

Maria Sylvia Zanella
Di Pietro

DIREITO
ADMINISTRATIVO

29.^a revista,
atualizada
edição e ampliada



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2016 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Esta obra passou a ser publicada pela Editora Forense a partir da 29.^a edição.

- Capa: Danilo Oliveira

- Fechamento desta edição: 15.02.2016

- CIP – Brasil. Catalogação na fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C35m

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella

Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 29.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.
1088 p.; 24cm

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-309-6876-2

1. Direito administrativo - Brasil. I. Título.

15-28985.

CDU: 342.9

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

18.1 LEGALIDADE, MORALIDADE E PROBIDADE

Não é fácil estabelecer distinção entre *moralidade administrativa* e *probidade administrativa*. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de **honestidade** na Administração Pública. Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

A **improbidade administrativa**, como ato ilícito, vem sendo prevista no direito positivo brasileiro desde longa data, para os agentes políticos, enquadrando-se como crime de responsabilidade. Para os servidores públicos em geral, a legislação não falava em improbidade, mas já denotava preocupação com o combate à corrupção, ao falar em **enriquecimento ilícito no exercício do cargo ou função**, que sujeitava o agente ao sequestro e perda de bens em favor da Fazenda Pública. O mesmo não ocorreu com a lesão à moralidade. A inclusão do princípio da moralidade administrativa entre os princípios constitucionais impostos à Administração é bem mais recente, porque ocorreu apenas com a Constituição de 1988. Vale dizer que, nessa Constituição, quando se quis mencionar o **princípio**, falou-se em moralidade (art. 37, *caput*) e, no mesmo dispositivo, quando se quis mencionar a lesão à moralidade administrativa, falou-se em **improbidade** (art. 37, § 4º); do mesmo modo a lesão à probidade administrativa aparece como ato ilícito no artigo 85, V, entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República, e como causa de perda ou suspensão dos direitos políticos no artigo 15, V.

Enquanto a lesão à probidade administrativa era definida no direito positivo, para os crimes de responsabilidade, com a característica da **tipicidade**, própria do

Direito Penal, implicando definição precisa dos elementos constitutivos da infração, a moralidade administrativa aparece como **princípio**, ou seja, como proposição que se encontra na base do ordenamento jurídico, de conteúdo indefinido. Corresponde a um **conceito jurídico indeterminado**, tal como referido no item 7.8.3 deste livro. Trata-se de **conceito de valor**, sem conteúdo preciso que possa ser definido pelo direito positivo. Daí a grande resistência do Poder Judiciário e mesmo de alguns doutrinadores em aceitarem a possibilidade de invalidação de um ato administrativo por lesão apenas à moralidade administrativa. A maioria fala em imoralidade como uma espécie de agravante da ilegalidade e não como vício autônomo do ato administrativo.

A inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público. Até então, a improbidade administrativa constituía infração prevista e definida apenas para os agentes políticos. Para os demais, punia-se apenas o enriquecimento ilícito no exercício do cargo. Com a inserção do princípio da moralidade na Constituição, a exigência de moralidade estendeu-se a toda a Administração Pública, e a improbidade ganhou abrangência maior, porque passou a ser prevista e sancionada com rigor para todas as categorias de servidores públicos e a abranger infrações outras que não apenas o enriquecimento ilícito.

Além disso, a inserção do princípio da moralidade na Constituição é coerente com a evolução do princípio da legalidade ocorrida no sistema jurídico de outros países, evolução essa que levou à instituição do Estado Democrático de Direito, consagrado no preâmbulo da Constituição e em seu artigo 1º. Isso significou repulsa ao positivismo jurídico e a ampliação do princípio da legalidade, que passou a abranger valores outros, como os da razoabilidade, boa-fé, moralidade, economicidade e tantos outros hoje consagrados na doutrina, na jurisprudência e mesmo em regras expressas na Constituição e em normas infraconstitucionais. O objetivo foi o de reconquistar o conteúdo axiológico do direito, perdido em grande parte com o positivismo jurídico.

Hoje, é possível falar em **legalidade restrita**, significando exigência de lei, em sentido formal, para a prática de determinados atos, em especial os que restringem direitos do cidadão, tal como decorre do artigo 5º, II, da Constituição. Também é desse sentido restrito que se fala quando se exige lei para a criação de cargos, empregos e funções (art. 61, § 1º, II, *a*), para a fixação e alteração de vencimentos e subsídios para os servidores públicos (art. 37, X), para a criação ou aumento de tributos (art. 150, I) e tantos outros previstos na Constituição.

