lei Federal nº 3.240, de 8 de maio de 1941.

Regulou especificamente o seqüestro e a perda dos bens de pessoas indicadas por crime de que resultasse prejuízo para a Fazenda Pública ou locupletamento ilícito para o indiciado (art. 1º), medida esta que também podia atingir terceiros que tivessem, dolosamente ou com culpa grave, adquirido bens do indiciado, ainda que os que fossem objeto de sua liberalidade.

3. A Lei Federal nº 3.164, de 1º de junho de 1957.

Adveio a Constituição de 1946, disciplinando na parte final do § 31 do artigo 141 que *“a lei disporá sobre o seqüestro 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”*, sendo então que em 1957 foi editada a Lei nº 3.164, apelidada de “Lei Pitombo-Godói Ilha”, instituindo a tutela extrapenal da repressão à improbidade administrativa.

Esta lei, ainda que limitada à modalidade do enriquecimento ilícito e a determinados funcionários públicos e entidades administrativas¹⁷, não impedia a responsabilidade criminal do agente da improbidade. Em obediência à norma constitucional, regulou o seqüestro e o perdimento de bens derivados do enriquecimento ilícito do servidor público, em favor da Fazenda Pública. Exigia, para tanto, que a aquisição dos bens fosse ilegítima e que resultasse de influência ou abuso de cargo ou função pública ou de emprego em autarquia. A extinção da ação penal ou a absolvição, no juízo criminal, do réu processado por crimes contra a Administração Pública ou por outros delitos funcionais de que resultasse locupletamento ilícito não tinha o efeito de impedir a perda dos bens de aquisição ilegítima (salvo o direito de terceiro de *bos-fé*), a bem realçar a independência da jurisdição civil.

A Lei instituiu uma novidade em seu artigo 3º ao criar o registro público obrigatório de valores e bens pertencentes ao patrimônio privado dos que exercessem cargos ou funções públicas da União e entidades autárquicas, eletivas ou não. Eventual falsidade em tais declarações acarretava a demissão do servidor, a bem do serviço público (art. 1º). Tal registro obrigatório corresponderia à atual exigência legal (pela Lei nº 8.429/92) da declaração de bens pelo agente público.

Pecava a lei por ser um diploma extremamente restrito no que se refere à conduta objetivamente reprimida (tratava, genericamente, apenas da modalidade de enriquecimento ilícito), bem como no plano subjetivo, haja vista que os agentes da improbidade administrativa resumiam-se ao servidor público e ao empregado autárquico.

Segundo Wallace Paiva Martins Júnior, inobstante seu caráter demasiadamente genérico, “a grande vantagem que proporcionou a Lei Federal nº 3.164/57, nos passos do art. 141, § 31, da Constituição Federal de 1946, foi a instauração da tutela extrapenal repressiva da improbidade administrativa (que, antes, no Decreto-Lei Federal nº 3.240/41, art. 7º, era residual), criando sistemas jurisdicionais concomitantes, concorrentes e independentes da sanção do enriquecimento ilícito (civil e criminal), medida justificada

¹⁷ A lei excluía de sua incidência os empregados de paraestatais e as empresas com participação acionária estatal ou subvencionadas pelo Poder Público.

pelos contornos peculiares do direito penal e que não correspondiam à necessidade de específico combate da falta de honestidade administrativa”¹⁸.

4. A Lei Federal nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958.

Alcunhada de “Lei Bilac Pinto”, a Lei nº 3.502/58 introduziu algumas inovações na Lei nº 3.164/57, que então regulava o seqüestro e o perdimento de bens adquiridos por enriquecimento ilícito do servidor público. Teve, portanto, caráter mais abrangente, ampliando o conceito de servidor público no § 1º do artigo 1º, equiparando ao dirigente ou empregado de autarquia os dirigentes e empregados de sociedade de economia mista, fundação pública, empresa incorporada ao patrimônio público ou entidade que recebesse ou aplicasse contribuições parafiscais (§ 2º). O ato considerado como de improbidade, porém, continuou restrito aos casos de enriquecimento ilícito.

A Lei Federal nº 3.502/58 tinha a característica de ser uma “norma confirmativa”, porquanto ela só ratificava outros textos legais em vigor, revogando a Lei Federal nº 3.164/57 somente naquilo que esta fosse com ela explicitamente incompatível. Entretanto, “o fato de não contemplar o enriquecimento sem causa e as dificuldades que estipula para a caracterização do enriquecimento ilícito tornaram a Lei Bilac Pinto diploma de rara incidência”¹⁹.

Ainda assim, mesmo que “limitada à repressão do enriquecimento ilícito, a Lei Federal nº 3.502/58, complementando a Lei Federal nº 3.164/57, era mais adequada em razão da dilatação no âmbito subjetivo de seu raio de ação, promovendo o aumento dos sujeitos passivos, bem como pelo rol exemplificativo de seu art. 2º”²⁰.

5. O Decreto-Lei Federal nº 359/69 e o Ato Complementar nº 42/69 (o período extrajudicial).

¹⁸ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 161.

¹⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, pg. 33.

²⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 164.

O Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, editado após o golpe militar de 1964, criou uma novidade ao permitir, em seu artigo 8º, que o Presidente da República decretasse o confisco de bens em decorrência de enriquecimento ilícito no exercício de cargo ou de função pública, após a devida investigação. Havia uma cláusula de restituição caso ficasse provada a legitimidade da aquisição dos bens. Este confisco que cerceava o direito de propriedade, constituía uma medida administrativa, que dispensava o exame judicial, restando por ignorar o princípio do amplo acesso à justiça.

Com a finalidade de regulamentar o artigo 8º do AI-5, foi editado o Decreto-Lei nº 359/69, criando a Comissão Geral de Investigações, no âmbito do Ministério da Justiça, 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” (art. 1º). Entretanto, mantinha as jurisdições civil e penal para o seqüestro e o perdimento de bens ou valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio do agente público, nos termos das Leis Federais nº 3.164/57 e nº 3.502/58 e pelo Decreto-Lei Federal nº 3.240/41 (art. 11).

Outra novidade deste Decreto-Lei foi a ampliação do conceito de enriquecimento ilícito, haja vista que as Leis nº 3.164/57 e 3.502/58 exigiam a prática de ato ou a abstenção pelo agente público para evidenciar o nexo etiológico, ao passo que o Decreto-Lei Federal nº 359/69 incluiu a *evolução patrimonial desproporcional* como causa caracterizadora do enriquecimento ilícito.

Em 27 de janeiro de 1969, o Presidente da República decretou o Ato Complementar nº 42, ampliando o âmbito de incidência do confisco, o qual passou a atingir “bens de pessoa natural ou jurídica que, em relações de qualquer natureza, com a administração, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelos poderes públicos, associações ou entidades beneficiadas com auxílios ou contribuições estabelecidos em lei, permissionárias ou concessionárias de serviços públicos, se haja enriquecido, ilicitamente, com bens, dinheiros ou valores, sem prejuízo das sanções penais cabíveis”, inclusive de co-autores ou partícipes (art. 1º e parágrafo

único). As hipóteses de enriquecimento ilícito previstas no artigo 2º, parágrafo único, do Ato Complementar nº 42 não eram taxativas.

Ainda em 1.969, adveio o Ato Institucional nº 14, de 5 de setembro daquele ano, alterando a redação do artigo 150, § 11, da Constituição Federal de 1.967, prevendo o confisco e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito ou dano ao erário, nos moldes em que a lei determinasse. Manteve, entretanto, a vigência dos atos institucionais, atos complementares, leis, decretos, decretos-leis e regulamentos que tratassem sobre o confisco de bens nos casos de enriquecimento ilícito (art. 2º) e a cláusula de insindicabilidade jurisdicional dos atos com base neles realizados (art. 3º).

A forma àquela época usada para reprimir o enriquecimento ilícito, ainda que fosse mais avançada em relação às demais formas até então existentes, mormente por prescrever a evolução patrimonial desproporcional, errava porquanto feria o princípio do devido processo legal e o decorrente princípio do juiz natural, “que sublinhava que ninguém podia ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade senão em virtude de processo legal e mediante julgamento por tribunais previamente estabelecidos, cláusulas constantes da Constituição de 1.967, ao instituir o confisco administrativo (...). Esse sistema de combate administrativo ao enriquecimento ilícito perdurou até a Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1.978, que deu nova redação ao art. 153, § 11, da Constituição Federal, e revogou todos os atos institucionais e complementares contrários, mas novamente excluindo da sindicabilidade jurisdicional os seus efeitos”²¹.

6. O processo legislativo da Lei Federal nº 8.429/92.

Durante o período de tramitação do Projeto de Lei nº 1.146/91, o Brasil passava por uma grave crise no que toca aos valores morais da Administração Pública. Era a época das denúncias de corrupção contra o então Presidente da República Fernando Collor de Mello, as quais culminaram com a decretação de seu *impeachment*. Essa conjuntura certamente influenciou para que a questão da corrupção fosse legalmente reprimida.

²¹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pgs. 168/169.

Todavia, “o cotejo da proposta do Poder Executivo com a redação final e as proposituras ocorridas no trânsito do projeto mostrou que a intenção daquele era apenas dar uma roupagem mais modernizada à Lei Bilac Pinto”²², fator este que provocou notada reação no Congresso Nacional, que assim lhe promoveu uma significativa alteração, mormente por parte do Senado Federal. A par das várias discussões, o projeto teve um trâmite célere, vez que da propositura até a sanção consumiu menos de um ano. Todavia, há críticas no sentido de que a Lei nº 8.492/92 poderia ter sido melhor elaborada, se tivesse ocorrido um amplo debate público sobre a matéria.

O Projeto de Lei nº 1.446/91 foi enviado em 14 de agosto de 1991 à Câmara dos Deputados pelo então Presidente da República Fernando Collor de Mello. A leitura atenta do projeto, entretanto, revelava que o mesmo não passava de uma versão remodelada da Lei Bilac Pinto, com as necessárias adaptações exigidas pelo artigo 37, § 4º, da Constituição da República de 1988. Previa como ato de improbidade administrativa apenas a modalidade do enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou serviço público, inovando tão-somente ao ampliar a noção de agente público, ao atribuir papel investigatório ao Ministério Público através dos inquéritos civil e policial e ao caracterizar o enriquecimento ilícito também pela aquisição de bens ou valores durante o exercício da função pública, ou logo após deixá-la, sem que tivesse à época recursos financeiros para tanto.

Na Câmara dos Deputados, foram apresentados substitutivos ao Projeto nº 1.446/91, que já apresentaram significativos avanços em relação à versão proposta pelo Presidente da República.

O substitutivo da Câmara foi aprovado em 8 de outubro de 1991, vindo então a sofrer alteração por parte do Senador Pedro Simon. Este apresentou seu substitutivo sob a alegação de que o projeto apresentado pela Presidência da República era mera compilação da legislação até então existente sobre a matéria, salvo pequenas alterações redacionais e pífias inovações que não alteravam substancialmente o vigente tratamento legal do assunto²³.

²² MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 169.

²³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 172.

Em 3 de dezembro de 1991, uma vez aprovado no Senado Federal, o substitutivo foi devolvido à Câmara dos Deputados para deliberação, onde sofreu várias alterações pelos pareceres dos Deputados Federais Carlos Alberto Campista e Nilson Gibson e pelos pronunciamentos de outras lideranças partidárias, aprovadas em 5 de maio de 1992, resultando na atual redação da Lei nº 8.429/92, após o encaminhamento à sanção da Presidência da República.

O processo legislativo da Lei nº 8.429/92 suscitou discussões acerca de sua constitucionalidade, uma vez que alguns entenderam que o Senado Federal rejeitou o projeto que lhe fora enviado pela Câmara, formulando um novo projeto que, após receber emendas na Câmara dos Deputados, não retornou para a deliberação final da câmara iniciadora. Entrementes, o Senado não rejeitou o projeto de lei de autoria do Executivo que lhe havia sido enviado pela Câmara dos Deputados. Tão-somente apresentou substitutivo ao projeto de lei que, não tendo sido rejeitado ou arquivado, retornou à Câmara dos Deputados, que o acolheu parcialmente, então o encaminhando à sanção presidencial.

Com efeito, assevera Wallace Paiva Martins Júnior que “não houve rejeição do projeto na Câmara dos Deputados e tampouco no Senado Federal, razão pela qual não se pode tratar o substitutivo como novo projeto ou projeto de iniciativa do Senado Federal, na medida em que não rejeitou o projeto (art. 65, *in fine*, da CF); ao contrário, propôs e aprovou substitutivo (como, anteriormente, fez a Câmara dos Deputados). No processo legislativo, a câmara revisora rejeita o projeto ou o aprova integralmente ou, ainda, o aprova com emendas, hipótese na qual retorna à câmara iniciadora para deliberação final em razão do princípio da preponderância da câmara iniciadora. Foi justamente essa última hipótese que ocorreu”²⁴.

²⁴ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 175.

