

SERVIDOR PÚBLICO E A PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

Fernanda Teixeira Leite

“[...] Quando a si próprio se perguntou um eminente filósofo o que é a justiça, ele respondeu a si próprio: eu sempre soube ou julguei saber, dentro de certa medida, o que é justo e o que injusto; mas, quando se me pergunta o que é justiça, eu já não sei mais se sei a respeito do tema. A mesma coisa se pode dizer da moralidade. Todos nós temos uma sensação clara de que sabemos que certos comportamentos são imorais e que certos comportamentos são morais; mas responder o que é moralidade- e a moralidade administrativa- é algo extremamente difícil [...]” Celso Antônio Bandeira de Melo, RDT 69/70.

RESUMO

A pesquisa pretende suscitar a problemática da improbidade administrativa que aflige há sociedade brasileira a longas décadas, problema de difícil delimitação conceitual, tendo a Lei 8.429/92 sistematizado o tema. As críticas em torno dessa lei são inúmeras quanto a sua técnica de elaboração por condensar, em um mesmo texto, regras de natureza material e processual, de forma assistemática, além de conter vício formal de inconstitucionalidade. No entanto, a Lei de Improbidade, por meio da atuação ativa da pessoa jurídica de direito público lesada e do Ministério Público, conseguiu iniciar o processo de repressão e punição do administrador ímprobo, e conscientizar parcela da população da necessidade de expurgar do sistema esse administrador.

PALAVRAS-CHAVE: Administrativo; Servidor; Improbidade.

Sumário: 1. Introdução; 2. O dever de lealdade; 3. Antecedentes históricos; 4. Conceitos de improbidade administrativa; 5. A efetividade da probidade administrativa com a Lei 8.429/92; 6. Conclusão; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Durante décadas, no Brasil, verifica-se a proliferação de administradores ímprobos que aceitavam reger a coisa pública somente para poder auferir benefícios individuais.

Iniciou-se há épocas uma paulatina construção doutrinária acerca da criação de mecanismos jurídicos com escopo de coibir a prática de atos de improbidade.

A grande dificuldade de criar instrumentos de combate a este mal foi a conceituação de improbidade, a diferenciação da moralidade, a distinção da simples ilegalidade.

A jurisprudência e a doutrina pátrias até a Constituição de 1988, e a promulgação da Lei 8.429/92, tiveram substratos jurídicos tímidos para elaboração de uma exegese compatível com a realidade da Administração Pública pátria.

Com a redemocratização do Brasil e o surgimento da Carta Cidadã deu-se início a um real e efetivo combate ao administrador que não baseava a sua gestão na moralidade e probidade.

A Lei 8.429/92 introduziu um alargamento na definição do destinatário da lei, a inclusão de inúmeras ações e omissões que, se praticadas pelo administrador, seriam reprimidas com punições severas, inclusive com a indisponibilidade de bens e a perda de cargo público.

A Lei de Improbidade atinge um grau de censura tão elevado que passa a tipificar como ato de improbidade o fato de inobservar os princípios da administração pública descritos no art. 37, *caput*, da Constituição.

A Lei de Improbidade, não obstante seja um avanço legislativo na repressão dos atos de improbidades, foi elaborada com uma série de imperfeições que variam desde a regulamentação de temas materiais e processuais até a inobservância do procedimento legislativo constitucionalmente disciplinado, levando, inclusive, ao questionamento junto ao Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade formal da norma.

Por outro lado, o Ministério Público Federal e a pessoa jurídica de direito público lesada têm, de forma progressiva, atuado com o escopo de tornar efe-

tiva a Lei de Improbidade, quando investigam as denúncias e acionam os responsáveis. Não obstante, o Poder Judiciário, em razão do excesso de demandas, encontrar-se lento na solução das ações de improbidade, verifica-se uma “punição” imediata da população, em especial, quanto aos ocupantes de cargos eletivos que, em regra, não são reeleitos quando estão sendo processados por atos de improbidade.

2. O DEVER DE LEALDADE

No final do século XIX verifica-se uma acentuada tendência de aproximação do direito com a moral, em especial na França e na Alemanha, onde os estudiosos do direito passaram a questionar com veemência a identidade entre Estado e Direito¹, visto que a lei seria insuficiente para explicar e disciplinar toda a diversidade social.

Nos séculos que antecederam ao XIX, a preocupação com a separação do direito e da moral por razões históricas foi intensa, pois o homem passou a tomar consciência da sua liberdade em contraposição ao sistema absolutista vigorante. Estudiosos como *Kant*, na sua obra *Metafísica dos Costumes*, e *Kelsen*, na *Teoria Pura do Direito*, contribuíram de forma decisiva para a distinção do direito da moral.

O direito privado, atento à necessidade de observância da moral, criou dispositivos normativos que inibiram o enriquecimento sem causa e o abuso de direito, tendo esta inclinação sido confirmada no novo Código Civil ao disciplinar expressamente a boa-fé objetiva e a função social dos contratos.

O direito público, por sua vez, incorporou a teoria do desvio de poder que enfatiza a característica imoral do ato, e não somente a ilegalidade.

A idéia de desvio de poder nasceu na França, em 1864, no caso *Lesbats*. No Brasil, este conceito encontra-se positivado na Lei da Ação Popular, a Lei 4.717/65, que no art. 2º, parágrafo único, “e” dispõe “[...] *se verifica quando o agente pratica o ato visando o fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência*”²

Esse conceito induz à assertiva de que o desvio de finalidade tentou controlar o modo de agir do administrador, um dos problemas centrais nas formas

¹ Teoria defendida por *kelsen* na obra *Teoria Pura do Direito*.

² BRASIL. Lei 4.717/65. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em 25.10.2005.

de atuação do Poder Público frente à sociedade. Nesta medida, a legislação disciplinou a atuação discricionária da Administração, com vistas à exclusão de qualquer incidência no campo da arbitrariedade.

A teoria do desvio de poder no direito pátrio foi elaborada por Seabra Fagundes³, cujo efeito imediato seria a nulidade dos atos administrativos.

Um dos mais expressivos julgados acerca do tema brotou no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, na Apelação Civil n. 1.422⁴, proferido em 1948, relatado pelo então desembargador Seabra Fagundes. Tratava-se da hipótese do exercício do poder de polícia, relativo à regulamentação do trânsito por autoridade estadual competente, que fixou o horário para o tráfego de determinada companhia de ônibus, visando preterir-la em benefício da sua concorrente. Decidiu o Acórdão que o ato da Administração estadual, não obstante encontrar-se no exercício do poder discricionário, não atendia a interesse público previsto em lei que consistia no bom funcionamento do serviço de transporte, sendo o ato declarado nulo.

Com a evolução do direito, a questão da moralidade ultrapassou a idéia de desvio de finalidade para atingir o conceito de democracia, acentuando o dever do representante do povo de agir com fim exclusivo do interesse público.

Assim, o administrador, ao gerenciar a coisa pública, passou a ser soldado da lei e da moral, visto que sua conduta tinha que ser pautada em valores como a lealdade institucional, a eficiência dos serviços públicos, a economicidade com o dinheiro público, as decisões objetivas e imparciais, a adoção do regime de mérito para o ingresso no serviço público, o combate ao desvio de verba pública.

Todas as características acima mencionadas exemplificativamente podem ser condensadas no conceito do dever de lealdade. O Professor Marcelo Caetano⁵, ao definir o dever de probidade, informa que o administrador deve, em seu labor, ter como princípio basilar a honestidade, exercendo suas funções com fim de realizar o interesse público.

Dessa forma, o dever de fidelidade deve permear todos os atos do administrador, que deve abster-se de qualquer comportamento que possa ser preju-

³ FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984.

⁴ Disponível em: <http://www.tj.rn.gov.br>. Acesso em 27.10.2005.