Todavia, também é possível falar em **legalidade em sentido amplo**, para abranger não só a obediência à lei, mas também a observância dos princípios e valores que estão na base do ordenamento jurídico.

Quando a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, pioneira nessa tendência ampliadora do princípio da legalidade, exige **obediência à**

lei e ao direito (art. 20, § 3º), está consagrando o princípio da legalidade no duplo sentido assinalado (cf. Di Pietro, 2001b:41). Ao falar em obediência à *lei*, está exigindo conformidade com a lei formal; ao falar em obediência ao **direito**, está exigindo conformidade não só com a lei formal, mas também com a moral, a ética, o interesse público, enfim, com todos os princípios e valores que decorrem implícita ou explicitamente da Constituição.

Nesse sentido amplo, a legalidade (ou o Direito) absorveu todos os demais princípios, inclusive o da moralidade. No sentido restrito, a legalidade exige obediência à lei, enquanto a moralidade exige basicamente honestidade, observância das regras de boa administração, atendimento ao interesse público, boa-fé, lealdade.

Comparando moralidade e probidade, pode-se afirmar que, como **princípios**, significam praticamente a mesma coisa, embora algumas leis façam referência às duas separadamente, do mesmo modo que há referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como princípios diversos, quando este último é apenas um aspecto do primeiro.

No entanto, quando se fala em improbidade como **ato ilícito**, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões *improbidade* e *imoralidade*, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais. Na lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 2-6-92), a lesão à moralidade administrativa é apenas uma das inúmeras hipóteses de atos de improbidade previstos em lei.

Note-se que essa lei definiu os atos de improbidade em três dispositivos: no artigo 9º, cuida dos atos de improbidade administrativa que importam **enriquecimento ilícito**; no artigo 10, trata dos atos de improbidade administrativa que **causam prejuízo ao erário**; e no artigo 11, indica os atos de improbidade administrativa que **atentam contra os princípios da Administração Pública**. Entre esses últimos, alguns são definidos especificamente em sete incisos; mas o *caput* deixa as portas abertas para a inserção de qualquer ato que atente contra “os princípios da administração pública ou qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”. Vale dizer que a lesão ao princípio da moralidade ou a qualquer outro princípio imposto à Administração Pública constitui uma das modalidades de ato de improbidade. Para ser ato de improbidade, não é necessária a demonstração de ilegalidade do ato; basta demonstrar a lesão à moralidade administrativa.

Concluindo: a legalidade estrita não se confunde com a moralidade e a honestidade, porque diz respeito ao cumprimento da lei; a legalidade em sentido amplo (o Direito) abrange a moralidade, a probidade e todos os demais princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico; como princípios, os da moralidade e probidade se confundem; como infração, a improbidade é mais ampla do que a imoralidade, porque a lesão ao princípio da moralidade constitui uma das hipóteses de atos de improbidade definidos em lei.

18.2 EVOLUÇÃO NO DIREITO POSITIVO

A Constituição de 1988 inovou ao introduzir o ato de improbidade no capítulo da Administração Pública.

Antes disso, no entanto, já havia no direito positivo brasileiro, desde longa data, legislação prevendo sanções para os atos que importassem prejuízo para a Fazenda Pública e locupletamento ilícito para o indiciado.

O Decreto-lei nº 3.240, de 8-5-41, sujeita a sequestro os bens de pessoas indicadas por crimes de que resultem prejuízo para a Fazenda Pública. O sequestro pode atingir bens em poder de terceiros desde que estes os tenham adquirido dolosamente, ou com culpa grave. No caso de o prejuízo não ser coberto por essa forma, deve ser promovida, no juízo competente, a execução da sentença condenatória, a qual recairá sobre tantos bens quantos bastem para ressarcir-lo.

Por essa lei, a perda dos bens constitui efeito da condenação criminal, não podendo manter-se em caso de extinção da ação ou de absolvição.

Posteriormente, a Constituição de 1946 veio determinar, no artigo 141, § 31, que “a lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”.