PARTE III

Da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992

CAPÍTULO III

DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

1. Modalidades de atos de improbidade administrativa.

A Lei Federal nº 8.429/92 protege a probidade administrativa através da persecução jurisdicional civil de três espécies de atos caracterizadores da improbidade administrativa, quais sejam, aqueles que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), aqueles que causam lesão ao erário (art. 10) e aqueles que atentam aos princípios da Administração Pública (art. 11). Seu âmbito de incidência é maior que os das Leis nº 3.164/57 e nº 3.502/58, já que estas reprimiam somente os atos de improbidade que resultassem em enriquecimento ilícito.

Para cada modalidade de ato, a Lei vigente enumera determinadas situações ou condutas caracterizadoras da improbidade administrativa. Tais hipóteses, todavia, constituem rol de caráter exemplificativo, eis que os *caputs* de cada artigo descrevem, cada qual, uma conduta de caráter geral, na qual se enquadram todas as situações passíveis de configurarem uma das três espécies de improbidade administrativa. A expressão “notadamente” constante dos *caputs* dos artigos 9º, 10 e 11 revela o conteúdo exemplificativo (e não taxativo) das condutas descritas em seus incisos.

Faz-se importante mencionar o elemento subjetivo de cada conduta ímproba. As hipóteses descritas nos artigos 9º e 11 exigem o dolo na conduta do agente a fim de que a mesma configure ato de improbidade administrativa. O artigo 10, por sua vez, dispõe expressamente em seu *caput* que as condutas das quais resultem dano ao erário podem ser praticadas tanto a título de dolo, quanto de culpa.

A seguir, trataremos de das três modalidades de ato de improbidade administrativa, dispostos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, dispensando entretanto o comentário específico de cada um de seus incisos, que, como se verá, possuem caráter exemplificativo, sendo o *caput* a fórmula de caráter geral para a análise de qualquer conduta. Ademais, não é objetivo deste trabalho o estudo pormenorizado de cada hipótese constante dos incisos, bastando a análise geral das espécies de atos de

improbidade administrativa para o relacionamento deste assunto com os demais que serão abordados ao longo desta monografia.

1.1. *Dos Atos de Improbidade Administrativa que importam Enriquecimento Ilícito.*

Esta espécie de improbidade administrativa é prevista no artigo 9º da Lei nº 8.429/92. Segundo o *caput* do artigo:

“Art. 9º. Constitui ato de improbidade administrativa importando em 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:”

A lei prevê sete núcleos verbais distintos indicativos da conduta ímproba, consubstanciados nos verbos *receber, aceitar, utilizar, usar, adquirir* e *incorporar*. “Receber, perceber e aceitar têm o sentido de entrar na posse, dela passando a ter disponibilidade. Utilizar ou usar significa o emprego ou utilização, aqui, no próprio benefício do agente público. Adquirir, no inc. VII, traduz alienação onerosa. Aceitar é anuir com a proposta. Incorporar ao seu patrimônio é fazer seu, tomar para si, supondo a prévia posse, guarda ou detenção lícitas, decorrentes da condição funcional. Nas modalidades de receber, perceber e aceitar, há ilicitude bilateral. O agente público recebe ou aceita de. O terceiro que concorre para o enriquecimento ilícito do agente público entregando-lhe, pagando-lhe ou oferecendo-lhe sujeita-se às sanções pertinentes, *ex-vi* da equiparação especial gravada no art. 3º”²⁵.

Destarte, o enriquecimento ilícito aí descrito restará caracterizado por qualquer ação ou omissão por parte daquele que exerce uma função pública e que tenha por escopo o auferimento de uma vantagem indevida em prejuízo da Administração Pública, não importando se esta vantagem é pessoal do agente público ou se acarreta enriquecimento de terceiro. No caso específico do artigo 9º, porém, o enriquecimento ilícito deve ser *do agente público no exercício da função*. Se a vantagem provocar o enriquecimento ilícito de terceiro, estaremos diante de uma hipótese do artigo 10 da Lei nº 8.429/92.

²⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, pg. 61.

Além disso, não se exige que a vantagem auferida efetivamente cause dano patrimonial à Administração Pública. Com efeito, o enriquecimento ilícito do agente, independentemente de provocar dano patrimonial à Administração, causa dano à moralidade administrativa. Todavia, nas hipóteses dos incisos III, IV, XI e XII deverá necessariamente ocorrer dano material.

A vantagem pode ser obtida pelo agente público de forma direta ou indireta, ou seja, por interposta pessoa, terceiros, conhecidos popularmente como “testas-de-ferro” e “laranjas”.

Não é necessário que o agente público solicite ou exija a vantagem indevida, ou que esta advenha de oferta, bastando que o agente a receba em razão do exercício do cargo, função ou emprego público. Entretanto, se do ato (comissivo ou omissivo) não resultou percepção de vantagem econômica (se houve apenas promessa da vantagem, por exemplo), outra será a espécie de improbidade administrativa.

O elemento subjetivo da conduta exigido pela lei para a configuração do ilícito é o dolo. O enriquecimento ilícito não se configura a título de culpa. “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”²⁶.

É certo, assim, que o enriquecimento ilícito é punido, nos termos da Lei nº 8.429/92, com as sanções previstas em seu artigo 12, I, sem prejuízo porém de outras sanções de natureza jurídica diversa a ele aplicáveis.

O enriquecimento ilícito se distingue do enriquecimento sem causa do direito civil porquanto este pode se verificar tanto no campo da ilegalidade quanto no da legalidade (sobretudo na esfera da competência discricionária do agente público), ao passo que o enriquecimento ilícito deve apresentar uma causa ilícita para que seja repugnado pelo Direito. “A censura legal é endereçada àquele que se aproveita de uma função pública

²⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, pg. 61.

para angariar vantagem a que não faz jus, por qualquer artifício que venha a empregar (abuso de confiança, excesso de poder, exploração de prestígio, tráfico de influência, etc.)”²⁷.

Para os autores Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, o enriquecimento ilícito se aperfeiçoa com a presença dos seguintes requisitos:

- “ - vantagem patrimonial auferida por agente público, acarretando ou não danos ao Erário;
- vantagem patrimonial resultante de causa ilícita;
- ciência do agente público da ilicitude da vantagem patrimonial alcançada;
- nexos etiológico entre o exercício funcional do agente público em qualquer entidade elencada no art. 1º e a indevida vantagem patrimonial por ele obtida”²⁸.

Como já foi dito, o artigo 9º apresenta em seus incisos um rol exemplificativo de situações que importam em enriquecimento ilícito, tal qual ocorria na Lei nº 3.502/58, com a diferença que o diploma revogado exigia, para caracterizar o enriquecimento ilícito, que a vantagem econômica indevida fosse obtida em razão da prática ou da abstenção de ato por parte do agente público. A lei vigente, por sua vez, define que o enriquecimento ilícito se caracteriza pelo recebimento de vantagem econômica indevida em razão do exercício de alguma função pública, sendo portanto irrelevante que o agente público pratique ato lícito ou ilícito, incidindo sobre ambas as situações (porque é a vantagem recebida, e não necessariamente o ato do agente público, que deve ser ilícita). Esta é a orientação dada pelo *caput* do artigo 9º, que é a fórmula geral para os atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito. Há realmente alguns incisos do artigo que exigem a prática de determinadas condutas para que o ato de improbidade se configure. Porém, como já foi explanado, os incisos constituem hipóteses meramente exemplificativas.

1.2. *Dos Atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao Erário.*

²⁷ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 184.

A Lei, desde suas disposições gerais, precisamente em seu artigo 5º, prevê que “ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”, disposição esta de caráter autônomo e derivada do artigo 159 do Código Civil²⁹, aplicável não só aos casos de improbidade administrativa, mas a todos os casos concretos que se enquadrarem em sua previsão. Os atos lesivos ao erário considerados reveladores da improbidade administrativa, estão regulados no artigo 10 da Lei nº 8.429/92, cujo *caput* reza:

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

É salutar empreender-se a distinção existente entre os conceitos de *erário* e de *patrimônio público*. “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 artístico”³⁰.

No que diz respeito à noção de patrimônio público, certo é que esta noção não se limita aos bens e direitos possuidores de valor econômico, podendo ser o patrimônio público entendido como “o complexo de bens e direito de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, Territórios, de autarquias, de empresas públicas, de sociedades de economia mista, de fundações instituídas pelo Poder público, de empresas incorporadas, de empresas com participação do erário e de entidades subvencionadas pelos cofres públicos”³¹.

O artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa visa à proteção, não propriamente do patrimônio público, mas, em termos mais precisos, do erário, “o tesouro, isto é, o conjunto de órgãos administrativos encarregados da movimentação

²⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, pg. 62.

²⁹ “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

³⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, pg. 73.

³¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, pg. 73.

econômico-financeira do Estado (arrecadação de tributos, pagamentos, aplicação de verbas etc.)”³².

O elemento subjetivo da conduta, aqui, divide-se entre o dolo e a culpa. Vale dizer, seja por comportamento culposos ou doloso do agente, o ato de improbidade causador de lesão ao erário se configura. Isso porque, no âmbito civil, o ato meramente culposos enseja o dever de indenizar.

Assim como já foi explicitado em relação ao artigo anterior, qualquer situação que se enquadre no *caput* do artigo 10 enseja responsabilização por prática de ato lesivo ao erário. As condutas constantes do *caput* são as seguintes: perda, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação. Podem ser praticadas mediante ação ou omissão, de forma dolosa ou culposa.

O ato reprimido por este artigo é aquele cujo efeito implica a redução ilícita de valores patrimoniais, é dizer, envolve uma idéia de perda patrimonial. Quando o ato é ilícito, sua lesividade é legalmente presumida. “A análise da lei mostra, sem sombra de dúvida, que o art. 10, *caput*, conceitua o prejuízo patrimonial, enquanto seus incisos indicam situações ilícitas em que a lesão é elementar e decorrente indissociavelmente”³³.

A *perda patrimonial* expressa pela Lei não deve decorrer somente de uma ação ou omissão dolosa ou culposa do agente público causadora de um prejuízo ao tesouro. Exige-se, outrossim, que essa conduta lesiva ao erário seja ilegal. A perda patrimonial decorrente de ilicitude, ainda que culposa, dará ensejo à incidência do artigo 10. Por outro lado, o agente público que, agindo legalmente, causar prejuízo ao erário, não será punido com as sanções da Lei nº 8.429/92, eis que sua conduta não será reputada ato de improbidade administrativa. É o caso do agente público condutor de veículo oficial que, no exercício de suas funções, envolve-se em acidente de trânsito: ainda que o mesmo venha a ser punido administrativamente e penalmente (por eventuais lesões corporais), não cometerá ato de improbidade administrativa³⁴.

Os incisos deste artigo 10 prevêm hipóteses nas quais a ação ou omissão dolosa ou culposa do agente público ocasiona bônus indevido ao particular e ônus injusto à

³² PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, pg. 73.

³³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 205.

³⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, pg. 75.

Administração Pública. Nos casos deste artigo, é indiferente se o agente público obteve vantagem indevida com o ato, visto que, em regra, a vantagem é angariada pelo particular, pessoa física ou jurídica, inobstante possam concorrer o enriquecimento ilícito do agente (art. 9º) e do particular (art.10). Com efeito, não se preocupa aqui o legislador com eventual proveito obtido pelo agente público, porquanto “é da subversão da atividade funcional que se trata, quer dizer, do agente público que, inobservando o dever de zelar e proteger o erário, assiste ou colabora para que terceiro se beneficie, a dano dos cofres públicos”³⁵.

A mencionada perda patrimonial, necessária à configuração desta espécie de improbidade administrativa, ocorre quando, em razão de uma conduta ilícita ou imoral do agente, existe um prejuízo patrimonial efetivo aos cofres públicos. Há aqui que se refazer a ressalva de que nas hipóteses dos incisos do artigo 10 a lesividade é presumida. Se do ato ímprobo resulta lesão, mas esta não repercute patrimonialmente, não se trata certamente de ato de improbidade por lesão ao erário, podendo configurar uma das outras duas modalidades de atos, quais sejam, enriquecimento ilícito ou atentado aos princípios da Administração Pública.

Igualmente ao artigo 9º, o *caput* do artigo 10 revela, através da expressão “notadamente” que o rol formado por seus incisos é meramente exemplificativo, sendo que qualquer outra situação neles não prevista, porém enquadrável na disposição do *caput*, configura ato de improbidade administrativa lesivo ao erário.

Considerando-se que os incisos do artigo 10 arrolam situações nas quais a lesividade do ato é presumida, tem-se que, quando o caso concreto não se enquadrar em nenhuma das hipóteses descritas nos incisos, porém preencher os requisitos do *caput*, o ato, a fim de configurar improbidade administrativa, reclamará prova da perda patrimonial.

Wallace Paiva Martins Júnior defende que inclusive hipóteses consideradas lesivas ao erário por outros diplomas legais (como por exemplo a Lei nº 8.666/93, artigo 25, § 2º e Lei nº 4.717/65, artigo 4º), e ausentes do rol exemplificativo do artigo 10, configuram atos de improbidade administrativa, devendo por isso sofrerem os efeitos da Lei nº

³⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, pg. 77.