⁵ CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito*. Tomo II. 10 ed. Coimbra: Almedina, 1999. p.749.

dicial à Administração, e usar a função pública para fins pessoais, constituindo elemento indispensável à legitimação dos seus atos.

A tendência moralizadora do poder público fez com que várias nações adotassem códigos de ética pública, inclusive o Brasil, que em 1994 regulou a matéria por meio do Decreto 1.171.

No plano jurídico, a Administração funciona sob o controle da legalidade estrita, tendo como principal finalidade a defesa do interesse público. Assim, o principal desafio dos que exercem a função de administrar é cumprir os estritos ditames legais da forma mais ética possível.

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A preocupação da sociedade em fiscalizar os atos de seus representantes se manifestou de várias formas, no decorrer da evolução histórica.

A moralidade no âmbito do direito público, como princípio de observância indispensável pela Administração, foi introduzida na França, no início do século passado, com a obra de *Maurice Hauriou*⁶, idealizador da escola do Poder Público em oposição à do Serviço Público capitaniada por *Léon Duguit*.

Maurice Houriou sistematizou o tema da moralidade administrativa. Partiu da idéia de que os atos administrativos devem refletir a legalidade e os princípios consagradores da boa administração contra o desvio de poder.

No Brasil, vislumbra-se na Constituição Imperial de 1924 seu embrião, ao possibilitar a responsabilidade dos ministros de estado por suborno, corrupção, concussão e a dissipação dos bens públicos (art. 133, II e VI).

Em 1891, com o advento da primeira constituição republicana restou consignado na Carta a possibilidade de responsabilizar o Presidente da República, desde que houvesse previsão em lei especial, por ato que atentasse contra a probidade administrativa e a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos (art. 54, alíneas 6º e 7º).

Em razão do momento histórico da ditadura de Vargas que envolveu a elaboração da Constituição de 1934, não se vislumbra muitos avanços no campo da moralidade administrativa; apenas repetem-se as restrições contidas na constituição antecedente (art. 57, alíneas f e g). No entanto, foi nessa Constituição que a preocupação efetiva com o controle ético do administrador público

⁶ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p 471-473.

ganhou foro constitucional (art. 113), possibilitando a atuação a qualquer cidadão do direito/dever de anular atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios.

A Constituição de 1937, também, envolta por uma política ditatorial, repetiu a disciplina referente à moralidade contida na de 1891. No entanto, durante a sua vigência, em 1941 foi promulgado o Decreto-Lei n. 3.240, dispondo sobre o seqüestro de bens do indiciado por crimes que causassem prejuízo à Fazenda Pública, exigindo a verificação do locupletamento ilícito. A medida tinha o alcance abrangente a todos os bens do indiciado e deveria ser decretada pelo Poder Judiciário.

A Constituição de 1946 estabeleceu a possibilidade de caracterização de crime de responsabilidade do Presidente da República em razão da ofensa à probidade administrativa (art. 89, V), e a autorização para que a lei regulasse hipóteses de seqüestro e de perdimento de bens em caso de enriquecimento ilícito, decorrente da influência ou abuso no exercício de cargo ou função pública ou de emprego público em autarquia (art. 141, § 31).

A Lei 1.079/50 surgiu nesse clima de moralização das atividades públicas, prevendo como crimes de responsabilidade, a ser imposta pelo Senado Federal nos processos em que figurem como réu o Presidente da República, os Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República. A lei demonstrou que mesmo os ocupantes dos cargos mais elevados da República não estariam isentos de controle social dos seus atos, prevendo inclusive de forma explícita o capítulo “*Dos Crimes Contra a Probidade na Administração*”.

A Lei 3.164/57, apelidada de Pitombo-Godoí Ilha, disciplinou a matéria ao estabelecer o seqüestro de bens em favor do Erário dos bens adquiridos pelo servidor público por influência ou abuso de cargo, função ou emprego público, se verificando mesmo nos casos de absolvição ou extinção da punibilidade.

Com o advento da Lei 3.502/58, conhecida como Lei Bilac Pinto, para complementar a sua antecessora estendeu as medidas nela previstas para as hipóteses de enriquecimento ilícito e alargou consideravelmente a abrangência dos agentes sujeitos ao controle, ao incluir o dirigente e o empregado da sociedade de economia mista, de fundação, empresa incorporada ao patrimônio Público e entidades que recebam e apliquem contribuições parafiscais. No entanto, deixou de prever hipóteses para punir atos somente de improbidade administrativa, e de incluir como punível a conduta dos terceiros estranhos ao serviço público, gerando uma grande impunidade.

Em seguida, ante a relevância de proteger o patrimônio público dos atos ilegais e abusivos, foi instituída a ação popular, por meio da Lei 4.717/65.

A Carta de 1967 reafirmou a possibilidade do Presidente da República ser responsabilizado por inobservar a probidade administrativa (art. 84, V), contanto que resultante de previsão legal. Verificam-se, ainda, algumas hipóteses de inelegibilidade em razão de condutas contrárias à ética na administração pública, que deveriam ser fixadas tendo em vista a defesa do patrimônio público daqueles que já tiveram oportunidade de se mostrarem ímprobos, e, portanto, imprestáveis ao exercício de atividades destinadas a homens de reputação ilibada.

Em 1968 foi editado o Ato Institucional n. 5, que concedeu ao Presidente da República, excluindo a apreciação judicial, o poder de decretar o confisco de bens daqueles que houvessem enriquecido ilicitamente no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquia, empresa pública e economia mista.

O Decreto-Lei n. 359/68 criou a Comissão-Geral de Investigação no Ministério da Justiça com o escopo de promover investigações que poderiam redundar em confiscos futuros, tendo o Ato Complementar n. 42/69 regulamentado o confisco e definido o enriquecimento ilícito.

O Ato Institucional n. 14/69 deu nova redação ao art. 150, §11 da Constituição vigente, que passou a remeter a legislação ordinária a regulamentação sobre o confisco e perdimentos de bens por dano causado ao Erário ou o enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração direta e indireta.

A Emenda n. 1/69 em regra não admitiu o confisco, exceto nos casos de guerra externa, revolucionária ou subversiva nos termos da lei. Estabeleceu, ainda, que a legislação infraconstitucional deveria dispor sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de funções públicas. Possibilitou ainda a suspensão dos direitos políticos, por prazo determinado, pelo Supremo Tribunal Federal, por representação do Procurador-Geral da República, na hipótese de restar caracterizado o abuso de direito, com propósito, além de outros, de corrupção.

Com a Emenda 11/78 o dano ao erário passou a integrar o conceito de improbidade administrativa no âmbito constitucional, e o decreto de confisco e perdimento de bens em favor da entidade administrativa lesada era de competência concorrente do Presidente da República e da instância judicial civil e criminal. A suspensão dos direitos políticos surgia como uma penalidade ao abuso de direito individual e político com o propósito de corrupção, sancionando o infrator o Supremo Tribunal Federal.

No período pré-constituente de 1988 verifica-se claramente uma incapacidade dos governantes de estabelecerem a diferença ente o público e o privado, constando-se que em muitas decisões tinham como escopo último um interesse privado, mesmo que reflexamente atendessem o público.

As modernas economias globalizadas que têm por base do investimento em determinado país a sua estabilidade econômica, encamparam uma política de combate às práticas nocivas ao patrimônio público.

A Carta Cidadã de 1988 procurou regular a moralidade administrativa de forma mais exaustiva em relação as suas antecessoras e viabilizou um arcabouço de medidas para punir gravemente o agente público que no trato da coisa pública não age com retidão de conduta. Insere-se a Constituição de 1988 pela primeira vez em uma Carta Magna a expressão improbidade administrativa.

O capítulo dedicado aos direitos políticos dispõe que os casos de inelegibilidade, além dos explicitamente expressos no texto constitucional, deverão ser previstos em lei complementar com o escopo de proteger de forma ampla a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato legislativo e executivo, conforme se pode extrair da dicção do art. 14, §9.