Para dar cumprimento ao dispositivo constitucional, foi promulgada a Lei nº 3.164, de 1º-6-57 (conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha), que sujeitava também a sequestro e a perda, em favor da Fazenda Pública, dos bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquele incorrido. As medidas eram decretadas no juízo cível, sendo o processo promovido por iniciativa do Ministério Público, ou de qualquer pessoa do povo.

Estava muito claro que se tratava de sanção de natureza civil, já que aplicada independentemente da responsabilidade criminal e mesmo que ocorresse a extinção da ação penal ou a absolvição do réu.

Essa lei instituiu, no artigo 3º, a obrigatoriedade de registro público dos valores e bens pertencentes ao patrimônio privado de quantos exercessem cargos ou funções públicas da União e entidades autárquicas, eletivas ou não.

Posteriormente, a Lei nº 3.502, de 21-1-58, sem revogar a anterior, veio regular o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função.

As principais inovações dessa lei foram: (a) deixou claro que o sequestro e a perda de bens são aplicáveis ao servidor público e ao dirigente ou empregado de autarquia; (b) considerou como servidor público todas as pessoas que exercessem, na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos Municípios, quaisquer cargos, funções ou empregos, civis ou militares, nos órgãos dos três Poderes do Estado; (c) equiparou a dirigente de autarquia o dirigente ou empregado de sociedade de eco-

nomia mista, de fundação instituída pelo Poder Público, de empresa incorporada ao patrimônio público, ou de entidade que receba e aplique contribuições parafiscais; (d) definiu, nos artigos 2º, 3º e 4º, os casos de enriquecimento ilícito para os fins da lei; (e) deu legitimidade ativa para pleitear o sequestro e a perda de bens, a União, Estados, Municípios, Distrito Federal, entidades que recebem e aplicam contribuições parafiscais, sociedades de economia mista, fundações e autarquias; (f) em caso de essas entidades não promoverem a ação, qualquer cidadão poderia fazê-lo, hipótese em que a pessoa jurídica interessada devia ser citada para integrar o contraditório na qualidade de litisconsorte da parte autora; (g) deixou claro que o sequestro é medida acautelatória que deveria ser seguida da ação principal, cujo objeto era a perda dos bens sequestrados em favor da pessoa jurídica autora ou litisconsorte, além do ressarcimento integral de perdas e danos sofridos pela entidade.

Manteve-se, nessa lei, a natureza civil da sanção, aplicável independentemente da responsabilidade criminal.

Na Constituição de 1967, o artigo 150, § 11, que passou a ser 153, § 11, com a Emenda Constitucional nº 1/69, estabeleceu, na parte final, que “a lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública”.

Na vigência dessa Constituição, o Ato Institucional nº 5, de 13-1-68, previu, no artigo 8º, que o Presidente da República podia, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tivessem enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. Esse confisco foi disciplinado pelo Ato Complementar nº 42/69 e pelo Decreto-lei nº 359, de 17-12-68, e convivia com as medidas de sequestro e perdimento de bens previstas nas Leis nºs 3.164/57 e 3.502/58. Estas eram medidas que só podiam ser decretadas judicialmente, enquanto o confisco era medida administrativa decretada pelo Presidente da República.

Esse confisco, que implicava a perda de bens sem o devido processo legal e sem possibilidade de apreciação judicial (conforme artigo 11 do referido Ato Institucional), contrariava norma expressa do artigo 150, § 11, que proibia o confisco e deixou de existir com a Emenda Constitucional nº 11, de 13-10-78, que, no artigo 3º, revogou “os atos institucionais e complementares, no que contrariarem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial”. Além disso, alterou a redação do artigo 153, § 11, ao prever lei que dispusesse sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.

No entanto, nenhuma outra lei foi promulgada sobre a matéria, continuando a aplicar-se as anteriores Leis nºs 3.164/57 e 3.502/58, recepcionadas pela norma constitucional.

Com a Constituição de 1988, foi previsto o princípio da moralidade no artigo 37, *caput*, entre os princípios a que se sujeita a Administração Pública direta e

indireta de todos os níveis de Governo e, no artigo 5º, inciso LXXIII, foi inserida, como fundamento para propositura da ação popular, a lesão à moralidade administrativa. Além disso, no § 4º, do mesmo artigo 37, ficou estabelecido que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Por sua vez, o artigo 15, ao indicar os casos em que é possível a perda ou suspensão dos direitos políticos, expressamente inclui, no inciso V, a “improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”.