8.429/92. “Seria evidentemente absurdo não aplicar as sanções da improbidade administrativa, incluindo o ressarcimento integral do dano, contra atos que diplomas legais paralelos reputam ilegais e lesivos e conduzem à responsabilidade civil, só porque não constam da Lei de Improbidade Administrativa”³⁶.

1.3. *Dos Atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os Princípios da Administração Pública.*

O artigo 11 é considerado a grande novidade do sistema repressivo da improbidade administrativa. Nesta modalidade de improbidade administrativa, o agente público não enriqueceu ilicitamente tampouco ocasionou prejuízos ao erário, mas violou, mediante comportamento comissivo ou omissivo, princípios que norteiam a Administração Pública e deveres impostos aos agente públicos em geral. Segundo o *caput* do artigo:

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

Os deveres apontados no *caput* do artigo, quais sejam os da honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, são apenas exemplificativos, sendo que a violação de outros deveres por parte do agente público (finalidade, impessoalidade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, boa-fé, entre outros) também enseja a caracterização do ato de improbidade administrativa. A violação dos princípios inerentes à Administração é censurada porquanto revela um desvio ético de conduta, uma inabilitação moral daquele que exerce uma função pública.

O artigo 11 da Lei nº 8.429/92 inova por tutelar a moralidade administrativa e os princípios explícitos ou implícitos à Administração Pública, dispensando que essa transgressão tenha reflexos patrimoniais, protegendo sobretudo valores imateriais da Administração. Advirta-se que o presente artigo não tutela apenas os valores morais, eis que, ocorrendo dano patrimonial, também nesta espécie de ato de improbidade dar-se-á o

³⁶ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 207.

ressarcimento integral do dano. O que se quer dizer é que a ocorrência do dano é dispensável para a caracterização da violação aos princípios da Administração Pública.

O artigo 11, com o escopo de garantir a eficácia social desses princípios, acaba por instrumentalizar o artigo 37 da Constituição da República de 1988, bem como o artigo 4º da própria Lei nº 8.429/92. Igualmente, transforma os princípios apostos nestes dois últimos artigos em deveres a serem seguidos pelos ocupantes de cargos, empregos e funções públicas.

Novamente, o rol formado pelos incisos do artigo 11 tem caráter exemplificativo. A análise das situações passíveis de configuração da modalidade de ato de improbidade administrativa estipulada no artigo 11 transcende a mera legalidade, direcionando-se ao campo da moralidade administrativa, envolvendo, necessariamente, os conceitos de moralidade e de probidade. Dessarte, o resultado da violação do princípio até poderá ser lícito; entretanto, sendo imoral, consistirá o ato em improbidade administrativa.

É importante também mencionar que o artigo 11 é norma residual em relação aos artigos 9º e 10 da Lei de Improbidade Administrativa. É dizer, somente quando a violação de princípios da Administração Pública não implicar enriquecimento ilícito ou lesão ao erário é que irá incidir a regra do artigo 11. “Conclui-se, pois, que o art. 11 da Lei Federal nº 8.429/92 funciona como regra de reserva, para os casos de improbidade administrativa que não acarretam lesão ao erário nem importam em enriquecimento ilícito do agente público que a pratica. Compreende-se que assim seja, visto que o bem jurídico tutelado pelo diploma em questão é a probidade administrativa, objetivo revelado no art. 21, quando aventa a possibilidade de se caracterizar ato de improbidade, ainda que sem a ocorrência de efetivo prejuízo”³⁷.

O ato de improbidade será verificado tanto mediante ação, quanto omissão do agente público. Quanto à questão referente ao elemento subjetivo da conduta, instaura-se uma discussão. Para a maioria dos autores, esta espécie de ato só se verifica quando a conduta, comissiva ou omissiva, é praticada dolosamente. Tem-se este entendimento pelo fato do legislador não ter admitido expressamente, como o fez no artigo 10, a modalidade culposa da conduta. Porém, é verdade também que o artigo 11 não fez qualquer menção

³⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, pg. 120/121.

ao elemento subjetivo, não esclarecendo se a conduta é motivada por culpa ou por dolo. Desse modo, “deve ser enfatizado que as condutas enumeradas nos sete incisos do art. 11 não autorizam cogitar do elemento subjetivo que as motiva, sendo todas presumidamente dolosas. Aliás, pela redação dos tipos já se evidencia que tais atitudes pressupõem a consciência da ilicitude e a vontade de realizar ato antijurídico”³⁸.

Gostaríamos de acrescentar nosso entendimento de que a transgressão culposa de um princípio administrativo não pode ser considerada ato de improbidade administrativa, haja vista que o legislador, no intuito de que o ato lesivo ao erário fosse punido também a título de culpa, revelou em termos expressos tal intenção. Além disso, assim procedeu seguindo a orientação do artigo 159 do Código Civil, que disciplina a responsabilidade civil, a qual, assevere-se, pune o ato ilícito a título de culpa, a fim de reparar os prejuízos dele decorrentes. Essa situação guarda relativa correspondência com aquela prevista no artigo 10 da Lei nº 8.429/92, o que já não ocorre em relação às outras duas espécies de atos de improbidade (arts. 9º e 11).

³⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, pg. 120.

CAPÍTULO IV

DOS SUJEITOS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

1. Generalidades.

A Lei nº 8.429/92, ao definir os sujeitos responsáveis pelo ato de improbidade administrativa, superou a noção de servidor público, estabelecendo um conceito de funcionário público mais abrangente que aquele pelo artigo 327 do Código Penal³⁹.

Quase a totalidade dos autores concorda que o sujeito ativo da improbidade administrativa é o agente público que pratica o ato definido legalmente como ilícito, bem como o terceiro, ou particular que concorrem para a prática do ato. Wallace Paiva Martins Júnior, por sua vez, entende que as classificações dos sujeitos do ato “deveriam ter prisma positivo pela relação jurídica estabelecida a partir do dever de probidade e não negativo, levando em consideração o vício da improbidade administrativa”⁴⁰. Ou seja, sugere que os agentes públicos definidos no artigo 2º da Lei e os particulares referidos no artigo 3º deveriam ser qualificados como sujeitos passivos da improbidade administrativa, em virtude de serem também sujeitos do dever de probidade. Em contrapartida, as entidades relacionadas no artigo 1º deveriam ser compreendidas como sujeitos ativos da improbidade administrativa, por serem as titulares do direito de exigir o cumprimento do dever de probidade administrativa.

De nossa parte, posicionamo-nos pela absoluta inconveniência dessa terminologia, que soa estranha desde o momento em que se cogita que o agente ímprobo seria o sujeito passivo, ou seja, a vítima, da improbidade administrativa. Em verdade, a Lei nº 8.429/92 cuida da repressão legal aos *atos* de improbidade administrativa, os quais tratou de definir em seus artigos 9º, 10 e 11, do que só se pode concluir que objetiva punir os responsáveis pela ocorrência dos mesmos, vale dizer, os seus executores. Dessarte, ainda que os agentes públicos sejam relamente sujeitos passivos do *dever* de probidade, só podem ser

³⁹ “Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§1º. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal”.

⁴⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 241.

considerados sujeitos ativos dos *atos* de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92.

2. Sujeito Passivo.

É sujeito passivo do ato de improbidade administrativa qualquer das entidades mencionadas no artigo 1º da Lei nº 8.429/92. Vale dizer, sujeito passivo do ato de improbidade será qualquer entidade pública ou particular que possua participação de dinheiro público em seu patrimônio ou receita anual, podendo se tratar de pessoa jurídica de direito público interno (União, Estados, Municípios, autarquias) ou de direito público externo (Sociedade de Economia Mista, Empresa Pública, empresa para cuja formação do capital o erário tenha concorrido).

Alguns autores criticam a expressão “contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União” utilizada pelo *caput* do artigo 1º, porquanto para esses autores, dos três Poderes da União, apenas o Executivo possui administração direta, indireta e fundacional. Os outros dois exercem a função administrativa apenas em casos excepcionais, prescindindo aí de órgãos periféricos de administração.

2.1. *Administração Pública.*

A Administração Pública direta ou centralizada é a formada pelo conjunto dos órgãos integrantes da estrutura administrativa do Poder Executivo, no âmbito dos entes federativos União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

De outra parte, a chamada Administração Pública indireta ou descentralizada “é o conjunto de entidades com personalidade jurídica própria, criadas ou autorizadas por lei na forma do art. 37, XIX, da CF, com autonomia financeira e administrativa, prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades econômicas, vinculadas ao Poder

Executivo de cada nível ou esfera de governo. São dessa espécie as autarquias, as sociedades de economia mista e as empresas públicas”⁴¹.

As autarquias são definidas como “pessoas jurídicas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa”⁴². O Decreto-lei nº 200/67, no artigo 5º, conceitua-a como “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeira, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”. Este conceito é criticado por Celso Antônio Bandeira de Mello, porquanto não fez menção ao principal traço característico da autarquia, qual seja, sua personalidade de Direito Público. É esta característica que a diferencia das empresas públicas e das sociedades de economia mista, possibilitando que as autarquias titularizem atividades públicas, ao invés de apenas receberem qualificação para o exercício das atividades públicas.

Também é sujeito passivo da improbidade administrativa a sociedade de economia mista, que deve “ser entendida como a pessoa jurídica criada por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar de atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular”⁴³.

Por empresa pública deve-se entender “a pessoa jurídica criada por lei como instrumento de ação do Estado, com personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal”⁴⁴.

⁴¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, pg. 42.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 12ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2.000, pg. 130.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, pg. 149.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, pgs. 144/145.

As subsidiárias e todas as empresas controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público também integram a noção de empresas estatais.

As fundações públicas podem ser tomadas como autarquias. São criadas por lei, sendo instituídas e mantidas pelo Poder Público. Possuem personalidade jurídica de Direito Público (a despeito do Decreto-lei nº 200/67 mencionar erroneamente que a personalidade é de Direito Privado), eis que detêm autonomia administrativa e financeira, com patrimônio e receitas próprios. Têm por escopo desenvolverem atividades típicas da Administração Pública.

Finalmente, integram a Administração Pública indireta os serviços sociais autônomos (Sesi, Senac, Sesc, etc.), pessoas jurídicas de Direito Privado criadas por lei, mantidas por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais, possuindo objetivos assistenciais, profissionais e educacionais, despidas de finalidade lucrativa.

Quanto à empresa incorporada, trata-se de empresa privada, constituída como sociedade anônima e posteriormente absorvida por uma sociedade de economia mista ou por uma empresa pública, a qual sucede a empresa incorporada em todos os seus direitos e obrigações. Neste processo de absorção societária, opera-se a transmissão total do patrimônio e a sucessão universal da empresa incorporada, que finda por desaparecer. Quando o ato de improbidade administrativa for verificado no âmbito de uma empresa incorporada, faz-se importante perquirir se se trata realmente de uma sociedade incorporada.

O artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa ainda faz referência a entidades “para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual” (artigo 1º, caput) e a entidades “para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual” (artigo 1º, § 1º).

Trata-se, em ambos os casos, de entidade privada, sendo que no segundo, a lei limita o ressarcimento do dano causado à repercussão do ato de improbidade sobre o montante com o qual o erário contribuiu. Assim, o ressarcimento não será, neste caso, integral. Advirta-se, entretantes, que esta limitação aplica-se somente em relação à sanção patrimonial, não obstante que o autor da improbidade (no caso, empregado de empresa

privada) venha a sofrer as demais sanções cominadas ao ato ilícito, com exceção da perda da função pública, que é punição privativa aos agentes públicos. Diga-se o mesmo em relação às entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público.

No tocante às empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos (empresas delegadas), muito embora alguns instaurem polêmicas acerca da inclusão ou não dos agentes públicos delegados na definição de agente público dada pelo artigo 2º da Lei, não há razão para grandes dúvidas. Isso porque o artigo 2º conceitua agente público, *para efeitos da Lei nº 8.429/92*, como aquele que exerce atividade pública (mandato, cargo, emprego ou função), em razão de qualquer forma de investidura ou vínculo com a Administração, nas entidades mencionadas no artigo 1º. Uma vez que as empresas concessionárias e permissionárias incluem-se entre as entidades mencionadas neste dispositivo (porquanto fazem parte da Administração Pública indireta⁴⁵), bem como, em virtude do artigo 2º aludir ao exercício de funções públicas em razão de qualquer espécie de vínculo, não há motivo para se questionar sobre a aplicação ou não da Lei nº 8.429/92 aos agentes públicos delegados. Vale dizer, “os agentes públicos delegados desempenham e são investidos (por ato ou contrato) em função pública e, em razão disso, inserem-se na categoria dos agentes públicos”⁴⁶.

Entretanto, cabe mencionar importante magistério de Fábio Medina Osório, elucidando que a relação jurídica que se deve tomar em conta é aquela que se estabelece entre o delegatário (Administração Pública direta ou indireta) e o agente público delegado (concessionário e permissionário, pessoa física ou jurídica), e não entre o delegado e seus empregados⁴⁷.