No art. 15, V, o constituinte originário enumerou como causa de suspensão dos direitos políticos a improbidade administrativa.

Ao tratar da Administração Pública, no art. 37, *caput*, fixou como um dos princípios basilares o da moralidade administrativa, e no § 4, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98, completou a disciplina, proclamando que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão de direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao Erário, na forma e gradação fixada em lei, preservada a repressão penal cabível.

Ainda, em sede constitucional, o art.85, V, define os crimes de responsabilidade do Presidente da República, considerando como delito ato que atente contra a probidade administrativa.

De forma oblíqua, os dirigentes e empregados das sociedades de economia mista e as empresas pública se submetem aos princípios da Administração Pública, nos termos do art.173, §1, III, assim necessitando observar o princípio da moralidade administrativa.

Traçadas as diretrizes constitucionais com escopo de salvaguardar a moralidade pública, o legislador ordinário integrou os preceitos promulgando a Lei 8.429/92. No entanto, mesmo antes da existência de uma lei específica, a legislação tipificou como crimes puníveis como pena privativa de liberdade no Cód-

go Penal, a exemplo, do peculato, emprego irregular de verbas ou rendas públicas, concussão corrupção, prevaricação, crimes previstos na lei de licitação etc.

O Brasil, na época do Projeto de Lei n. 1.46/91 que deu origem à Lei 8.429/92, vivia uma crise de moralidade na Administração Pública. Denúncias contra a probidade do Presidente da República, que culminaram com a decretação do *impeachment*, passou a conscientizar a sociedade da necessidade de moralizar a Administração. Nesse contexto histórico, foi elaborada a Lei de Improbidade administrativa.

A Lei 8.249/92, de 02 de junho de 1992, teve a sua origem na mensagem do Poder Executivo de n. 406/91 ao Congresso Nacional, em agosto de 1991. No Poder Legislativo, o projeto composto de 13 artigos que faziam menção, exclusivamente, ao enriquecimento ilícito, sofreu emendas e foi relatado pelo Deputado Nilson Gibson, resultando no projeto de Lei n. 1.46/91.

Após aprovação na Câmara dos Deputados e remetido para apreciação do Senado Federal, o projeto teve sua redação alterada nesta casa, retornando posteriormente para a Câmara com o escopo de observar o procedimento legislativo. No entanto, na Câmara sofreu novas emendas que ensejavam um retorno ao Senado, que foi na época ignorado e remetido diretamente à sanção do Presidente da República, inobservando, portanto, o art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal.

Em razão da constitucionalidade duvidosa, o Partido Trabalhista Nacional ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, que recebeu o número 2.182-DF, cujo escopo era retirar da ordem jurídica vigente a norma, sob o argumento de inconstitucionalidade formal, bem como a anulação de todos os processos instaurados com base na Lei 8.249/92. O Supremo Tribunal Federal, por meio do voto do relator, o Ministro Maurício Corrêa, negou, por maioria, a concessão da liminar, reconhecendo a validade da tramitação legislativa que originou a lei em questão.

Não obstante a decisão favorável do Supremo Tribunal Federal, os doutrinadores criticaram de forma severa a Lei 8.249/92 pela patente inconstitucionalidade formal e por condensar em um mesmo texto normas de direito administrativo, civil, econômico, penal e processual penal, dificultando a sua interpretação e aplicação.

A Lei 8.249/92 disciplinou os atos de improbidade administrativa em três categorias. Os atos que importam enriquecimento ilícito (art 9º); os que causam prejuízo efetivo ao Erário (art.10) e os que atentam contra os princípios da

Administração pública. Ademais, definiu os sujeitos da relação processual, o procedimento, declaração de bens, prescrição, infração penal etc.

A norma acima apelidada de Lei de improbidade Administrativa, conceituou de forma ampla os atos que implicam a improbidade administrativa, não se limitando como as Leis 3.164/57 e 3.502/58 à hipótese do enriquecimento ilícito, visto que para a Lei 8.249/92, esta é apenas uma das três modalidades.

4. CONCEITOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A construção do conceito de improbidade administrativa encontra várias dificuldades e requer o exame conjuntural dos seus aspectos. Desta forma, precisamos buscar o seu sentido etimológico, semântico e legislativo.

A palavra improbidade vem do latim, *improbitas, atis*, significando, em sentido próprio, a má qualidade de uma coisa.

Inicia-se a descoberta do conceito por meio do seu significado comum. No Dicionário Contemporâneo de Língua Portuguesa de Caudas Aulete⁷, no verbete improbidade encontra-se: ausência de probidade, malícia, perversidade, maldade. Para tornar mais compreensível este conceito, indica como probidade: retidão ou integridade de caráter que leva à observância estrita dos deveres do homem público ou privado, honestidade, pundonor, honradez.

A doutrina também oferece valorosa contribuição na definição da improbidade administrativa. Para uma parte dos estudiosos, o conceito torna-se claro ao partir da distinção entre moralidade e probidade administrativa, sendo esta o gênero em que aquela é a espécie.

A extensão conceitual mais ampla da probidade abrangendo a moralidade encontra-se demonstrada, segundo esta corrente, na Lei 8.429/92, ao definir os atos de improbidade, os dividem em três categorias: os que ensejam enriquecimento ilícito, causem prejuízo ao erário e os que atentem contra os princípios da Administração pública, enunciados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, dentre os quais a moralidade administrativa.

Dentre os adeptos da corrente acima se encontra Flávio Sátiro Fernandes,⁸ que define a improbidade administrativa como “*a má qualidade de uma*

⁷ AULETE, Caudas. *Dicionário de língua portuguesa*. v.III 3. ed. Rio de Janeiro:Editora Delta, 1980.p.1924.

⁸ FERNANDES, Flávio Sátiro. *Improbidade administrativa*. Revista de Informação Legislativa, n.136, ano 34, outubro/dezembro, 1997, p.1997.

administração, pela prática de atos que impliquem enriquecimento ilícito do agente ou prejuízo ao Erário ou, ainda, violação aos princípios que orientam a pública Administração. Em suma, podemos dizer que todo ato contrário à moralidade administrativa é o ato configurador de improbidade. Porém, nem todo ato de improbidade administrativa representa violação à moralidade administrativa.”

Desta forma, o ato de imoralidade afronta a honestidade, a boa-fé, o respeito à igualdade, as normas de condutas aceitas pelos administradores, o dever de lealdade, a dignidade humana, e o de improbidade traduz a má qualidade de uma administração pela prática de atos que impliquem em enriquecimento ilícito do agente ou prejuízo ao erário ou violação aos princípios basilares da administração.

Existe certamente uma dificuldade dos estudiosos do direito de determinar o real sentido de cada expressão acima mencionada. Tentar definir dever de lealdade é tão insólito como procurar a definição de interesse público.

Outra corrente doutrinária capitaneada pelo Professor José Afonso da Silva⁹ afirma que o conceito de imoralidade administrativa é mais amplo do que o de probidade, entendendo esta última cuida de uma moralidade qualificada.

Segundo o entendimento do eminente professor, não haveria sentido de o constituinte originário haver distinguido a improbidade da moralidade administrativa se não tivesse elevado aquela a um conteúdo especial.

Por outro lado, argumenta que compreender a moralidade como inserida no universo da improbidade administrativa, em razão da divisão elencada pela Lei 8.429/92, significaria equiparar a improbidade à ilegalidade.

Se correta estiver a análise, pode-se associar os atos atentatórios à probidade como também violadores à moralidade administrativa. No entanto, não se está a afirmar a equivalência destes conceitos. Ao contrário, a probidade é peculiar e específico aspecto da moralidade.