Para regulamentar o artigo 37, § 4º, foi promulgada a Lei nº 8.429, de 2-6-92, que “dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”. Melhor seria que do preâmbulo constasse referência à improbidade administrativa ou ao dispositivo constitucional, já que nem todos os atos de improbidade implicam enriquecimento ilícito. Na prática, a lei ficou conhecida como “lei da improbidade administrativa”.

Enquanto não promulgada essa lei, continuaram a vigorar as Leis nºs 3.164/57 e 3.502/58, as quais foram expressamente revogadas pelo artigo 25 da lei de improbidade administrativa.

Note-se que os atos de improbidade definidos na Lei nº 8.429/92 são de amplitude muito maior do que as hipóteses de enriquecimento ilícito previstas nas Constituições anteriores e disciplinadas pelas referidas leis. Na Lei nº 8.429/92, o enriquecimento ilícito constitui apenas uma das hipóteses de atos de improbidade (art. 9º), ao lado dos atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e dos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Assim, embora a Constituição tenha sido promulgada em 5-10-88, já prevendo as sanções para os atos de improbidade, o artigo 37, § 4º, não era autoaplicável, não podendo a Lei nº 8.429/92 ser aplicada com efeito retroativo. Até a entrada em vigor dessa lei, apenas eram puníveis os atos que implicassem enriquecimento ilícito, sendo cabíveis, em sede judicial, apenas o sequestro e a perda de bens (na esfera cível) e as sanções penais cabíveis (na esfera criminal). Na esfera administrativa, as penalidades aplicáveis eram as previstas no estatuto dos servidores de cada nível de governo. As penas previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição, repita-se, só podem ser aplicadas por atos de improbidade praticados após a entrada em vigor da Lei nº 8.429/92.

Veja-se, por essa evolução do direito positivo, que a expressão *ato de improbidade administrativa*, aplicável às infrações praticadas por servidores públicos em geral, só foi introduzida pela Constituição de 1988, não sendo utilizada nas Constituições anteriores a não ser para designar as infrações de natureza política. E seu significado só foi definido pela Lei nº 8.429/92, de forma mais ampla do que a anterior fórmula do **enriquecimento ilícito**.

No entanto, a **lesão à probidade administrativa** sempre foi prevista como crime de responsabilidade do Presidente da República, desde a primeira Constituição da República de 1891 (art. 54, item 6º), sendo mantida nas Constituições de 1934 (art. 57, f), 1937 (art. 85, d), 1946 (art. 89, V), 1967 (art. 84, V, que passou a 82, V, com a Emenda Constitucional nº 1/69) e 1988 (art. 85, V).

A matéria está disciplinada pela Lei nº 1.079, de 10-4-50, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Atinge o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, os Governadores e Secretários dos Estados. No artigo 9º, define os crimes contra a probidade na Administração. A penalidade cabível é a perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal.

Cabe ressaltar que o mesmo ato definido por essa lei como crime de responsabilidade pode enquadrar-se como ato de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429/92, hipótese em que a aplicação das sanções previstas nesta última não impede a aplicação da Lei nº 1.079/50, já que o artigo 37, § 4º da Constituição, ao indicar as sanções cabíveis por improbidade, deixa claro que isso ocorre “sem prejuízo da ação penal cabível”. Apenas com relação a alguns agentes políticos, a aplicação da lei de improbidade tem que se limitar às sanções de caráter indenizatório, já que a perda do mandato está disciplinada por dispositivos próprios, adiante analisados.

Com relação aos Prefeitos Municipais, os crimes de responsabilidade estão disciplinados pelo Decreto-lei nº 201, de 27-2-67, sendo cabível a pena de reclusão ou detenção, conforme o caso (art. 1º, § 1º). Além disso, a condenação acarreta a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular (art. 1º, § 2º). Do mesmo modo que nos crimes de responsabilidade definidos pela Lei nº 1.079/50, a instauração de processo criminal não impede a ação civil para apuração da improbidade administrativa.

Por último, cabe assinalar, neste item pertinente ao direito positivo, que ainda existe na Constituição de 1988 uma outra referência à probidade e à moralidade administrativa no artigo 14, § 9º, em cujos termos “lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a **probidade administrativa**, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na Administração direta ou indireta”.