⁴⁵ “**Descentralização** é a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica (pg. 296). A **descentralização administrativa** ocorre quando as atribuições que os entes descentralizados exercem só tem valor jurídico que lhes empresta o ente central; as suas atribuições não decorrem, com força própria, da Constituição, mas do poder central (pgs. 296/297). Não há maneira de classificar a descentralização administrativa. Alguns consideram duas modalidades: 1. Descentralização **territorial** ou **geográfica**; e 2. Descentralização por **serviços, funcional** ou **técnica**. Outros fazem uma classificação tripartite que abrange, além dessas duas, a descentralização por **colaboração** (pg. 297). A descentralização por colaboração é feita por **contrato** (concessão de serviço público) ou **ato unilateral** (permissão de serviço público), pelo qual se atribui a uma pessoa de direito privado a **execução** de serviço público, conservando o poder público a sua titularidade (pg. 300). In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 5ª edição, São Paulo: Atlas, 1.995.

⁴⁶ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 244.

⁴⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Observações acerca dos sujeitos do ato de improbidade administrativa*, RT, 750: 81-3.

3. Sujeito ativo.

É o agente público que pratica o ato de improbidade administrativa ou o terceiro que eventualmente com ele concorre na condição de partícipe ou de beneficiário.

Com efeito, “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 etc.); enfim, alcança o gênero maior e mais abrangente, que é o agente público, incluindo o agente político”⁴⁸.

3.1. *Agente público.*

De acordo com o artigo 2º, agente público, para efeitos da Lei nº 8.429/92 é todo aquele que exerce mandato, cargo, emprego ou função pública, ainda que de maneira transitória ou sem remuneração, através de eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo. Ressalte-se que este artigo deve ser lido em conformidade com o artigo 1º, já que o mandato, o cargo, o emprego ou a função pública devem ser exercidos no âmbito de uma das entidades referidas no artigo 1º.

O ato de improbidade administrativa, segundo o agente que o pratica, pode ser classificado em *próprio*, quando praticado pelo agente público em pessoa, e em *impróprio* ou *por equiparação*, quando cometido por terceiro que concorre com o agente público, materialmente ou por indução, ou que se beneficia do ato.

Em síntese, o sujeito ativo próprio deve ser:

- “qualquer pessoa capaz;
- com vínculo permanente ou temporário;
- a título remunerado ou não;
- nomeada, designada, comissionada, eleita ou contratada;
- ou por qualquer forma investida ou vinculada;

⁴⁸ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 243.

- em exercício nas pessoas jurídicas previstas no art. 1^o⁴⁹.

O conceito de agente público fornecido pela Lei nº 8.429/92 é diferente daquele dado por grande parte da doutrina administrativa nacional, eis que é ora mais abrangente (ao incluir partícipes de entidades privadas), ora mais restritivo (ao excluir os integrantes de concessionárias de serviços públicos não criadas, custeadas, subvencionadas ou beneficiadas pelo erário).

Entretanto, existem exceções de ordem constitucional que impedem em alguns casos a incidência de todas sanções da Lei nº 8.429/92, como quando as questões envolvem o Presidente da República, Senadores e Deputados Federais e Estaduais. A presente questão será discutida em Capítulo futuro.

3.2. *Terceiro.*

O artigo 3º da Lei nº 8.429/92 determina a aplicação de suas disposições, naquilo que forem cabíveis, ao agente público ou particular que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou que dele se beneficie de qualquer forma, direta ou indireta. Portanto, estarão sujeitos às punições da Lei nº 8.429/92, o beneficiário ou partícipe do ato de improbidade administrativa, o qual pode ser outro agente público ou então um particular, pessoa física ou jurídica.

O artigo 3º representa um avanço da legislação vigente em relação à anterior, porquanto a Lei nº 3.502/58 não punia a conduta de terceiros estranhos aos quadros do serviço público.

O terceiro sofrerá as sanções cominadas ao ato de improbidade administrativa em três circunstâncias, a saber: a) quando induz o agente público à sua prática; b) quando concorre para a prática do ato; c) quando desfruta de seus efeitos, ainda de maneira indireta.

O dispositivo fala em “beneficiário” e em “partícipe”. Por beneficiário entenda-se aquele que obtém qualquer espécie de proveito da prática do ato de improbidade administrativa. Comumente, é pessoa estranha aos quadros da Administração Pública,

⁴⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, pg. 47.

porém nada impede que seja outro agente público. Como o beneficiário obteve vantagens pessoais com o ato lesivo à probidade administrativa, torna-se responsável solidário pelo ressarcimento do dano. Partícipe é aquele que, por qualquer forma, induz ou concorre para a efetivação do ato de improbidade. Vale dizer, é o sujeito que influencia, colabora, participa (ainda que de modo secundário) da fase preparatória ou executória do ato ilícito. Igualmente, pode se tratar tanto de agente público quanto de particular.

A expressão “no que couber” constante do dispositivo elucida que determinadas sanções são exclusivas dos agentes públicos, não se aplicando a terceiros particulares, como é o caso da perda da função pública. Haverá duas situações: a) quando o terceiro não for agente público, a ele não poderá, logicamente, ser aplicada a perda da função pública. As demais sanções, entretanto, deverão ser aplicadas, sendo que em algumas delas, como é o caso do ressarcimento do dano, o terceiro formará relação de solidariedade com o agente público executor do ato; b) quando o terceiro for agente público, sofrerá todas as sanções previstas pela Lei nº 8.429/92, inclusive a perda da função pública, ainda que seja mero partícipe ou beneficiário.

Observe-se que, muitas vezes, quem será punido com a sanção de perda de bens ou valores ilicitamente acrescidos será o beneficiário do ato, ou mesmo o partícipe que, por simulação, adquiriu em seu nome os bens ou valores produtos do enriquecimento ilícito do agente público (artigo 6º).

Os casos concretos de improbidade administrativa evidenciam que em sua grande parte ocorre o envolvimento de terceiros estranhos aos quadros da Administração Pública, mormente sob a forma de suborno direto ou indireto e de favorecimento.

No que concerne à previsão de punição ao terceiro mero beneficiário do ato, a lei não exige que se prove que o mesmo participou efetivamente do ato. Esta disposição é bastante adequada, uma vez que muitas vezes é praticamente impossível provar o ajuste prévio estabelecido entre o particular beneficiário e o agente público no sentido do cometimento do ato de improbidade administrativa. Destarte, basta a comprovação de que o terceiro obteve proveitos pessoais do ato praticado para que ele possa também ser responsabilizado.

Por derradeiro, faz-se mister advertir que somente o terceiro que agiu de modo doloso ou culposo poderá ser punido pela ocorrência do ato, eis que o Direito protege a boa-fé. Não se admite que alguém, por dolo e até mesmo por falta de diligência, participe de ato ilícito, haja vista que não só o administrador público deve zelar pela estrita legalidade dos atos públicos. Assim, exemplificadamente, o particular que contrata com o Poder Público deve verificar atentamente se os atos da licitação preenchem todos os requisitos legais.

CAPÍTULO V DAS SANÇÕES À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

1. Generalidades.

A Lei nº 8.429/92 inaugura uma tutela mais ampla e eficaz da probidade administrativa, já que a única sanção prevista pela Lei nº 3.502/58 era a perda dos valores amealhados ilicitamente pelo servidor público. Além disso, a Lei vigente estabeleceu mais sanções que as previstas pelo artigo 37 da Constituição, ampliando a tutela da probidade administrativa.

O artigo 12 da Lei vigente prevê as sanções aplicáveis a cada espécie de ato de improbidade administrativa. No inciso I, encontram-se as cominadas ao enriquecimento ilícito. No inciso II, as aplicáveis aos atos lesivos ao erário. No inciso III, as impostas aos atos atentadores dos princípios da Administração Pública.

Da análise desses dispositivos, percebe-se que as sanções incidentes sobre o enriquecimento ilícito possuem maior severidade, ao passo que as cominadas ao ato atentatório aos princípios da Administração são as mais brandas dentre as três modalidades. As sanções previstas para os atos lesivos ao erário ocupam aí uma posição intermediária. Vê-se, portanto, que embora algumas penalidades sejam qualitativamente idênticas, a gradação, para fins de aplicação, é variável conforme a espécie de improbidade (prazo de suspensão dos direitos políticos, valor da multa civil e prazo da proibição de contratar com o Poder Público ou de receber incentivos fiscais ou creditícios).

Quando num mesmo fato estiverem presentes atos de diferentes espécies de improbidade, é possível a cumulação dos fundamentos jurídicos da demanda. Vale dizer, um mesmo ato ou série de atos podem ocasionar, ao mesmo tempo, condutas reguladas tanto no artigo 9º, quanto no artigo 10 e no 11 da Lei nº 8.429/92. Nestes casos, a petição inicial deverá expor cada uma das causas de pedir, bem como cada qual dos fundamentos jurídicos do pedido, especificando em que modalidade de ato de improbidade administrativa insere-se cada conduta descrita.

É impensável, entretanto, a cumulação de sanções idênticas, resolvendo-se o problema pela regra da especialidade. “Assim, se o ato ao mesmo tempo é de prejuízo ao

erário e atentado aos princípios da Administração Pública, verificado o primeiro deverão ser infligidas as penalidades concernentes ao mais grave, abrangente o específico, de modo que a cumulação dos fundamentos jurídicos do pedido permita a aplicação das penalidades subsidiariamente. Essa operação evita que o fundamento jurídico da pretensão seja um e a sentença reconheça a existência de outro, gerando possível improcedência da ação por desconformidade do pedido (libelo) com a sentença⁵⁰.

Conforme lição de Wallace Paiva Martins Júnior⁵¹, as sanções previstas expressamente pelo artigo 12 (por ele denominadas de sanções típicas) constituem reparações por danos materiais e morais, apresentando diferentes eficácias, a saber:

- a) *condenatória* – ressarcimento do dano, pagamento de multa civil, perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos);
- b) *desconstitutiva* – perda da função pública;
- c) *restritiva de direitos* – proibição de contratar com o Poder Público, de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios e suspensão dos direitos políticos.

Tais sanções (condenatórias, desconstitutivas ou restritivas de direitos) podem ser *variáveis*, quando forem alteráveis os valores e prazos nelas estabelecidos, ou *invariáveis*. São variáveis a suspensão dos direitos políticos, o pagamento de multa civil, a proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios e incentivos fiscais e creditícios. São invariáveis a perda da função pública, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e o ressarcimento integral do dano. Somente as sanções variáveis admitem dosagem.

O parágrafo único do artigo 12 define dois parâmetros para fixar a dosimetria das sanções variáveis, quais sejam: a extensão do dano causado e o proveito patrimonial do agente. A estipulação desses dois únicos critérios sofre críticas por parte da doutrina, que entende que outros parâmetros, tal qual o grau de reprovabilidade da conduta ilícita do agente, deveriam também ser levados em consideração pelo juiz na fixação das sanções variáveis, sobretudo no caso de desonestidade grave e inexpressivo dano patrimonial, bem como nas hipóteses da modalidade culposa⁵².

⁵⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 257.

⁵¹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 258.

⁵² MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 262/263.

Como já foi esclarecido em relação aos atos de improbidade administrativa, a incidência das sanções não está condicionada à efetiva ocorrência de dano ao erário, uma vez que a Lei nº 8.429/92 visa a tutelar, antes de mais nada, a moralidade na Administração Pública, e não apenas seus valores patrimoniais.

No tocante à destinação dos bens e valores patrimoniais, o artigo 18 da Lei estabelece que a sentença que julgar procedente a ação civil de reparação de danos, ou que decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará, conforme o caso, ou o pagamento ou a reversão dos bens em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ato de improbidade.

É mister esclarecer que o artigo 20 da Lei determina que as sanções de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória (da ação civil de improbidade administrativa). Admite porém que o agente público sob investigação seja afastado do cargo, emprego ou função, sem prejuízo de sua remuneração, quando essa medida for necessária à instrução processual.

Por força da ressalva do caput do artigo 12 da Lei nº 8.429/92, a maioria dos autores entende que a ação civil pública por improbidade administrativa admite a cumulação de sanções típicas e atípicas. As sanções típicas são aquelas estabelecidas na própria Lei de improbidade Administrativa (artigo 12), enquanto as atípicas representam outras sanções civis estabelecidas em outras leis específicas, como as da Lei Federal nº 8.666/93, por exemplo.

Quanto à incidência das sanções sobre terceiros, é necessário atentar ao artigo 3º da Lei que estabelece que as disposições desse diploma legal são aplicáveis, no que couber, a terceiros que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade administrativa ou que dele se beneficiem de maneira direta ou indireta. A expressão “no que couber” deixa claro que o terceiro que não exercer cargo, função ou emprego público não poderá sofrer sanções específicas, como a perda da função pública. Entretanto, ao mesmo serão aplicáveis todas as demais punições cominadas. No caso do terceiro ser agente público, sofrerá ele todas as sanções previstas pela Lei nº 8.429/92 para o ato de improbidade do qual é partícipe ou beneficiário. Quando for o caso de um particular que

exerce função pública como agente público delegado, a solução será a decretação da extinção da delegação.