A jurisprudência, por sua vez, tem delineado o significado de improbidade administrativa de uma forma restrita, como se pode observar no Resp 213.994/MG¹⁰, quando se verifica que em uma demanda ajuizada pelo Ministério Público em face de um prefeito, imputando-lhe a violação das três modalidades de

⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p.243.

¹⁰ Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 28.10.2005.

improbidade administrativa da Lei 8.429/92, em razão de o gestor público haver contratado pessoas sem a prévia realização de concurso público, o Superior Tribunal de Justiça entendeu não haver a conduta do réu caracterizado enriquecimento ilícito, nem prejuízo ao Erário e nem imoralidade, enfatizando que a mera inabilidade do Administrador não enseja a fixação das punições previstas na Lei de Improbidade, visto que o objetivo da lei é frear o desonesto. Assim, foi desconsiderado que a mencionada conduta macula o princípio da impessoalidade e da moralidade e, conseqüentemente, da improbidade.

Outro ponto enfatizado pela jurisprudência é a necessidade de o julgador examinar as imputações de improbidade, tendo em vista o quadro político-social, com escopo de caracterizar violação à Lei 8.429/92. Partindo desta premissa, o Superior Tribunal de Justiça, no Resp 403.599/PR¹¹, entendeu que em demanda ajuizada pelo *parquet* sob alegação de violação da lei de improbidade pela presidente de Câmara de vereadores de um município, por haver gasto uma quantia significativa na aquisição de passagens de ônibus para pessoas carentes, não configurava a hipótese de ato de improbidade ao considerar que, em sociedade marcada fortemente pela exclusão social, a qual favorece o clientelismo político, não é imoral o ato praticado pelo agente político.

Parece-nos que a teoria que adota a probidade administrativa como gênero da qual a moralidade é espécie, é a mais acertada. Desta forma, passa-se a tecer considerações acerca das definições de improbidade consignadas na Lei 8.429/92.

Inicialmente, verifica-se que o art. 9º, *caput*, induz à necessidade de obtenção de vantagem patrimonial, de cunho econômico, não sendo razoável que enquadre neste artigo as que resultaram de vantagem de outra natureza. A confirmação encontra-se na própria noção de enriquecimento ilícito. No entanto, não se faz indispensável que se tenha verificado dano ao patrimônio público, como expressamente afasta o art. 21 da mesma Lei.

No art. 10 da Lei 8.429/92 são estabelecidas as hipóteses de improbidade administrativa que causem prejuízo ao Erário. Em regra, configuram-se mediante condutas de que decorram perdas patrimoniais, desvio, apropriação, dilapidação dos bens e entidades relacionadas na lei. Nesta hipótese, é necessário que haja desfalque patrimonial.

Ponto polêmico, neste artigo, é a menção à conduta por ação ou omissão, dolosa ou culposa. Uma corrente defende que para caracterização da improbi-

¹¹ Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 28.10.2005.

dade administrativa nesta modalidade, se faz necessária a vontade consciente do agente em violar o sistema jurídico, sendo inadmissível a sua modalidade culposa, visto que se mostra incompatível com a Constituição. Noutra linha de pensar, aceita-se que se cometa ato de improbidade a título de culpa, cabendo a aferição desta quando da fixação da sanção. Para uma terceira corrente, só seria possível a sanção da conduta dolosa ou culpa grave.

A jurisprudência e a doutrina, ainda, não se posicionaram a ponto de fixarem um entendimento majoritário, sendo ao nosso entender mais razoável o da segunda corrente, sob pena de apenar o administrador que não é imoral, mas, somente, inábil.

Por fim, a Lei de Improbidade, no seu art. 11, relaciona as condutas atentatórias aos Princípios da Administração Pública. Consistem em ação ou omissão capazes de violar os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade das instituições, à medida que inobservam os princípios basilares da Administração Pública previstos no art. 37, *caput*, da Carta Magna.

Em face do regramento jurídico pátrio acima referido, verifica-se a menção expressa da legalidade como princípio ensejador da improbidade. Entretanto, para que a infringência à legalidade possa ser apenada com as sanções da Lei 8.429/92, se faz necessário mais do que a mera inobservância de dispositivo legal; terá que haver a violação da legalidade acompanhada da deslealdade ou desonestidade com a Administração Pública.

Em razão das severas conseqüências que se extraem do cometimento das condutas explicitadas nos arts 9º, 10 e 11 da mencionada lei, pode-se concluir pela necessidade de interpretarmos de forma taxativa as mencionadas normas, não sendo permitida a utilização de interpretação extensiva ou analógica.

É oportuno informar que, com o advento da Lei 10.257/01, foram acrescentadas outras hipótese de improbidade administrativa ampliando o leque de condutas puníveis.

Uma questão importante acerca da delimitação do conceito de improbidade administrativa refere-se à necessidade de incluir ou não os atos de produção legislativa, em razão do art. 37, §4 da Constituição Federal mencionar apenas os atos administrativos como atos imorais que justificam a aplicação da Lei 8.429/92.

Em verdade, ao alargar-se o espectro de atuação, estar-se infringindo o princípio da tipicidade, necessária em matéria de improbidade administrativa,

uma vez que a Constituição e a Lei de Improbidade aludem a função administrativa, levada a cabo por agentes públicos de qualquer dos poderes estatais.

Inúmeras tentativas doutrinárias e jurisprudenciais para dar uma nova concepção ao conceito de improbidade têm como foco, especialmente, a distinção da moralidade e da ilegalidade.

A grande maioria dos estudiosos chega sempre à conclusão de que probidade administrativa é um subprincípio do direito mais importante que a legalidade, visto que engloba outros como o da razoabilidade, proporcionalidade, interesse público e da igualdade.

Entretanto, um conceito de dimensões tão dilatadas pode levar ao arbítrio, a compreensão pessoal do julgador em relação ao tema, levando, inclusive, para muitos aplicadores, uma vala comum da resolução dos mais variados problemas, gerando um perigoso resultado ante a insegurança jurídica.

Em razão da elasticidade do conceito de improbidade administrativa, os tribunais superiores têm uma clara tendência de enquadrar a modalidade da moralidade pública como legalidade em seu conceito amplo e moderno. O controle do ato de legalidade dar-se-ia de duas formas: a legalidade externa composta da competência, procedimento e forma; e a interna pelo conteúdo, motivos e intenção.

É essencial compreender que, a contemplação da probidade administrativa, passa por uma histórica tentativa mundial de moralização do Estado, visto que todos os atos administrativos dos três poderes estão sujeitos a esta nova exigência na condução do interesse público.

Assim, a boa administração, a avaliação dos meios, técnicas e procedimentos utilizados, não podem estar fora do controle jurisdicional e da própria administração que, em razão da constatação da improbidade, pode e deve anulá-los.

O constituinte, ao prever de forma repetitiva a necessidade de uma Administração proba, também impôs ao legislador ordinário e ao aplicador da lei a necessidade de um controle minucioso, não sendo razoável a não aplicação ante a densidade do conceito.

Assim, ao estudar a probidade administrativa, precisa-se ter em mente que não se trata da moral comum, mas da moral jurídica, entendida como um conjunto de regras de conduta necessárias à administração da coisa pública.

Nesta medida, o ato administrativo passa observar a legalidade e probidade, para que seja considerado irretocável pela própria administração e pelo Poder Judiciário.

5. A EFETIVIDADE DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA COM A LEI 8.429/92

A Lei de Improbidade traça contornos bem alargados quando disciplina qual o patrimônio é suscetível de quando lesado ensejar improbidade administrativa.

O legislador não satisfeito com a extensão atribuída ao *caput* do art. 1º que inclui a administração direta, indireta, fundacional de qualquer dos Poderes de todos os entes, empresas incorporadas ao patrimônio público e entidade para a criação ou custeio o erário tenha concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou receita anual, adiciona no parágrafo único, a entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas cuja criação ou custeio o Erário tenha concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual, limitando-se, nesta hipótese, à repercussão do ato sobre a contribuição do poder público, quando se tratar de sanção patrimonial.