Nesse caso, porém, o dispositivo tem nítido caráter preventivo, já que, tratando de casos de inelegibilidade, a serem definidos em lei complementar, seu objetivo não é o de punir atos de improbidade já praticados, mas o de impedir que eles sejam praticados em período eleitoral, prejudicando a normalidade e legitimidade das eleições.

18.3 LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

18.3.1 COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE IMPROBIDADE

ADMINISTRATIVA EM FUNÇÃO DA NATUREZA DO ILÍCITO E DA SANÇÃO CABÍVEL

O artigo 37, § 4º, da Constituição prevê lei que estabeleça a forma e gradação das medidas previstas no dispositivo. Não exige lei federal, o que obriga o intérprete a procurar solução nas normas constitucionais que fazem a distribuição de competências entre as três esferas de governo, para concluir se se trata de competência privativa da União ou de competência concorrente.

A primeira observação a fazer é no sentido de que um ato de improbidade administrativa pode corresponder a um **ilícito penal**, se puder ser enquadrado em crime definido no Código Penal ou em sua legislação complementar. É o que decorre da própria redação do dispositivo constitucional, quando, depois de indicar as medidas sancionatórias cabíveis, acrescenta que a lei estabelecerá sua forma e gradação “**sem prejuízo da ação penal cabível**”. Por outras palavras, pode ocorrer que algum dos ilícitos definidos em lei como ato de improbidade corresponda a um crime definido em lei, por exemplo, a um dos crimes contra a Administração Pública previstos no capítulo pertinente do Código Penal ou a um dos crimes de responsabilidade definidos na legislação específica sobre a matéria, já referida no item anterior.

Isso permite concluir que: (a) o **ato de improbidade**, em si, não constitui crime, mas pode corresponder **também** a um crime definido em lei: (b) as sanções indicadas no artigo 37, § 4º, da Constituição não têm a natureza de sanções penais, porque, se tivessem, não se justificaria a ressalva contida na parte final do dispositivo, quando admite a aplicação das medidas sancionatórias nele indicadas “**sem prejuízo da ação penal cabível**”; (c) se o ato de improbidade corresponder também a um crime, a apuração da improbidade pela ação cabível será concomitante com o processo criminal.

Além disso, o ato de improbidade administrativa, quando praticado por servidor público, corresponde também a um ilícito administrativo já previsto na legislação estatutária de cada ente da federação, o que obriga a autoridade administrativa competente a instaurar o procedimento adequado para apuração de responsabilidade. No entanto, as penalidades cabíveis na esfera administrativa são apenas as previstas nos Estatutos dos Servidores. Não pode especificamente ser aplicada a pena de suspensão dos direitos políticos, por atingir direito fundamental, de natureza política, que escapa à competência puramente administrativa. Não se pode enquadrar a improbidade administrativa como ilícito puramente administrativo, ainda que possa ter também essa natureza, quando praticado por servidor público.

A natureza das medidas previstas no dispositivo constitucional está a indicar que a improbidade administrativa, embora possa ter consequências na esfera criminal, com a concomitante instauração de processo criminal (se for o caso) e na esfera

administrativa (com a perda da função pública e a instauração de processo administrativo concomitante) caracteriza um ilícito de natureza civil e política, porque pode implicar a **suspensão dos direitos políticos**, a **indisponibilidade dos bens** e o **ressarcimento dos danos causados ao erário**.

Note-se que os direitos políticos, que dizem respeito fundamentalmente aos direitos de votar e ser votado, estão assegurados no título II da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais e só podem ser suspensos ou perdidos nos casos expressos no artigo 15, entre os quais está prevista a “**improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º**”. Seria inconcebível que cada Estado ou cada Município pudesse legislar a respeito ou aplicar sanção dessa natureza, mediante processo administrativo. Trata-se de matéria de direito eleitoral (já que afeta fundamentalmente os direitos de votar e ser votado), de competência privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição.

A **indisponibilidade dos bens**, também prevista no dispositivo constitucional, afeta atributo inerente ao próprio direito de propriedade (a livre disposição do bem), matéria também de competência privativa da União, conforme previsto no mesmo artigo 22, I, da Constituição. Do mesmo modo, o ressarcimento ao erário constitui sanção de natureza civil, também de competência privativa da União por força do mesmo dispositivo constitucional e, aliás, já disciplinada no Código Civil.