2. Modalidades de sanções cominadas.

2.1. Perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio.

Constitui sanção de natureza ressarcitória, traduzindo uma indenização pelo dano moral sofrido pelo órgão da Administração Pública ao qual pertencia o agente público transgressor da probidade administrativa (artigo 18). Inobstante não esteja prevista nestes termos no § 4º do artigo 37 da Constituição, a perda de bens é sanção admitida constitucionalmente, cumprido o devido processo legal (artigo 5º, XLV, XLVI e LIV). Porém, defende-se que o constituinte a admitiu no próprio § 4º do artigo 37, ao prever a indisponibilidade de bens, a qual é considerada antecedente lógico e necessário do perdimento. Ressalte-se que a perda de bens e valores constitui uma sanção e não um efeito da condenação, tal qual se verifica na instância criminal.

Pune-se através dela o enriquecimento ilícito, que, por sua vez, pressupõe o enriquecimento de uma parte, o empobrecimento de outra, a falta de uma causa lícita e o nexo de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento. Quando é o agente público que enriquece ilicitamente, a hipótese é a do artigo 9º da Lei. Quando é o particular que, por ação ou omissão do agente público, enriquece ilicitamente, assume o primeiro a condição de beneficiário do ato de improbidade administrativa previsto dentre as hipóteses do artigo 10. Há casos em que ambos, particular e agente público, agindo em concurso, enriquecem ilicitamente, dando ensejo então à aplicação dos artigos 3º e 9º da Lei.

Nos casos de enriquecimento ilícito, a perda é obrigatória (artigos 6º, 9º e 12, I). Já nas situações de prejuízo ao erário, a perda dos bens e valores é condicionada à ocorrência de efetiva obtenção de vantagem patrimonial indevida por particular beneficiário da ação ou da omissão de agente público.

O artigo 6º da Lei não deixa dúvidas de que a sanção de perda dos bens e valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio aplica-se ao terceiro beneficiário, sendo que o artigo 18 indica o destinatário dessas medidas. O artigo 8º, por sua vez, acrescenta que o sucessor daquele que enriquecer ilicitamente ou que causar lesão ao patrimônio público sujeita-se às penalidades da Lei nº 8.429/92, até o limite do valor da herança.

No caso de bens do cônjuge, se o bem é adquirido pelo cônjuge agente público e integra-se ao patrimônio do casal, o perdimento incidirá sobre todo o bem. Se, entretanto, o bem produto do ilícito é adquirido, mediante simulação, pelo outro cônjuge, este será considerado partícipe do cônjuge agente público, respondendo assim a todas as sanções aplicáveis ao ato de improbidade administrativa.

2.2. *Ressarcimento integral do dano.*

Previsto desde o artigo 5º da Lei, é sanção obrigatória nos casos de prejuízo sofrido pelo erário (artigo 10) e condicionada à efetiva prova do dano nos casos de enriquecimento ilícito e de atentado aos princípios da Administração Pública.

Na esteira do artigo 159 do Código Civil, o ressarcimento integral do dano estatui a responsabilidade civil do agente público que causa prejuízo aos cofres públicos. A medida estende-se aos terceiros partícipes ou beneficiários do ato lesivo, instituindo a solidariedade da obrigação, nos termos do artigo 3º da Lei de Improbidade Administrativa.

Seja qual for a modalidade de ato de improbidade administrativa praticada, uma vez verificada a lesão ao patrimônio público, dar-se-á o ressarcimento do dano. Com efeito, os incisos I e III do artigo 12 da Lei em tela revelam que a medida não se aplica somente aos casos do artigo 10 (lesão ao erário), mas também às hipóteses de enriquecimento ilícito e de atentado aos princípios da Administração Pública.

Para o cabimento do ressarcimento do dano, mister o preenchimento dos seguintes requisitos: “ação ou omissão dolosa ou culposa, repercussão financeira negativa (resultado) e nexos causal entre a ação ou omissão e o resultado (inclusive nos casos de

benefício indireto)⁵³. Ausentes quaisquer desses requisitos, não há que se falar em ressarcimento do dano.

Interessante mencionar que o ressarcimento do dano é possível ainda quando não se configure o ato de improbidade administrativa, eis que a medida se aplica sempre que houver lesão ao patrimônio das entidades referidas no artigo 1º da Lei nº 8.429/92. Todas as vezes em que o patrimônio público vier a sofrer lesão patrimonial (que pode ser presumida *ex vi legis* ou demandar prova de sua efetiva ocorrência), o ressarcimento do dano será obrigatório.

Mais uma vez, faz-se necessário o esclarecimento de que a improbidade administrativa será punida ainda quando não se fizer presente o dano ao patrimônio público. É o que determina os artigos 9º e 11 da Lei nº 8.429/92. Com efeito, a moralidade administrativa é a causa principal da ação civil pública, “uma vez que ela também reprime civilmente o enriquecimento ilícito e os atentados a princípios da Administração Pública (arts. 9º e 11), isto é, a valores éticos e morais da estrutura administrativa brasileira, independentemente da ocorrência de efetiva lesão ao erário no seu aspecto material. Por tais razões, as sanções da lei incidem, havendo ou não lesão material efetiva ao patrimônio público, porque reprimem a imoralidade administrativa qualificada”⁵⁴.

Nas hipóteses dos incisos do artigo 10, tem-se que a lesividade dos atos é presumida, porque a própria Lei já indica que naqueles casos dá-se lesão ao patrimônio público. As situações não previstas neste rol, inclusive as do *caput* do mesmo artigo (perda patrimonial, desvio, malbaratamento, apropriação ou dilapidação), demandam a prova da lesão.

O ressarcimento do dano deverá ser integral, abrangendo toda a expressão do prejuízo, englobando o prejuízo efetivo e as perdas e danos decorrentes da conduta. De acordo com o § 5º do artigo 37 da Constituição de 1988, o ressarcimento integral do dano constitui sanção imprescritível.

⁵³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 269.

⁵⁴ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 275.

O dano deve ser quantificado de modo a recompor o prejuízo material sofrido pelo órgão da Administração Pública lesada pelo ato de improbidade administrativa (artigos 5º e 18).

Nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei nº 8.429/92 e do artigo 1.518 do Código Civil, o agente público, o beneficiário e o partícipe do ato de improbidade são solidariamente responsáveis pelo ressarcimento do dano. Os sucessores também são responsáveis até o limite do valor da herança (art. 8º).

Em se tratando das entidades mencionadas no artigo 1º, parágrafo único, da Lei, o ressarcimento do dano será proporcional ao montante dos recursos públicos empregados em sua composição. Destarte, quando se tratar de entidades privadas que recebem benefícios, subvenções ou incentivos fiscais ou creditícios ou de empresa criada ou mantida pelo Poder Público com recursos inferiores a 50% de seu capital social, a sanção patrimonial se resumirá à repercussão do ilícito sobre a contribuição efetuada pelos cofres públicos.

2.3. Perda da Função Pública.

Esta sanção é aplicável aos três diferentes tipos de ato de improbidade administrativa. Deve ser compreendida de modo amplo, abrangendo todas as espécies de vínculos do agente público com a Administração Pública, segundo a definição de agente público dada pelo artigo 2º da própria Lei nº 8.429/92. Desse modo, função pública será aquela exercida, ainda que transitoriamente e sem remuneração, através de mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo 1º, na qual o agente público é investido mediante eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo com o Poder Público.

É uma sanção visivelmente destinada aos agentes públicos, apesar das garantias da vitaliciedade e da estabilidade, sendo impossível sua aplicação ao particular desvinculado da Administração Pública. Com ela, retira-se da Administração o agente que se revelou ética e moralmente inabilitado para exercer a função pública.

A perda da função pública não se confunde com a cassação do mandato, cujo processo é de competência do Poder Legislativo por tratar-se de infração político-administrativa. A perda da função, por sua vez, é de competência jurisdicional.

Não há limitação para a aplicação da medida. O agente público perderá toda e qualquer função pública que estiver exercendo no momento de sua condenação, ainda que a função que esteja sendo exercida seja totalmente diversa (em esfera estatal diversa, inclusive) daquela a que pertencia o agente quando da prática da improbidade. Isto porque não é a sentença que atribui ao agente público a qualificação de ímprobo, haja vista que o mesmo já a detinha desde o momento em que cometeu o ato tido como de improbidade administrativa. Igualmente, se à época da condenação exequível o agente público encontrar-se em inatividade, a sentença irá lhe aplicar a perda da função pública, anulando-lhe a aposentação.

2.4. Suspensão dos direitos políticos.

Tanto o agente público quanto o particular beneficiário ou partícipe do ato de improbidade estão sujeitos à sanção de suspensão dos direitos políticos. Trata-se de uma sanção prevista constitucionalmente, que procura subtrair a capacidade cívica do cidadão, retirando-lhe os direitos de elegibilidade, de assunção de qualquer outra função pública e de promoção da ação popular.

Se por ocasião da condenação o agente ímprobo não está exercendo uma função pública, esta medida restritiva de direitos projeta-se para o futuro, variando seu prazo conforme o ato de improbidade praticado e de acordo com os parâmetros estabelecidos no parágrafo único do artigo 12 da Lei nº 8.429/92.

O escopo principal desta sanção é suprimir os direitos políticos do agente público por prazo determinado, evitando que o mesmo venha a adquirir nova função pública. A sanção se efetiva com o trânsito em julgado da sentença condenatória da ação civil pública respectiva (artigo 20), sendo dispensável a intervenção da jurisdição eleitoral, uma vez que a própria Constituição estabeleceu que a suspensão dos direitos políticos aplica-se desde

logo pela jurisdição civil nos casos de improbidade administrativa (CR/88, artigos 14, § 9º, 15, V e 37, § 4º).

2.5. *Pagamento de Multa Civil e Proibição de Contratar com o Poder Público.*

Constituem ampliações empreendidas pela Lei nº 8.429/92 às sanções previstas no artigo 37, § 4º da Constituição da República de 1988, para os casos de improbidade administrativa. Todavia, não há que se falar em inconstitucionalidade dessas sanções, porquanto a norma constitucional supramencionada não estabeleceu nenhuma proibição à legislação infraconstitucional no que respeita ao estabelecimento das sanções ao ato ilícito de improbidade. De acordo com magistério de Juarez Freitas, citado por Wallace Paiva Martins Júnior, “as sanções previstas na Constituição são principais, mas o artigo 37, § 4º, remete à legislação infraconstitucional a repressão da improbidade administrativa ‘em traços não taxativos’ ”⁵⁵.

Com efeito, a Constituição vigente estabelece nos incisos XLV e XLVI do artigo 5º as sanções admissíveis contra o ato ilícito, enquanto no inciso XLVII do mesmo artigo determina as inadmissíveis. Este traçado constitucional não se refere de modo exclusivo às sanções penais, haja vista que o ato ilícito contrário ao direito e à moral jurídica é ilícito em todas as disciplinas. Assim, a definição de sanções de qualquer natureza (civis, administrativas, tributárias) contra o ato ilícito tem sua competência outorgada à legislação infraconstitucional, que deve então fixá-las entre as constitucionalmente admissíveis.

Dessarte, as sanções previstas pela Constituição para os atos de improbidade administrativa constituem uma indicação do mínimo repressivo, a título exemplificativo, não exaurindo porém todas as sanções admissíveis. A lei infraconstitucional, portanto, tem a prerrogativa de estabelecer outras sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa, dentre as constitucionalmente admissíveis.

A multa civil assume o caráter de uma sanção pecuniária com vistas ao ressarcimento do dano moral sofrido pela Administração Pública. Apresenta alíquota e base de cálculo variáveis segundo a espécie de ato de improbidade administrativa

⁵⁵ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 280.

praticada. É fixada pelo juiz dentre o máximo e o mínimo permitidos em cada inciso do artigo 12, levando-se em consideração os critérios de dosimetria definidos pelo parágrafo único do mesmo artigo.

A proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios também é medida de natureza pecuniária. Implica todavia a suspensão temporária do exercício de direitos por parte daqueles (artigos 2º e 3º) que violaram o dever de probidade administrativa, retirando-lhes a possibilidade de negociarem com a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de receberem valores públicos e de se beneficiarem dos instrumentos da extrafiscalidade.

A medida tem seus efeitos projetados para qualquer nível administrativo (federal, estadual ou municipal), aplicando-se tanto a agentes públicos quanto a particulares.

É uma sanção de prazo certo, fixada conforme a modalidade de ato de improbidade administrativa e de acordo com o parágrafo único do artigo 12, tal qual opera-se em relação à multa civil.

A suspensão é absoluta. Ou seja, estende-se para todos os níveis do governo (federal, estadual e municipal) e da Administração (direta, indireta e fundacional). Permanece eficaz ainda que o dano seja ressarcido. Aplica-se à pessoa jurídica da qual seja sócio o particular participe ou beneficiário do ato ilícito, nada impedindo a desconstituição da personalidade jurídica para que a medida incida sobre as pessoas dos sócios.