Ante a amplitude do conceito, a jurisprudência tem admitido ser suficiente à empresa receber benefício, subvenção, incentivo, fiscal ou creditício, do Poder Público, e que o ato de improbidade guarde liame com os mencionados auxílios.

Capitaniando este entendimento, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que hospitais particulares e médicos conveniados com o Sistema Único de Saúde exercem função pública delegada e administram verba pública, podendo ser enquadrados como sujeitos ativos de atos de improbidade (Resp 416.329/RS¹²).

Criticas surgiram a respeito deste entendimento, sob o fundamento de inobservarem a restrição constante no parágrafo único do art. 1º da Lei 8.429/92. Isto porque o particular somente comete ato de improbidade, nessa hipótese quando atenta contra o patrimônio do ente que concede subvenção ou o benefício, ou de pessoa jurídica para cuja criação o erário tenha concorrido com menos de 50% do patrimônio ou receita anual.

Pode-se concluir que o traço comum entre os destinatários reside em suas atribuições de gestão de verbas públicas e de exercício de atividades públicas ou privadas.

Por outro lado, acompanhando a evolução mundial acerca do tema, a Lei de Improbidade ampliou o conceito de sujeito passível de cometer o mencio-

¹² Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acessado em: 23.10.2004.

nado ato, suplantando a idéia restrita de servidor público, e superando, inclusive, o conceito previsto no art. 327 do Código Penal.

Desse modo, são titulares do dever de probidade o agente público, independente da forma em que se encontra vinculado à Administração, além dos beneficiários e partícipes e os terceiros.

Com o conceito amplo do art. 2º, a lei encampa todos que se encontram vinculados à Administração, com ou sem remuneração, definitiva ou transitoriamente, abrangendo servidores e funcionários públicos, militares, agentes políticos, administrativos, honoríficos, delegados e credenciados, pessoas físicas ou jurídicas. Pode-se, assim, concluir que todo aquele que exerce função pública como mandato, cargo, emprego, independente do modo de investidura, seja nomeação, designação, eleição, contratação, credenciamento, delegação de serviço público, convocação, requisição, parcerias ou contrato de gestão.

A incidência da lei abrange também o particular em colaboração com a Administração, como os tabeliães, jurados, mesários e concessionárias de serviço público. É oportuno ressaltar que, para alguns doutrinadores, os agentes públicos delegados não podem cometer ato de improbidade administrativa. No entanto, entende-se que os agentes referidos se incluem no amplo conceito do art. 2º da lei, sob pena de criar-se uma hipótese muito propícia para o escoamento de verba pública e comportamento contrário à probidade administrativa.

O art. 3º estende a legitimidade passiva da ação de aplicação das sanções ao partícipe e beneficiário do ato de improbidade administrativa que podem ser agentes públicos ou não, pessoas físicas ou jurídicas.

Diferentemente da lei de ação popular, a de improbidade não distingue o beneficiário direto e indireto, contemplando as duas situações. Beneficiário é quem lucra com o ato e, na grande maioria das vezes, ele não pertence aos quadros da Administração pública, mas se torna responsável solidário pelo ressarcimento do dano por ter-se aproveitado da lesão ao interesse público. O beneficiário indireto é que de forma remota auferiu vantagem com ato contrário à probidade pública.

O partícipe, por sua vez, é aquele que induz ou concorre por meio da influência, auxílio, colaboração, participação em atos preparatórios ou executórios, podendo ser pessoa estranha aos quadros da Administração para a prática de um ato de improbidade, já que o dever de velar pela probidade pública estende-se ao particular.

É importante compreender que os partícipes e beneficiários somente poderão ser penalizados levando em consideração a sua condição, eis que, caso

não pertença aos quadros da Administração, não poderão, por exemplo, perder cargo ou função que nunca possuíram.

Por outro lado, o terceiro somente poderá ser apenado quando tenha agido dolosamente ou culposamente, jamais o que por qualquer tipo de artifício restou impossibilitado de conhecer o seu real envolvimento no ato de improbidade.

O art. 8º traz outra norma referente aos destinatários da Lei de Improbidade. Trata-se da responsabilidade dos herdeiros limitadas as sanções derivada das hipóteses de perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos, e ao ressarcimento integral do dano, excluindo-se as demais sanções em razão do caráter personalíssimo. No entanto, a responsabilidade sucessiva tem que se restringir ao valor do patrimônio transferido com a sucessão *causa mortis*.

Ressalte-se que os atos de improbidade definidos no art. 52 da Lei 10.257/01 constituem infrações que somente podem ser praticadas pelo ocupante do cargo de prefeito. Para os demais agentes públicos que porventura tenham participado com a elaboração ou efetivação no ato de improbidade, o *caput* do art. 52 da referida lei esclarece que serão reservadas outras punições. Entretanto, entende-se que o mencionado regramento não exclui a possibilidade de participação de terceiros, agentes públicos ou não, em decorrência da aplicação do art. 3º da Lei 8.429/92.

Neste sentido, encontra-se o entendimento de Wallace Paiva Martins Júnior¹³, que ao analisar as hipóteses de improbidade administrativa consignadas no Estatuto das Cidades, explicitou “*Atribui, também, a responsabilidade do Prefeito pelos atos enumerados, sem obstar a colaboração e participação ou o benefício de terceiros (agente públicos e particulares) nos termos da regra geral de responsabilidade por improbidade administrativa dos arts. 2º e 3º da Lei 8.429/92*”.

Verifica-se pelo exposto que a Lei de Improbidade alargou o sujeito ativo como o passivo da ação de aplicação de sanção por cometimento de ato de improbidade definido por lei, com escopo de moralizar todas as hipóteses em que estivesse envolvido interesse público.

Outro ponto que merece destaque é a questão do foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa.

¹³MARTINS JÚNIOR. *Estatuto da cidade e improbidade administrativa*. Revista de Direito Imobiliário. n. 52, jan/jun 2002. p.41.

Tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei 6.905/02¹⁴ que tinha como proposta a alteração do art. 84 do Código de Processo Penal, cujo parágrafo único ressuscitava a Súmula 394¹⁵ do Supremo Tribunal Federal, que havia sido cancelada pela própria corte.

O relator da Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, o congressista André Benassi, apresentou substitutivo ao projeto de lei, propondo a extensão do foro por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa, tendo sido o substitutivo aprovado, com a seguinte redação:

“Art.84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§2º A Ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão da função pública, observado o disposto no §1º.”

O mencionado projeto foi aprovado, originando a Lei n. 10.628/02 e introduzindo a norma acima mencionada no ordenamento jurídico.

A linha de entendimento defendida nessa lei já tinha sido utilizada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, em decisão monocrática na Reclamação 2.138-6-DF¹⁶.

Embora ponderáveis os argumentos expedidos no projeto de lei e no entendimento do ministro, a interpretação dedicada à Constituição Federal para justificar não mereceu amparo pelo pleno da Corte Constitucional

¹⁴ Disponível em: [www.http//www.senadofederal.gov.br](http://www.senadofederal.gov.br). Acessado em 21/10/2005.

¹⁵ Súmula 394: “*Praticado o ato no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional*”.

¹⁶ Disponível em: [www.http//www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acessado em 23/10/2005

O Supremo Tribunal Federal recentemente por maioria de votos declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 84 do Código de Processo Penal, que estabelece foro privilegiado a autoridades processadas por ato de improbidade administrativa

O relator, ministro Sepúlveda Pertence, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2797 e 2860) proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) e pela Associação Nacional dos Magistrados (AMB). Acompanharam esse voto os ministros Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Carlos Velloso e Celso de Mello. Os ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie divergiram do relator e o Ministro Nelson Jobim encontrava-se ausente.