O fato de estar prevista a **perda da função pública** entre as sanções cabíveis em caso de improbidade administrativa não é suficiente para concluir que se trata de sanção administrativa para punir um ilícito puramente administrativo, apurável em processo administrativo. Se essa conclusão fosse válida, não haveria dúvida de que se estaria frente a matéria de competência de cada ente da federação. Isso, porém, não ocorre, da mesma forma que não se pode afirmar que a perda do cargo prevista no art. 92, I, do Código Penal, seja sanção de natureza administrativa. A perda da função pública, no caso, pela gravidade do ato de improbidade, é inerente à própria suspensão dos direitos políticos. Se uma pessoa tem os direitos políticos suspensos por determinado período, ela deve perder concomitantemente o direito de exercer uma função de natureza pública.

Reforça a ideia de natureza civil e política das medidas sancionatórias o fato de poderem ser aplicadas a particulares, que não se enquadram no conceito de servidores ou de agentes públicos e sobre os quais a Administração Pública não poderia exercer poder disciplinar.

Portanto, tratando-se de sanções de natureza civil e política, sua aplicação escapa à alçada da Administração Pública, o que não impede seja instaurado concomitantemente o processo administrativo para apurar a responsabilidade de servidores envolvidos nos atos de improbidade e aplicar as penalidades previstas no respectivo Estatuto dos Servidores. Por isso mesmo, andou bem o legislador quando previu como procedimento adequado para aplicar as sanções previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição, o processual civil, cuja competência legislativa é privativa da União (art. 22, I, da Constituição).

À vista disso, tem-se que entender que a Lei nº 8.429/92 é de âmbito nacional e, portanto, obrigatória para todas as esferas de governo, quando define os sujeitos ativos (arts. 1º a 3º), os atos de improbidade (arts. 9º, 10 e 11), as penas cabíveis (art. 12), quando estabelece norma sobre o direito de representação (art. 14), quando prevê ilícito penal (art. 19) e quando estabelece normas sobre prescrição para propositura de ação judicial (art. 23).

No entanto, alguns de seus dispositivos tratam de matéria estritamente administrativa, a respeito da qual cada ente da federação tem competência privativa para legislar. Esses dispositivos somente se aplicam na esfera federal, não se incluindo entre as matérias de competência concorrente previstas no artigo 24 da Constituição. É o caso do artigo 13, que impõe a declaração de bens como requisito para a posse e o exercício de agente público, prevendo a pena de demissão a bem do serviço público em caso de recusa (dispositivo regulamentado pelo Decreto nº 5.438, de 30-6-05); é o caso também das normas sobre processo administrativo constantes do artigo 14, § 3º, e da norma do artigo 20, parágrafo único, que prevê 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”.

18.3.2 CONCOMITÂNCIA DE INSTÂNCIAS PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA

Consoante já assinalado, os atos de improbidade estão definidos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, com alterações introduzidas pela Lei nº 13.019, de 31-7-14. Muitos deles podem corresponder a crimes definidos na legislação penal e a infrações administrativas definidas nos Estatutos dos Servidores Públicos. Nesse caso, nada impede a instauração de processos nas três instâncias, administrativa, civil e criminal. A primeira vai apurar o ilícito administrativo segundo as normas estabelecidas no Estatuto funcional; a segunda vai apurar a improbidade administrativa e aplicar as sanções previstas na Lei nº 8.429/92; e a terceira vai apurar o ilícito penal segundo as normas do Código de Processo Penal.

Mesmo que a autoridade administrativa represente ao Ministério Público, na forma dos artigos 7º (para pedir a indisponibilidade dos bens), e 16 (para solicitar o sequestro de bens), não pode deixar de ser instaurado e ter tramitação normal o processo administrativo, pois ele insere-se como manifestação do poder disciplinar da Administração Pública, com a natureza de poder-dever e, portanto, irrenunciável.

Em caso de concomitância de processos nas três esferas (civil, administrativa e penal), aplica-se o que foi dito no item 13.8.4, permitente à comunicabilidade de instâncias.

18.3.3 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O ato de improbidade administrativa, para acarretar a aplicação das medidas sancionatórias previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição, exige a presença de determinados elementos:

- a) **sujeito passivo:** uma das entidades mencionadas no artigo 1º da Lei nº 8.429;
- b) **sujeito ativo:** o agente público ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (arts. 1º e 3º);
- c) ocorrência do **ato danoso** descrito na lei, causador de enriquecimento ilícito para o sujeito ativo, **prejuízo para o erário** ou **atentado contra os princípios da Administração Pública**; o enquadramento do ato pode dar-se isoladamente, em uma das três hipóteses, ou, cumulativamente, em duas ou nas três;
- d) elemento subjetivo: **dolo ou culpa**.