3. Natureza jurídica das sanções do artigo 12 da Lei nº 8.429/92.

Uma vez violada a probidade administrativa, torna-se possível a aplicação das sanções previstas pela Lei nº 8.428/92 aos agentes da improbidade. O *caput* do artigo 12 determina que os responsáveis pelos atos de improbidade sujeitar-se-ão às sanções ali previstas, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.

Esta possibilidade de cumulação de sanções deve-se à independência existentes entre as esferas penal, civil e administrativa, fazendo com que essas sanções apresentem

naturezas jurídicas diferenciadas. O artigo 12, neste sentido, está em sintonia com o artigo 21, inciso II, da Lei nº 8.529/92, que determina que a aplicação de suas sanções independe da rejeição ou da aprovação das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal de Contas.

No que concerne à natureza jurídica das sanções da Lei de Improbidade Administrativa, é importante ter presente de que se tratam de sanções de natureza civil, inobstante verificarem-se entendimentos de que as mesmas possuam natureza penal. Não concordamos, porém, com esta tese. Com efeito, a Constituição da República de 1.988 dispôs no § 4º do artigo 37 que:

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

Este dispositivo, que determinou a criação da Lei de Improbidade Administrativa, elenca de maneira exemplificativa as sanções cominadas aos agentes da improbidade administrativa, estipulando de maneira expressa que a aplicação de tais sanções independe da responsabilização criminal do agente público ímprobo. Dessarte, o legislador constitucional demonstra que as sanções previstas nesse dispositivo não possuem natureza penal.

Com efeito, “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 civil”⁵⁶.

São consentâneas as palavras de Fábio Medina Osório no sentido de que “é inviável cogitar da idéia de que a Lei número 8.429/92 necessitasse de processo criminal para a aplicação de suas sanções, porquanto o próprio legislador, no âmbito de sua soberana discricionariedade, previu o veículo da ação civil de improbidade para imposição das conseqüências jurídicas decorrentes dos atos de improbidade administrativa. (...) Os tipos previstos na Lei número 8.429/92 não se ajustam às exigências do direito penal, especialmente porque não possuem natureza criminal, não sendo possível alargar sua

⁵⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias & FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, pg. 131.

incidência para o campo em que a liberdade humana e os próprios efeitos secundários da decisão judicial possuem perversos reflexos na vida das pessoas”⁵⁷.

Wallace Paiva Martins Júnior adverte da impropriedade em se interpretar os ilícitos e as sanções da Lei nº 8.429/92 segundo a técnica interpretativa das lei penais, porquanto os ilícitos discriminados pela Lei de Improbidade Administrativa não configuram crimes. A lei em questão não possui natureza penal, apresentando-se como norma extra-penal de caráter punitivo⁵⁸. Neste mesmo sentido, acrescenta que “a responsabilidade do agente público e de terceiros por ato violador da probidade administrativa é civil e não penal, porque a Lei Federal nº 8.429/92 não estabelece sanções penais”⁵⁹.

Ademais, a Constituição em nenhuma passagem previu que a interdição de direitos, a perda da função pública, a multa, o ressarcimento ao erário, a suspensão de direitos políticos seriam sanções imponíveis exclusivamente pela via do processo criminal (como fez em relação à sanção carcerária). Em verdade, algumas dessas medidas (multa, interdição de direitos, perda de bens), conquanto constituem espécies de sanções administrativas, são aplicáveis mediante processo administrativo, prescindindo inclusive de intervenção judicial. Portanto, se o legislador constitucional silenciou quanto ao caráter criminal das sanções imponíveis nos casos de improbidade administrativa, não cabe ao legislador penal estabelecer dita exclusividade, uma vez que deve ser repetida a separação das esferas cível e criminal.

Outrossim, a Lei nº 8.429/92 mais uma vez explicita a natureza civil das sanções do artigo 12, quando reserva o Capítulo VI para tratar especificamente das Disposições Penais. Neste campo da Lei, o legislador prevê em termos expressos que a conduta do artigo 19 “constitui crime”, cominando desde logo, no próprio artigo, a pena para tal ilícito.

Isto posto, “imperioso concluir, assim, pela inexistência de caráter criminal das sanções previstas no art. 12, incisos I, II e III, da Lei número 8.429/92, pois nenhuma de tais sanções seria passível de aplicação exclusivamente pela via do direito penal, visto como não há semelhante limitação ao legislador no âmbito constitucional e tampouco

⁵⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.*, pgs. 146/147.

⁵⁸ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 187.

⁵⁹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pg. 248.

seria adequado estabelecer, sem lei expressa, caráter criminal a condutas tão amplamente descritas pelo legislador⁶⁰.

4. Limitação da responsabilidade dos sucessores.

O artigo 8º da Lei define que “o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança”, em conformidade portanto com os artigos 5º, inciso XLV, da Constituição Federal e 1.526 do Código Civil.

Desta forma, “a transmissibilidade das sanções derivadas da improbidade administrativa limita-se às hipóteses da perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos e ao ressarcimento integral do dano, excluindo-se as demais cabíveis em face de seu caráter personalíssimo. A responsabilidade sucessiva, no entanto, encontra outro limite, que é valor do patrimônio transferido com a sucessão *mortis causa*”⁶¹.

⁶⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.*, pgs. 146/147.

⁶¹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Op. cit.*, pgs. 253/254.

CAPITULO VI

A POSIÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS FACE À LEI Nº 8.429/92

1. Agentes Políticos. Conceito.

Segundo entendimento de Hely Lopes Meirelles, agentes públicos “são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”⁶². Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a expressão “agentes públicos” serve para designar, de maneira genérica e indistinta, “os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente”⁶³. Assim, quem encontrar-se no exercício de uma função pública, será um agente público.

Para Celso Antônio, os agentes públicos classificam-se em três grandes grupos, a saber: a) agentes políticos; b) servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado; e c) particulares em atuação colaboradora com o Poder Público.

Segundo este autor, os agentes políticos são os ocupantes de cargos estruturais à organização política do País, vale dizer, que integram o arcabouço constitucional do Poder. Daí porque são os formadores da vontade superior do Estado. O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. Exercem um *munus* público. Vale dizer, o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos, membros da *civitas*, que os qualifica para a condução dos destinos da sociedade.

Desse modo, vê-se que Celso Antônio apresenta uma visão restritiva de quem seriam os agentes políticos no Direito Brasileiro. Para ele, apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes do Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, pg. 70.

⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, pg. 218.

Senadores, Deputados Federais e Estaduais e os Vereadores poderiam ser considerados agentes políticos.

Maria Sylvia Zanella di Pietro segue na esteira de Celso Antônio elucidando que “a idéia de agente político liga-se, indissociavelmente, à de *governo* e à de *função política*, a primeira dando a idéia de órgão (aspecto subjetivo) e, a segunda, de atividade (aspecto objetivo)”⁶⁴. Defende que as funções políticas ficam a cargo dos órgãos governamentais ou governo propriamente dito e se concentram, em sua maioria, nas mãos do Poder Executivo, e, em parte, do Legislativo. Propugna que, dentre as atribuições constitucionais do Poder Judiciário, bem como as do Ministério Público e do Tribunal de Contas (ao lado da Advocacia Geral da União, da Defensoria Pública e da Advocacia) nada se encontra que justifique suas inclusões entre as funções de governo, porquanto, segundo a autora, não participam, direta ou indiretamente, das decisões governamentais.

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, apresenta uma visão de agente político muito mais ampla que a dos doutrinados acima citados, englobando nela os membros do Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, bem como todos os agentes públicos que atuem com independência no exercício de suas atribuições constitucionais. Segundo ele, os agentes políticos:

“são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Não são servidores públicos, nem se sujeitam ao regime jurídico único estabelecido pela Constituição de 1.988. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos.

Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas as graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., pg. 354.

*plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder*⁶⁵.

Em sendo assim, dentre os agentes políticos, encontram-se:

*“os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público (procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos); os membros dos Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros); os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais e quase-judiciais, estranhas ao quadro do serviço público*⁶⁶.

Entendemos que a posição de Hely Lopes Meirelles é a mais adequada com os ditames da Constituição da República de 1.988 (CR/88), a qual assentou como princípio fundamental do Estado Brasileiro a *independência* e a harmonia entre os três Poderes da União (artigo 3º, CR/88). Ademais, é importante lembrar que o fenômeno político não diz respeito apenas à noção de *governo* (competente ao Poder Executivo e em proporção diminuta ao Legislativo), mas a todos os fenômenos relativos ao Estado como um todo. Sendo assim, é inaceitável o entendimento de que a função política não respeita aos membros do Poder Judiciário, bem como aos dos órgãos auxiliares da Justiça, dentre os quais o Ministério Público que foi constitucionalmente incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, CR/88). Com efeito, não há como negar o conteúdo político de tais atribuições.

2. A Responsabilidade dos Agentes Políticos.

Os agentes políticos, como é essencial à forma republicana de governo, não são isentos de responsabilidade pelos atos políticos ou meramente administrativos por eles

⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, pgs. 72-74.

⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, pgs. 72-74.

praticados, eis que no regime republicano o governante é um cidadão como outro qualquer, que todavia exerce uma função de comando por outorga de seus governados.

Para Adilson Abreu Dallari, o sistema jurídico brasileiro comporta vários tipos de responsabilidade aplicáveis aos agentes políticos, quais sejam: a) política, pela prática de crime de responsabilidade; b) patrimonial, prevista no § 6º do artigo 37 da Constituição de 1.988, consistente no dever de reembolsar o Poder Público o valor da indenização paga a terceiro, em razão de dano a este causado por conduta dolosa ou culposa do agente público; c) penal, pela prática de crimes comuns; d) por improbidade administrativa, pela prática dos atos previstos pela Lei nº 8.429/92; e) popular, prevista no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição de 1.988, decorrente da condenação em ação popular (Lei nº 4.717/65), pela prática de ato ilícito e danoso ao patrimônio público; f) fiscal, pelo desobedimento às normas da Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que visa a responsabilizar os agentes políticos por suas gestões financeiras, procurando evitar que se gaste mais do que se arrecada, bem como que as receitas públicas se percam em atos de corrupção e em más administrações⁶⁷.

O que ocorre é que os agentes políticos, por força do conteúdo político presente em suas decisões, bem como da necessidade de ampla liberdade funcional, recebem da Constituição *prerrogativas* que visam a garantir o exercício independente de suas atribuições. Dentre essas prerrogativas encontra-se o *privilegio de foro*, que se caracteriza pela alteração da competência comum para o processo e julgamento do agentes políticos, em caso de *crime comum* ou *de responsabilidade*. Vale dizer, em se tratando de matéria penal ou de crime de responsabilidade, os agentes políticos serão processados e julgados por um Tribunal Superior ou pelo Senado Federal, segundo a categoria a que pertençam.

Segundo Adilson Abreu Dallari a *responsabilidade política* é peculiar aos agentes políticos, caracterizando-se pela prática de uma infração político-administrativa, vale dizer, de um crime de responsabilidade. A *responsabilidade penal*, por sua vez, é comum a todos os agentes públicos (nos termos da definição dada a esta categoria pelo artigo 327 o Código

⁶⁷ DALLARI, Adilson Abreu. *A Responsabilidade do Agente Político*. Disponível: site Jus Navigandi. <http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina/resppoli.html>. Consultado em 18/02/2.001. 8p.

Penal) e surge pela prática de quaisquer das condutas tipificadas como crimes no Código Penal Brasileiro⁶⁸.

Cabe aqui transcrever as palavras de Hely Lopes Meirelles: “Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e de opções políticas. Daí porque os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais: são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e de decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados”⁶⁹.

3. Inexistência de foro privilegiado.

O problema que então se oferece à discussão diz respeito à existência ou não de foro privilegiado para os agentes políticos acusados da prática de ato de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429/92.

Como acabamos de analisar, os agentes políticos só possuirão a prerrogativa do privilégio de foro, quando aos mesmos for imputada a prática de um crime comum ou de um crime de responsabilidade.

O artigo 52 da Constituição da República de 1.988 determina que compete privativamente ao Senado Federal: a) processar e julgar o Presidente da República e o Vice, nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes conexos com aqueles (inciso I); b) processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado Geral da União nos crimes de responsabilidade (inciso II).

⁶⁸ DALLARI, Adilson Abreu. *Op. cit.*

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, pg. 74.

O artigo 102, inciso I, alínea *b*, da Constituição, estabelece a competência originária do Supremo Tribunal Federal (STF) para o processo e julgamento do Presidente da República, do Vice-Presidente, dos membros do Congresso Nacional, dos próprios membros do STF e do Procurador-Geral da República, *nas infrações penais comuns*.

O artigo 85 da Carta Magna determina que, nas infrações penais comuns, o Presidente da República será processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal, ao passo que, nos crimes de responsabilidade, a competência de seu processo e julgamento caberá ao Senado Federal.