O Superior Tribunal de Justiça não se distanciou deste entendimento, ao explicitar na Reclamação 591-SP¹⁷ que a competência não se presume sendo indisponível e típica, não se podendo estender a competência dos crimes comuns e de responsabilidade aos atos de improbidade administrativa, visto que se trata de ação de natureza civil.

Assim, pacifica-se o entendimento de que a competência para julgamento das demandas que versem acerca de improbidade administrativa é do juízo de 1º Grau. Este entendimento jurisprudencial possibilita uma maior efetividade na repressão à improbidade, visto que ao pulverizar os julgamentos no juiz de 1º grau minimiza o retardo causado pelo afunilamento de numerosas demandas nos tribunais.

Por fim, tem-se como fator importante para a prevenção e punição dos atos de improbidade administrativa as severas penalidades previstas na Lei 8.429/92.

O art. 12 da legislação acima referida informa que o julgador aplicará sanções de improbidade de natureza civil, sem prejuízo das penais, administrativas e outras civis. Desse modo, não impede a aplicação das penalidades previstas na lei as sanções penais e administrativas, como demissão, suspensão, declaração de idoneidade para promover licitação, em razão da diferenciação jurídica de cada uma dessas penalidades.

A Lei penaliza a conduta ímproba de acordo com a escala de gravidade da conduta. O enriquecimento em ilícito no exercício da função é o ato mais grave, tendo previsão de sanções bastante severas. As penas que importam

¹⁷Disponível em: [www.http//www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acessado em 29/10/2005.

prejuízo financeiro ao Erário são de grau intermediário, conforme previsão do art. 12, II, da Lei 8.429/92, e as que violarão os princípios da Administração Pública têm menor gravidade.

É possível que em um mesmo ato o agente cometa improbidade administrativa na modalidade enriquecimento ilícito, lesão ao erário e atentado aos princípios da Administração pública.

As penalidades nas três espécies são qualitativamente idênticas, mas quantitativamente distintas quando se trata de prazo de suspensão de direitos políticos, o valor da multa civil e o prazo de proibição de contratar com o Poder Público ou receber investimento ou financiamento, devendo ser aplicadas com observância ao princípio da proporcionalidade. Vedado, no entanto, é, o acúmulo de condenações idênticas, resolvendo-se a questão pelo princípio da especialidade.

Importante salientar a necessidade de que a petição inicial exponha de forma distinta cada causa de pedir e o pedido, devendo requerer a aplicação das sanções previstas no art. 12 na forma e gradação da gravidade do ato praticado.

Na hipótese do pleito referir-se a vários atos de improbidade administrativa com diversos agentes, para a devida aplicação da lei deve o requerente especificar um pedido para cada conduta, com a exposição da causa de pedir, sendo lícita a cumulação de pedidos nos termos do art. 292 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, mesmo que não reste demonstrada a ocorrência do ato de improbidade na modalidade enriquecimento ilícito, mas haja comprovação do prejuízo ao erário por violação aos princípios do art. 37 da Carta Magna ou qualquer outra norma, caberá o ressarcimento do dano, nos termos do art. 5º da Lei 8.429/92.

As sanções típicas de improbidade configuram reparação de danos substanciados, em provimento de natureza condenatória, na hipótese de ressarcimento do dano, pagamento de multa civil, perda de bens e valores; desconstitutiva quando se tratam de perda de função pública, e restritiva de direitos quando impõem a vedação em contratar com o Poder Público, de receber benefícios e incentivos fiscais ou creditícios, e suspensão de direitos políticos.

A efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público não é indispensável para a aplicação de sanções e caracterização de ato de improbidade, como ressaltam o art. 12 ao aludir a expressão “quando ocorrer” e o art. 21. A Lei de Improbidade, ao distinguir modalidades, estabeleceu que existem hipóteses em que se deseja resguardar os valores morais da Administração.

O produto das sanções que geram valor econômico será revertido em favor da pessoa jurídica lesada pelo ilícito, nas hipóteses de reparação de dano e perda de bens adquiridos ilícitamente. A multa civil também reverterá em prol do lesado, não obstante não tenha previsão legal, já que a doutrina interpreta como ressarcimento por dano moral. Nos casos de já existirem bens conscritos do agente ou terceiro, em razão da decretação cautelar da indisponibilidade ou seqüestros, quando estiver em exame hipóteses de enriquecimento ilícito ou lesão ao erário, a procedência do pedido implicará em reversão ao patrimônio público.

Ao lado das sanções típicas, encontra-se as atípicas, previstas na ressalva do art. 12, *caput*, da Lei de Improbidade, quando possibilita a aplicação de outra sanção prevista em lei específica. Desta forma, seria possível a aplicação da nulidade de um contrato em observância ao art. 59 da Lei de Licitações, visto que inexistente incompatibilidade de cumular, em uma decisão decorrente de ato de improbidade, as conseqüências previstas em lei específica, desestimulando a prática de ações de improbidade. No entanto, há uma divergência jurisprudencial acerca da possibilidade de cumulação na ação civil pública de provimentos típicos e atípicos.

Ao serem aplicadas pelo Poder Judiciário, as penalidades previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 devem fixar o *quantum* das penas que possuem um interstício, a exemplo da multa civil, suspensão dos direitos políticos, contratação com o Poder, recebimento de incentivos fiscais e creditícios. Para apurar a quantificação de forma acertada, se faz necessária a conjugação de dois fatores: a extensão do dano causado e o proveito patrimonial do agente, conforme previsão do parágrafo único do art. 12 da lei mencionada.

Parte da doutrina entende que os critérios acima são inadequados quando se trata de dosimetria de suspensão de direitos políticos e de multa civil, hipótese de que a sanção deveria ser aferida pelo grau de reprovabilidade da conduta ilícita, possibilitando uma aferição mais adequada nas hipóteses de grave ferimento dos princípios e dano inexpressivo ou na hipótese de modalidade culposa.

A opção legislativa da Lei 8.429/92 atende a remessa da lei ordinária estabelecida na Constituição, estabelecendo a forma e a gradação da sanção, prevista nos incisos do art. 12, para as diversas hipóteses de atos de improbidade administrativa constante nos arts. 9º, 10 e 11 da lei. A comprovação da possibilidade de cumulatividade das sanções é a existência de três incisos no art. 12, repetindo-se as espécies de sanções que variam somente em razão da quanti-

dade e do prazo na proporção da gravidade do ato de improbidade, sendo vedado à discricionariedade do Poder Judiciário excluir da aplicação qualquer delas, ou fixar abaixo do limite mínimo ou suplantar o máximo.

A doutrina sugere a necessidade da lei oferecer alguns mecanismos, a exemplo da de redução de sanção, no caso de o agente espontaneamente confessar e delatar o co-autor ou o terceiro. No entanto, com bases na legislação atual é vedada a transação ou conciliação, indicando a natureza indisponível dos interesses envolvidos no ato de improbidade.

Em uma interpretação sistemática constata-se que as sanções são aplicáveis aos terceiros de acordo com a sua qualidade. Não sendo o beneficiário ou participe agente público, não poderá sofrer sanções que pressupõem a condição de agente, a exemplo da perda de função, mas suportará as demais por força da solidariedade criada pelo art. 3º da Lei de Improbidade. Desta forma, em vários casos são os terceiros que perderão em favor do erário ou bens ou valores ilicitamente acrescidos. É oportuno ressaltar que se o particular exercer função pública como agente público delegado, o caso será de extinção da delegação, seja ela concessão, contrato de gestão etc.

A questão da perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio é sanção de natureza ressarcitória, inspirada por um componente de moralizar a Administração pública. Esta sanção encerra uma indenização por dano moral sofrido pela Administração, sendo lícita a sua aplicação desde que observe o devido processo legal.