Note-se que realmente o privilégio de foro só tem cabimento constitucional nos casos de crimes de responsabilidade e de infrações penais comuns.

Pois bem, no que concerne aos atos de improbidade administrativa relacionados na Lei nº 8.429/92, a boa doutrina é unânime em afirmar a *natureza civil* de suas sanções. Com efeito, já examinamos a questão por ocasião do Capítulo atinente às sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa.

O parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição, deixou claro que as sanções por ele indicadas serão aplicáveis aos agentes da improbidade administrativa, na forma e na graduação previstas pela lei infraconstitucional (Lei nº 8.429/92), independentemente da aplicação das sanções penais cabíveis. O dispositivo não falou em “outras sanções penais cabíveis”, o que indicaria o caráter criminal das punições por ele cominadas, porém ressaltou a independência do juízo aplicador de tais sanções face ao juízo penal. Portanto, não há que se falar em natureza penal das sanções aos atos de improbidade administrativa.

A Lei nº 8.429/92, em consonância com a disposição constitucional, foi taxativa ao assentar, em seu artigo 18, a natureza civil da reparação do dano. No artigo 12, o legislador infraconstitucional afirmou que as sanções ali estabelecidas aplicam-se independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas, em legislações específicas, aos atos de improbidade.

Destarte, se a conduta do agente político tomada como ato de improbidade administrativa concomitantemente se enquadrar em algum dos crimes tipificados no Título XI, Capítulo I, do Código Penal (Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral), neste caso poder-se-á invocar sua prerrogativa de

privilégio de foro. Advirta-se: somente em relação aos *crimes* pelos quais for processado, mas nunca pelos *atos* repudiados pela Lei de Improbidade Administrativa, dado à aludida *independência das esferas*.

Consoante entendimento de Marcelo Figueiredo, as imunidades asseguradas aos parlamentares “alcançam o processo criminal, os crimes, *não* se estendendo a cominações civis ou ao ressarcimento civil. Sendo assim, nada obsta ao ajuizamento da ação prevista na lei em tela”⁷⁰.

É interessante transcrever decisão do Supremo Tribunal Federal, na Reclamação nº 1.110, na qual foi Relator o Ministro Celso de Mello:

“EMENTA: SENADOR DA REPÚBLICA. INQUÉRITO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEDIDA PROCESSUAL A SER EVENTUALMENTE ADOTADA CONTRA EMPRESAS QUE ESTIVEREM SUJEITAS AO PODER DE CONTROLE E GESTÃO PARLAMENTAR, ATÉ A SUA INVESTIDURA NO MANDATO LEGISLATIVO. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. MEDIDA LIMINAR CASSADA.

O Supremo Tribunal Federal – mesmo tratando-se de pessoas ou autoridades que dispõem, em razão do ofício, de prerrogativa de foro, nos casos estritos de crimes comuns – não tem competência originária para processar e julgar ações civis públicas que contra eles possam ser ajuizadas. Precedentes. A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida – não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravazem os rígidos limites fixados, em numerus clausus, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes”.

Isto posto, não há que se falar em privilégio de foro para os agentes políticos processados pela Lei nº 8.429/92, visto tratar-se de uma ação civil de reparação de danos, não possuindo caráter penal.

⁷⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. *Op. cit.*, pg. 24.

4. Presidente da República.

Concluimos, a par de respeitáveis opiniões doutrinárias em contrário, que a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), não se aplica ao Presidente da República. Isso por entendermos que o artigo 85 da Carta Magna de 1.988 tipificou o ato de improbidade administrativa como crime de responsabilidade.

Nestes termos:

“Art. 85 – São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

V – a probidade na administração;” (Grifos nossos).

Lido de outro modo: os atos de improbidade administrativa do Presidente da República são crimes de responsabilidade. Não conseguimos vislumbrar o questionado dispositivo constitucional sob outro prisma. E, se realmente é assim, constituindo crimes de responsabilidade, os atos de improbidade administrativa do Presidente da República não podem ser julgados e processados por outro órgão, que não o Senado Federal (artigo 86 da Constituição de 1.988).

Ademais, vale lembrar que as infrações político-administrativas, vale dizer, os crimes de responsabilidade, cometidos pelo Presidente da República, encontram-se regulados pela Lei Federal nº 1.079/50.

5. Exceções à incidência plena da Lei nº 8.429/92.

Inobstante a conclusão recém obtida de que os agentes políticos não possuem privilégio de foro quando processados pela prática de ato de improbidade administrativa, regulado pela Lei nº 8.429/92 (salvo no caso do Presidente da República), há que se empreender ressalvas no que concerne à aplicação das sanções da Lei a determinados agentes políticos.

5.1. Senadores e Deputados.

Primeiramente, em relação aos Senadores e Deputados. Estes, ainda que sejam pacientes das sanções da Lei nº 8.429/92, não podem, em princípio, ter contra si aplicada a *perda da função pública*, eis que a perda de seus mandatos recebe tratamento constitucional específico, no artigo 55 da Constituição. Todavia, este mesmo artigo, prevê que Deputados e Senadores podem perder os respectivos mandatos quando perderem ou tiverem suspensos seus direitos políticos (inciso IV). O artigo 15 da Carta Magna, que por sua vez regula a perda e a cassação dos direitos políticos, determina que essa se dará nos casos de improbidade administrativa, nos termos do artigo 37, § 4º do mesmo diploma legal (inciso V).

Sendo assim, o Deputado ou Senador não poderá perder o mandato pela prática de ato de improbidade administrativa, contudo poderá perder ou ver suspensos seus direitos políticos. Ora, uma vez perdidos ou suspensos os direitos políticos, o Deputado ou Senador praticante do ato de improbidade poderá perder o mandato, nos termos do artigo 55 da Constituição de 1.988.

Portanto, verifica-se que a perda do mandato do parlamentar processado civilmente pela prática de ato violador da probidade administrativa poderá, ainda que por via indireta, ser verificada.

Finalmente, ressalte-se que a procedência da ação civil pública de improbidade administrativa prescinde da autorização da Casa à qual pertencer o parlamentar processado, haja vista que a imunidade parlamentar dá-se apenas em relação aos processos de índole criminal (artigo 53, § 1º, CR/88). Além disso, a imunidade material só é plena no que diz respeito a opiniões, palavras e votos dos parlamentares.

Repita-se tudo em relação aos Deputados estaduais, em virtude do artigo 27, § 1º, da Constituição, que manda a eles aplicar suas regras relativas à perda do mandato.

5.2. *Membros da Magistratura e do Ministério Público.*

Cogita-se aqui da possibilidade de responsabilização dos Juízes e dos membros do Ministério Público, pela prática *culposa* de atos de improbidade administrativa que causem lesão ao erário (artigo 10 da Lei nº 8.429/92).

Em relação à conduta dolosa dos agentes políticos, não há mais dúvidas de que os mesmos sofrem a incidência da Lei da Improbidade Administrativa, sem a prerrogativa do privilégio de foro.

A discussão se instala em sede da responsabilidade por culpa, haja vista que, por previsão legal específica, os membros da Magistratura e do Ministério Público sujeitam-se apenas à responsabilização por dolo. Mister apontar que, em relação aos demais agentes políticos, não há legislação específica nesse sentido.

Pois bem, segundo o artigo 85 do Código de Processo Civil: “*o órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude*”.

Comentando supramencionado dispositivo, Nelson Nery Júnior e Rosamaria Andrade Nery lecionam que: “os membros do MP são agentes políticos e, assim como ocorre com os juízes, somente respondem por responsabilidade, quando agem com dolo ou fraude no exercício de sua função. Não estão sujeitos à responsabilidade quando agem com culpa. As hipóteses de responsabilidade dos juízes e do MP são arroladas em *numerus clausus*, taxativamente, não comportando ampliação”. Outrossim, “o prejudicado por ato doloso ou fraudulento praticado pelo MP tem direito de ressarcir-se por meio de ação dirigida contra o poder público”⁷¹. A este caberá propor ação regressiva contra o membro do Ministério Público ou contra o Juiz que houver procedido dolosa ou fraudulentamente, a fim de reaver o valor da indenização paga ao particular prejudicado.

Entretanto, quando o membro do Ministério Público estiver exercendo sua função de *custos legis*, não há que se falar em responsabilidade civil do mesmo, eis que o parecer por ele emitido não é capaz de provocar dano, visto que possui caráter meramente opinativo, não vinculando o juiz, que é a quem compete a decisão da questão. Desse modo, o membro do Ministério Público, a par de apenas poder ser responsabilizado quando houver procedido com dolo ou fraude no exercício de suas atribuições, somente será capaz de produzir dano (e conseqüentemente ser responsabilizado) quando desempenhar suas funções de autor da ação penal e de presidente do inquérito civil ou de outro procedimento administrativo investigatório.

⁷¹ NERY JUNIOR, NELSON e NERY, ROSA MARIA ANDRADE. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em vigor*, 4ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pg. 536.

No que respeita aos membros da Magistratura, o artigo 133, inciso I, do Código de Processo Civil (CPC), e ainda o artigo 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, estabelecem que o juiz responderá por perdas e danos quando proceder com dolo ou fraude no desempenho de suas funções. Igualmente ao que foi dito em relação aos membros do Ministério Público, os Juízes só poderão ser responsabilizados quando, no exercício de suas atribuições, causarem dano a particulares motivados por dolo ou mediante fraude.

Todavia, o artigo 133 do CPC enumera uma outra hipótese de responsabilização dos juízes por perdas e danos, que é no caso do magistrado recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Neste caso, e somente neste, o CPC e a LOMAN oportunizam a responsabilização dos Juízes por conduta culposa. O pensamento de alguns doutrinadores no sentido de que também aqui a responsabilidade do magistrado só seria admitida em caso de dolo ou de fraude não prospera porque, se o legislador assim quisesse, não precisaria ter previsto a hipótese específica do inciso II, uma vez que no inciso I do artigo 133 já havia previsto de forma genérica que o juiz só responderá por perdas e danos quando no exercício de sua funções agir dolosamente ou mediante fraude.

Portanto, no artigo II do artigo 133 do Código de Processo Civil, o legislador previu a única circunstância que poderá ensejar a responsabilidade culposa do magistrado. Desta feita, essa é também a única hipótese admissível para a responsabilização culposa do juiz pela prática de ato de improbidade administrativa que causar prejuízo ao erário, nos termos do artigo 10 da Lei nº 8.429/92.

CONCLUSÕES

Com base no que foi exposto ao longo do presente trabalho, alcançamos as seguintes conclusões:

- 1) A noção de *moralidade administrativa* possui maior amplitude que a de *probidade*, uma vez que a primeira remete à idéia de um conjunto de regras de conduta válidas para a Administração Pública, enquanto a segunda refere-se a um específico dever de honestidade para com o órgão público. A probidade administrativa representaria uma “moralidade administrativa qualificada” (como quer Marcelo Figueiredo), porquanto apresenta um papel *instrumentalizador* da moralidade. Vale dizer, a probidade administrativa, regulada pela Lei nº 8.429/92, constitui um meio através do qual a moralidade administrativa deve ser obedecida, sob pena da aplicação de sanções severas e eficazes. A probidade administrativa seria, dessarte, uma moralidade “tipificada” (não no sentido penal da expressão), a estatuir que sempre que o agente público ou o terceiro praticarem uma das condutas caracterizadas pela Lei nº 8.429/92 como ato de improbidade administrativa, tornar-se-ão sujeitos à incidência das sanções nela cominadas à prática desses mesmos atos.
 - 2.a) A repressão legal à improbidade administrativa iniciou-se no Direito Penal, estendendo-se para a seara extrapenal, até atingir o patamar constitucional.
 - 2.b) O Decreto-Lei Federal nº 3.240, de 8 de maio de 1.941, tratava somente da repressão penal ao enriquecimento ilícito.
 - 2.c) A Lei Federal nº 3.164, de 1º de junho de 1.957, alcunhada de Lei Pitombo-Godói Ilha, instituiu a tutela extrapenal da probidade administrativa. Todavia, reprimia somente o enriquecimento ilícito, quando praticado por servidor público e por empregado autárquico. Uma de suas novidades foi a criação do registro público obrigatório de valores e bens pertencentes ao patrimônio privado dos que exercessem cargos ou funções públicas na União e nas entidades autárquicas.
 - 2.d) A Lei Federal nº 3.502, de 21 de dezembro de 1.958, chamada de Lei Bilac Pinto, ampliou o conceito de servidor público, que passou a englobar os dirigentes e empregados de sociedades de economia mista, fundações públicas, empresas incorporadas

ao patrimônio público e de entidades que recebessem ou aplicassem contribuições parafiscais. Entrementes, somente o enriquecimento ilícito continuou a ser reprimido. A Lei Bilac Pinto tinha o caráter de norma confirmativa, haja vista que só revogava as leis anteriores naquilo que estas lhe fossem explicitamente incompatíveis.

2.e) O Decreto-Lei nº 359/69, que regulou o artigo 8º do AI-5, criou a Comissão Geral de Investigação, cuja função era promover investigações sumárias para o confisco de bens de todos que tivessem enriquecido ilicitamente no exercício de cargo ou função pública. Uma inovação trazida pelo Decreto-Lei foi a previsão da evolução patrimonial desproporcional como causa do enriquecimento ilícito.

2.f) O Ato Complementar nº 42, de 27 de janeiro de 1.969 ampliou o âmbito de incidência do confisco, que passou a atingir também os bens, dinheiros ou valores dos co-autores e partícipes do enriquecimento ilícito.

Uma crítica a ser feita a essas duas últimas normas é que, muito embora apresentassem uma tutela mais avançada da probidade (eis que previam a evolução patrimonial desproporcional como causa do enriquecimento ilícito), o confisco feria o princípio do devido processo legal, porquanto privava o cidadão de sua propriedade mediante julgamento administrativo (não-jurisdicional).

2.e) O processo legislativo da Lei nº 8.429/92 não padeceu de inconstitucionalidade, porquanto o projeto de lei nº 1.446/91, de autoria do Poder Executivo, foi enviado à Câmara dos Deputados que apresentou substitutivos ao projeto, enviando-o depois ao Senado Federal. Este, por sua vez, apresentou outro substitutivo ao projeto de lei. O substitutivo do Senado, depois de aprovado, foi devolvido à Câmara dos Deputados que, após acolhê-lo parcialmente, encaminou-o à sanção presidencial. Não houve rejeição ou arquivamento do projeto por parte do Senado Federal.

3) A Lei nº 8.429/92, conhecida como Lei da Improbidade Administrativa, estabeleceu três espécies de atos configuradores da improbidade, quais sejam, os que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º), os que causam prejuízo ao erário (artigo 10) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11).

3.a) O rol dos incisos constantes desses três artigos possuem conteúdo meramente exemplificativo, o que se revela sobretudo pela expressão “notadamente”, presente dos

caputs de cada um desses dispositivos legais. Nestes, encontram-se descritas condutas de caráter geral, nas quais se enquadram as situações passíveis de configurarem uma das três modalidades de improbidade administrativa, no caso de não existir uma previsão específica já nos incisos de cada artigo.

3.b) No artigo 9º, a Lei descreve as hipóteses dos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito. Nestes casos, o enriquecimento ilícito deve ser do agente público no exercício de cargo ou função, que deve ter efetivamente recebido indevida vantagem de cunho patrimonial. Não é necessário que do enriquecimento ilícito tenha decorrido prejuízos econômicos à Administração. O ilícito só se configura a título de dolo.

3.c) O artigo 10 cuida dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário. O ato se configura tanto a título de dolo quanto de culpa. A responsabilidade por culpa é decorrente do artigo 159 do Código Civil, que trata do dever de indenizar os danos provocados por condutas culposas do agente (responsabilidade civil). Para que se configure as hipóteses do artigo 10, os cofres públicos devem sofrer um prejuízo patrimonial efetivo, perda esta que deve ser ilegal. Imperioso ressaltar que, nas hipóteses dos incisos, a lesividade da conduta é legalmente presumida, ao passo que, quando a conduta se subsumir apenas à figura do *caput*, será necessária a prova da perda patrimonial. No caso do artigo 10, a vantagem patrimonial não será do agente público autor da improbidade, mas de terceiro (particular ou agente público) partícipe ou beneficiário do ato.

3.d) No artigo 11, o legislador disciplina os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública. Nas situações aí descritas, o agente não enriqueceu ilicitamente, tampouco ocasionou prejuízos ao erário, mas, mediante comportamento comissivo ou omissivo, ofendeu os princípios que norteiam a Administração Pública. O artigo 11 é regra residual em relação às outras duas modalidades de improbidade administrativa. Portanto, somente quando do ato violador de princípios não resultar enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário é que incidirá a regra do artigo 11. As condutas passíveis de caracterizarem esta espécie de improbidade administrativa devem ser dolosas.

4.a) O sujeito ativo da improbidade é o agente público que pratica uma das três modalidades de atos descritas nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, bem como o terceiro que com ele eventualmente concorre na condição de partícipe ou de beneficiário. O conceito de agente público será aquele dado pelo artigo 2º da Lei. O terceiro, que pode ser partícipe ou beneficiário do ato de improbidade (artigo 3º), pode ser tanto um particular desvinculado da Administração Pública quanto um outro agente público. A punição do terceiro é outra inovação da Lei nº 8.429/92.

4.b) O sujeito passivo da improbidade administrativa será qualquer uma das entidades referidas no artigo 1º da Lei que sofrer prejuízos com o ato de improbidade, ou à qual estiver vinculado o agente público que houver enriquecido ilicitamente ou que houver transgredido os princípios da Administração Pública.

5) A Lei nº 8.429/92, em seu artigo 12, inaugura uma tutela mais eficaz da probidade administrativa, mediante a cominação de vários tipos de sanções ao ato de improbidade, quais sejam: a perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, o pagamento de multa civil e a proibição de contratar o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. A sanção de perda da função pública é de aplicação exclusiva ao agente público.

5.a) Algumas dessas sanções variam os valores e prazos nelas estabelecidos, conforme a modalidade de improbidade administrativa praticada. Nestes casos, o parágrafo único do artigo 12 define dois parâmetros para fixar a dosimetria das sanções: a extensão do dano e o proveito patrimonial do agente.

5.b) A incidência das sanções não está condicionada à efetiva ocorrência de dano patrimonial à Administração Pública. Com efeito, a Lei nº 8.429/92 tutela, a par de valores patrimoniais, valores morais da Administração Pública.

5.c) A natureza jurídica das sanções da Lei nº 8.429/92 é civil, e não penal.

6.a) Os agentes políticos não são apenas os agentes públicos que exercem as funções de governo, por eleição ou nomeação (nos casos dos Ministros de Estado), mas todos os que exercem suas atribuições com plena liberdade funcional e com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição. Assim sendo, inserem-se nessa

categoria os Chefes do Poder Executivo, seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários das diversas Pastas), os membros do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, bem como todos os demais agentes públicos que atuem com independência funcional no desempenho de suas atribuições constitucionais.

6.b) Os agentes políticos só possuem a prerrogativa de privilégio de foro nas hipóteses de crimes comuns ou de crimes de responsabilidade. Uma vez que a ação de improbidade administrativa é uma ação *civil* de reparação de danos, não há que se falar em foro privilegiado para os agentes políticos processados pela prática dos atos reprimidos pela Lei nº 8.429/92.

6.c) No tocante ao Presidente da República, concluímos que a Lei nº 8.429/92 a ele não se aplica, tendo em vista que o artigo 85 da Constituição da República de 1.988 tipificou os atos de improbidade administrativa praticados pelo Presidente da República como crimes de responsabilidade, devendo portanto ser processados e julgados pelo Senado Federal. Mister advertir que esta ressalva aplica-se apenas ao Presidente da República.

6.d) Os Deputados e Senadores podem, por via indireta, perder o mandato através da ação de improbidade administrativa.

6.e) Os membros do Ministério Público só respondem civilmente por perdas e danos quando procederem com dolo ou fraude no exercício de suas funções (artigo 85, CPC). Não podem, portanto, ser responsabilizados por atos culposos dos quais resulte dano patrimonial ao erário (artigo 10, Lei nº 8.429/92).

6.f) Os membros da Magistratura só poderão ser responsabilizados a título culposo pela prática de ato de improbidade administrativa que importe em prejuízo ao erário, na hipótese específica do inciso II do artigo 133, do CPC, qual seja, quando recusarem, omitirem ou retardarem, sem justo motivo, providência que devam ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

ANEXOS

LEI N° 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992.

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 fundacional e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA,

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

CAPÍTULO I

Das Disposições Gerais

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.

Art. 2º 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 anterior.

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

Art. 6º No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a 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 ilícito.

Art. 8º O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.

CAPÍTULO II

Dos Atos de Improbidade Administrativa

Seção I

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito

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:

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;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

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;

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

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;

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;

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;

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;

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

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

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;

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

Seção II

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário

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

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;

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;

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;

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;

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

Seção III

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

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

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

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

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

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

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

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.

CAPÍTULO III

Das Penas

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do 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 de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou 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;

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 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;

III - na hipótese do 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 de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou 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.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

CAPÍTULO IV

Da Declaração de Bens

Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.

§ 1º A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizado no País ou no exterior, e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.

§ 2º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.

§ 3º Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa.

§ 4º O declarante, a seu critério, poderá entregar cópia da declaração anual de bens apresentada à Delegacia da Receita Federal na conformidade da legislação do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza, com as necessárias atualizações, para suprir a exigência contida no caput e no § 2º deste artigo .

CAPÍTULO V

Do Procedimento Administrativo e do Processo Judicial

Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

§ 1º A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterà a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

§ 2º A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta lei.

§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo

com os respectivos regulamentos disciplinares.

Art. 15. A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade.

Parágrafo único. O Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

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.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

§ 2º A Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.

§ 3º No caso da ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada integrará a lide na qualidade de litisconsorte, devendo suprir as omissões e falhas da inicial e apresentar ou indicar os meios de prova de que disponha.

§ 4º O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

Art. 18. 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.

CAPÍTULO VI

Das Disposições Penais

Art. 19. Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente.

Pena: detenção de seis a dez meses e multa.

Parágrafo único. Além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado.

Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público;

II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

Art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

CAPÍTULO VII

Da Prescrição

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

CAPÍTULO VIII

Das Disposições Finais

Art. 24. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 25. Ficam revogadas as Leis n^os 3.164, de 1^o de junho de 1957, e 3.502, de 21 de dezembro de 1958 e demais disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 2 de junho de 1992; 171^o da Independência e 104^o da República.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição, 1.988. *Constituição Federal de 1.988*, Curitiba: Juruá, 2.000.

BRASIL. Lei nº 8.429/92, de 02 de junho de 1.992. 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 fundacional e dá outras providências. Disponível: *site* Palácio do Planalto. <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L8429.htm> . Consultado em 28/01/2.001.

COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*, Brasília: Brasília Jurídica, 2.000.

DALLARI, Adilson Abreu. *A Responsabilidade do Agente Político*. Disponível: *site* Jus Navigandi. <http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina/resppoli.html>. Consultado em 18/02/2.001. 8p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo: Atlas, 1.991.

_____. *Direito Administrativo*, 5ª edição, São Paulo: Atlas, 1.995.

FERRACINI, Luiz Alberto. *Improbidade administrativa – teoria, jurisprudência e prática*, 2ª edição, Campinas: Agá Juris, 1.999.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Princípios da Administração Pública. Legalidade – Impessoalidade – Moralidade – Publicidade. Art. 37 – Constituição Federal*, Bauru – SP, EDIPRO, 1.995.

_____. *Enriquecimento ilícito dos servidores públicos no exercício da função, Lei nº 8.493, de 2 de junho de 1.992*, Bauru-SP, EDIPRO, 1.994.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Corrupção administrativa, causas e remédios*. RDP, nº 81.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade Administrativa. Comentários à Lei 8.492/92 e legislação complementar*, 3ª edição, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 1.998.

FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*, São Paulo: Saraiva, 1.974.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 7ª ed., São Paulo: Dialética, 2.000.

- LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*, 3ª edição, rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.997.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*, São Paulo: Saraiva, 2.001.
- MASCARENHAS, Paulo. *Improbidade administrativa e crime de responsabilidade do Prefeito*, LED Editora, 1.999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 22ª edição, atualizada, São Paulo, Malheiros Editores, 1.997.
- NERY JUNIOR, NELSON e NERY, ROSA MARIA ANDRADE. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em vigor*, 4ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros Editora, 2.000.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*, Porto Alegre: Síntese, 1.997.
- _____. *Observações acerca dos sujeitos do ato de improbidade administrativa*, **Revista dos Tribunais**, 750: 81-3.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; ELIAS ROSA, Márcio Fernando; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa. Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, 3ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 1.998.
- PRUDENTE, Antônio Souza. *Inexistência de Foro Privilegiado para Ação Civil de Improbidade Administrativa*. Disponível: [site UFSC. http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br/arquivos/ar..._civil_de_improbidade_administrativa.html](http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br/arquivos/ar..._civil_de_improbidade_administrativa.html). Consultado em 28/01/2.001. 4p.
- REBOLLO PUIG, Manuel. *El enriquecimiento injusto de la administracion publica*, Madrid: Marcial Pons Ediciones Juridicas, S.A., 1.995.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1.994.
- SALGADO FILHO, Nilo Spinda; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Ação civil pública: defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa*, Revista dos Tribunais, nº 735, p. 161, jan. de 1.997.
- SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. *Os Agentes Políticos e a Responsabilidade por Culpa em Face do Artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa*. Disponível: [site CONAMP. http://www.conamp.org.br/temas/carlosbe.htm](http://www.conamp.org.br/temas/carlosbe.htm). Consultado em 18/02/2.001. 11p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 1.998.