É importante enfatizar que não há como defender o descabimento da pena de perda de bens por ausência de previsão constitucional, visto que se o constituinte previu a indisponibilidade de bens como consequência da prática de ato de improbidade, é porque pretendia impor ao agente a perda dos bens, punindo-se o enriquecimento ilícito.

Questão intrigante é a extensão do perdimento de bens pertencentes ao cônjuge. Adquirido o bem em razão de ato de improbidade na sua modalidade enriquecimento ilícito pelo agente público casado e integrando-se ao patrimônio do casal, é lógico que a sanção da perda deve abranger, também, a parte pertencente ao cônjuge inocente, já que a forma que adentrou a seu patrimônio foi ilícita, não obstante não tenha dado causa, mas majorou seu patrimônio sem uma causa legal. Outra interpretação não seria admissível, porque se estaria estimulando práticas desta natureza, ante a possibilidade de crescer ao patrimônio de ente querido.

A penalidade de ressarcimento do dano é obrigatória na hipótese de prejuízo ao erário prevista no art. 10 e dependente de prova nas modalidades enriquecimento ilícito e violação aos princípios basilares da Administração Pública.

Assim, todo prejuízo suportado pelo Poder Público advindo de ato doloso ou culposo de agente ou terceiro deverá ser ressarcido pelo seu causador, desde que haja repercussão negativa no patrimônio público, sendo presumida na hipótese do art. 10 e provada nas demais, combatendo-se o contínuo desfalque patrimonial que a Administração vinha sofrendo. Não sendo possível comprovar o dano, o ato poderá caracterizar outra espécie de improbidade administrativa, como a inobservância dos princípios da administração, e propiciar a aplicação de outras sanções.

O ressarcimento do dano deverá ser integral, abrangendo o prejuízo já verificado e as perdas e danos, sendo sanção imprescritível nos termos do art. 37, §5º da Carta Magna, ante a importância de nunca permitir o esvaziamento do patrimônio público.

A quantificação do dano não corresponde necessariamente à totalidade de um dispêndio público, podendo o valor do dano ser aferido pela apuração da quantia correspondente à lesão e a redução patrimonial suportada.

A Lei 8.429/92 não protege somente o aspecto patrimonial do dano, mas também o aspecto moral da Administração que viabiliza a aplicação de penas em razão da simples violação do dever de probidade com a coisa pública.

No entanto, na configuração do dano, a sua expressão é informada pelo efetivo prejuízo suportado, o que não implica necessariamente a obrigação de repor integralmente os valores retirados da Administração. Assim, não poderá ser admitida a hipótese de, por meio de reparação de dano, o Poder Público enriquecer ilicitamente, já que os serviços e bens foram prestados e aproveitados.

O agente público e os terceiros são solidariamente responsáveis pelo ressarcimento do dano, inclusive os sucessores nas forças da herança, conforme já restou consignado.

É importante lembrar que, no caso do art. 1º, parágrafo único da Lei 8.429/92, a sanção patrimonial é limitada à repercussão do ilícito sobre a parte que o erário público contribuiu, refletindo a real perda e evitando o locupletamento da Administração. No entanto, as demais sanções serão aplicadas, visto que a limitação acima mencionada restringe-se ao ressarcimento do dano.

Debate intrigante na extensão do ressarcimento do dano refere-se ao alcance de bens indivisíveis do responsável. A jurisprudência¹⁸ tem respondido a esta indagação informando que o bem deverá ser levado por inteiro a hasta pública, reservado à esposa ou co-proprietário a metade do valor alcançado, em solução idêntica à adotada na hipótese de defesa de meação do cônjuge por aval prestado pelo marido sem anuência da consorte, nos termos da legislação antes do advento do Novo Código Civil.

A perda de função é uma outra modalidade de sanção aplicável a qualquer espécie de ato de improbidade, alcançando os vários vínculos, mandato, cargo, emprego ou função pública, delegação do agente ou terceiro com o Poder Público, salvo à hipótese de este não pertencer aos quadros da Administração. É uma sanção destinada a expurgar do Poder Público o agente que não observou a probidade, mesmo que já possua garantias como estabilidade e vitaliciedade.

Da mesma maneira, do agente público inativo ao praticar ato de improbidade na atividade, mas que o trânsito em julgado somente se operou quando o mesmo encontrava-se na inatividade, deve a sentença anular a aposentadoria e ser aplicada à perda de função.

É oportuno atentar que a perda da função pública na ação de improbidade é pena principal, desvirtuando-se do Código Penal onde encontra-se previsto como secundário, não se confundindo com perda de mandato por cassação de competência do Poder Legislativo decorrente de infração político-administrativa.

Em relação à sanção da perda da função pública existe uma controvérsia na doutrina acerca da possibilidade de aplicação desta ao Presidente da República. Os que excluem tal possibilidade argumentam que essa punição, quando aplicada ao chefe do Poder Executivo Federal é de competência exclusiva do Poder Legislativo, não havendo possibilidade do Judiciário usurpar tais atribuições. Para outra parcela da doutrina, é admissível a perda do cargo de Presidente, visto que a Constituição Federal não atribuiu exclusividade à instância político-administrativa, nem excluiu expressamente a possibilidade de aplicação.

As pessoas mencionadas no art. 2º e 3º da Lei de Improbidade estão submetidas à suspensão dos direitos políticos que visam subtrair a capacidade cívica do cidadão, tolhendo a sua elegibilidade, a assunção de qualquer outra função pública e a legitimidade de promover ação popular.

¹⁸ Resp 16.950-0, Rel Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 05 de abril

A suspensão de direitos políticos é uma punição que varia na intensidade, dependendo da modalidade do ato de improbidade cometido, devendo o Poder Judiciário, ao fixar o período, observar os limites máximos e mínimos legais previstos.

A finalidade da suspensão dos direitos políticos é suprir por prazo determinado o direito de influir na vida pública, sendo um poderoso aliado na moralização em razão do temor, em especial, da classe política de passar determinado período sem poder concorrer às eleições.

Por outro lado, não obstante o reflexo político dessa sanção, possui natureza cível ação de improbidade, sendo aplicado pelo julgador de competência comum civil quando da sentença, não sendo necessário submeter à jurisdição eleitoral, em razão dos arts. 15, V e 37, §4º da Constituição Federal. Há, portanto, concorrência de competência de jurisdição com naturezas e efeitos diversos.

Ampliando a previsão constitucional referente à aplicação de punições, estipula a lei o pagamento de multa civil, a proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditício. Há respaldo constitucional para a mencionada dilatação das hipóteses. De ordinário, somente a legislação infraconstitucional compete à instituição de penalidades. Seguindo esta tendência, o art. 37, §4º da Carta Magna remeteu o disciplinamento da improbidade administrativa ao legislador ordinário, inclusive a sua repressão.

Sob outra perspectiva, a Constituição Federal traça no art. 5º, XLV e XLVI as punições possíveis, e no inciso XLVII, as proibidas, fixando os limites de atuação estatal em relação às repressões às condutas ilícitas. Nessa medida, a definição de sanções civis, administrativas, tributárias é da lei infraconstitucional, observadas as restrições constitucionais. No caso de improbidade administrativa será necessário observar, também, as sanções previstas no art. 37, §4º da Carta.

Desse modo, as penalidades criadas pela Lei 8.249/92 não extrapolam os limites constitucionais; muito pelo contrário, exercem as atribuições que lhe foram atribuídas.

Passa-se a considerações acerca da multa civil.

A multa civil representa uma sanção pecuniária contra o dano moral experimentado pela Administração Pública. Possui alíquota e base cálculo que variam de acordo com espécie de improbidade administrativa.

A natureza jurídica desta penalidade é receita extratributária da entidade que suportou o ato de improbidade, segundo os critérios de dosimetria previstos no parágrafo único do art. 12, sendo revertida para o seu patrimônio.

Quanto à vedação de contratar com o Poder Público e de receber benefícios e incentivos fiscais ou creditício, é providência que implica em suspensão temporária dos direitos dos agentes e terceiros em negociar com a Administração e receber valores públicos.

Essa penalidade se estende contra particular beneficiário da improbidade administrativa, mesmo quando não causa dano ao erário público, sendo um poderoso instrumento inibitório de atos de má-administração. Aproxima-se muito das sanções administrativas e eleitorais previstas, respectivamente, na Lei 8.666/93 e 9.100/95, mas com estas não se confundem.

A suspensão de contratar com o Poder Público e de receber benefícios irradia-se para os governos federal, estadual e municipal da Administração direta e indireta. O ressarcimento do dano não cessa a sua eficácia por ser de natureza distinta. A vedação é aplicada mesmo que praticada por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, sendo plenamente cabível nos casos de sucessão societária, consórcio, sociedade em conta de participação.

Não obstante seja penalidade destinada, a princípio, às pessoas jurídicas, pode incidir sobre os sócios quando aplicada à teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A punição do ato de improbidade pelo Poder Judiciário e o pronunciamento do Tribunal de Contas e outros órgãos de controle interno são independentes e desvinculados, nos termos do art. 21, II da Lei de Improbidade, quando menciona que as penalidades serão aplicadas independentemente “*da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas, consagrando os interativos entendimentos da jurisprudência e doutrina*”.

A assertiva de soberania das decisões do Tribunal de Contas não prevalece. A Constituição Federal estabeleceu a inafastabilidade do controle judiciário dos atos da Administração, garantindo a ampla acessibilidade e vedando a exclusão da apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito, individual ou coletivo, como se extrai do art. 5º, XXXV, da Carta Magna, não tendo o Brasil adotado o sistema do contencioso administrativo, e não possuindo as decisões desse tribunal administrativo caráter de definitividade e imutabilidade.

Independente do pronunciamento do Tribunal de Contas acerca do ato enzejador da improbidade administrativa o início da demanda no Poder Judiciário, visto que esse deve julgar com base nas evidencias constantes dos autos. No entanto, sendo o pronunciamento da corte administrativa no sentido de julgar

irregulares as contas do administrador, em geral, constitui a prova ou o início do ato de improbidade, não obstante os legitimados ativos não estejam obrigados a iniciar uma demanda.

A jurisprudência não diverge dessa orientação, sob o fundamento de que o Tribunal de Contas é órgão auxiliar do Poder Legislativo, se restringindo a apreciação técnico-contábil, próprio do controle externo de fiscalização financeira e orçamentária, não excluindo o julgamento político e o jurisdicional.

Ressalta-se, no entanto, que a Lei 8.443/92 disciplina a atividade do Tribunal de Contas da União, prevê a possibilidade de aplicação de multa em algumas situações que coincidem com os tipos previstos na lei de improbidade. Neste ponto, seria necessário indagar se a aplicação de ambas não restaria configurado o *bis in idem*. Entende-se positivamente, visto que, sendo o agente punido com multa, por decisão irrecorrível do Tribunal de Contas da União, não poderia suportar a multa civil da improbidade administrativa, por possuírem a mesma natureza.

A vedação do *bis in idem* configura princípio geral de direito que supõe a proibição de duplicidade de sanções administrativas e penais em que se esteja diante de identidade do sujeito, fato e fundamento. Considerando este conceito, verifica-se que a multa instituída pela Lei 8.433/92 aplicada em virtude de dano ao patrimônio público, não apresenta traço distintivo decorrente de ato de improbidade; a diferença restringe-se, exclusivamente, a que uma delas é aplicada pelo Tribunal de Contas e a outra pelo Judiciário, fato que não influi da essência das sanções.

As regras de sanção previstas na Lei de Improbidade não excluem a repressão do mesmo ato com sanções de natureza administrativa, civil, eleitoral e penal, podendo, inclusive, serem aplicadas cumulativamente, sem, no entanto, ocorrer o *bis in idem*, em face da diversidade da natureza jurídica e a independência de instâncias da improbidade administrativa.

6. CONCLUSÃO

Com o advento da lei de improbidade administrativa verifica-se um significativo impacto no comportamento e atitudes dos cidadãos, de fácil constatação quando se examina comparativamente o comportamento social antes e depois do surgimento do complexo normativo disciplinador dos atos dos agentes públicos, em vista da repressão da improbidade administrativa.

Durante os capítulos deste trabalho fez-se uma exposição paulatina dos antecedentes históricos; dos conceitos de improbidade administrativa com as

suas distinções, com legalidade e a moralidade; aspectos da Lei 8.429/92 relacionados aos destinatários da lei, o foro privilegiado e as sanções.

Demonstrou-se que o problema em reprimir a improbidade administrativa encontra-se inicialmente em defini-la, a ponto de não deixar lacunas por onde poderão ficar impunes os gestores que lesam o interesse público.

Com a redemocratização do Brasil, a promulgação da Constituição Cidadã em 1988 e o advento da Lei 8.429/92, o ordenamento jurídico foi agraciado com uma série de mecanismos capazes de inibir e punir severamente os administradores que não observarem a probidade administrativa.

Verificou um grande alargamento no conceito de destinatário, nos termos do art. 1.º da Lei de Improbidade, quando enumerou os órgãos ou entidades que podem ser vítimas de atos ímprobos, praticados por agentes públicos, em um conceito lato.

A Lei 8.429/92 disciplina, também, severamente, o mau administrador com sanções que variam da multa à perda do cargo público, em uma tentativa vitoriosa de inibir a prática de improbidade, visto que a repressão, nesta ceara, é muito mais danosa socialmente do que a prevenção.

A sociedade, nos mais de dez anos de existência da Lei de Improbidade, tem-se conscientizado da extrema necessidade de expurgar dos quadros públicos os administradores ímprobos não os reconduzindo aos cargos eletivos outrora ocupados.

Não restam dúvidas que existem várias falhas na sistemática da repressão ao mau administrador, e um terreno fértil para acrescentar formas de aperfeiçoamento. No entanto, a Lei de Improbidade, mesmo com todos os seus vícios, que geram verdadeiras guerras de interpretação entre a jurisprudência e a doutrina, tem sido um instrumento importante e eficaz no combate à improbidade administrativa, na medida do possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira; ROSA, Maria Virgínia de Figueiredo Pereira. *Apontamento de metodologia para ciência e técnica de redação científica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal anotado e legislação complementar*. 10. ed. São Paulo: RT, 2001.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de sociologia jurídica*. São Paulo: Forense, 1997.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à lei 8429/92 e legislação complementar*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GIACOMZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa: história de um conceito*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v.230, out/dez 2002, p 291-303.
- HORTA, Raul Machado. *Improbidade e corrupção*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v.236, abr/jun 2004, p 121-128.
- MAJADAS, Márcia Fratari. *Desvio de poder no direito comparado*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v.236, abr/jun 2004, p 111-120.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Improbidade administrativa, agentes políticos e foro privilegiado*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v.232, Abr/jun 2003, p 231/254.
- _____. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v.235, jan/mar 2004, p 89/100.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa: observações sobre a lei 8429/92*. Porto Alegre: Síntese editora, 1998.
- PASSAGLINI FILHO, Marino. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1998.
- _____. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.
- REGIS PRADO, Luiz. *Código penal anotado e legislação complementar*. São Paulo: RT, 1997.
- RIBEIRO JÚNIOR, Uberegue. *Moral e moralidade administrativa: aspectos ontológicos*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v.228, abr/jun 2002, p 209-242.

- SANTOS. Juarez Cirino dos. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- TOLOSA FILHO. Benedicto. *Comentários à lei de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. *Eficácia social da atuação do ministério público no combate à improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, v.227, jan/mar 2002, p 253-263.