18.3.3.1 SUJEITO PASSIVO

O artigo 1º da lei indica as entidades que podem ser atingidas por atos de improbidade administrativa, abrangendo “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”.

O parágrafo único do mesmo dispositivo completa a norma, estabelecendo que “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”.

Na realidade, as entidades protegidas pela lei são praticamente as mesmas protegidas pela Lei nº 4.717, de 29-6-65, que disciplina a ação popular, conforme definição de seu artigo 1º. Só que, nessa lei, o objeto é a anulação do ato lesivo e o ressarcimento dos danos causados ao erário; e, na lei de improbidade o objeto é, de um lado, a aplicação de medidas sancionatórias e, de outro, o ressarcimento do erário.

Pelo dispositivo legal, verifica-se que o sujeito passivo abrange todas as pessoas jurídicas públicas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); os órgãos dos três Poderes do Estado; a administração direta e a indireta (esta última compreendendo as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista); as empresas que, mesmo não integrando a administração indireta e não tendo a qualidade de sociedade de economia mista ou empresa pública, pertencem ao Poder Público, porque a ele foram incorporadas; e também as empresas para cuja criação o erário público concorreu com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual. É evidente que, neste último caso, trata-se de empresas que estão sob controle direto ou indireto do Poder Público, pois, de outro modo, não teria sentido o Estado contribuir com parcela tão significativa para a formação do patrimônio da entidade e deixar seu controle em mãos do particular, em um ato de liberalidade inadmissível quando se trata de dinheiro público. Neste último caso, a natureza jurídica da entidade não é tão relevante para fins de proteção da lei como o fato de ela administrar parcela de patrimônio público.

A redação da norma legal não foi muito feliz; para acompanhar a redação da lei de ação popular, deixou de lado a fórmula hoje utilizada na Constituição e em leis infraconstitucionais, de “empresas sob controle direto ou indireto do poder público”. É evidente que se a empresa privada foi incorporada pelo Estado ou se este contribuiu com mais de 50% para a formação de seu patrimônio, a mesma está sob controle estatal, ainda que não se enquadre como sociedade de economia mista ou empresa pública.

Pela norma do parágrafo único, são ainda incluídas outras entidades que não compõem a Administração Pública, direta ou indireta, nem podem ser enquadradas como entidades públicas de qualquer natureza. São entidades privadas em relação às quais o Estado exerce a função de fomento, por meio de incentivos, subvenções, incentivos fiscais ou creditícios, ou mesmo contribuição para a criação ou custeio. Podem ser incluídas nessa modalidade as entidades do tipo dos serviços sociais autônomos (Sesi, Senai, Sesc e outras semelhantes), as chamadas organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público e qualquer outro tipo de entidade criada ou mantida com recursos públicos. Nesse caso, o dispositivo é claro ao limitar a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. O que ultrapassar o montante da contribuição dos cofres públicos, a entidade terá que pleitear por outra via que não a ação de que trata a lei de improbidade administrativa.

18.3.3.2 SUJEITO ATIVO

A lei de improbidade administrativa considera como sujeitos ativos o **agente público** (art. 1º) e o **terceiro** 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. 3º).

O legislador teve o cuidado de definir o agente público, para os fins da lei, no art. 2º, como sendo “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”.

Como se verifica por esse dispositivo, não é preciso ser servidor público, com vínculo empregatício, para enquadrar-se como sujeito ativo da improbidade administrativa. Qualquer pessoa que preste serviço ao Estado é agente público, tal como o definimos no item 13.2, incluindo as três modalidades ali referidas: (a) (os **agentes políticos** (parlamentares de todos os níveis, Chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal, Ministros e Secretários dos Estados e dos Municípios); (b) os **servidores públicos** (pessoas com vínculo empregatício, estatutário ou contratual, com o Estado); (c) os **militares** (que também têm vínculo estatutário, embora referidos na Constituição fora da seção referente aos servidores públicos); e (d) os **particulares em colaboração com o Poder Público** (que atuam sem vínculo de emprego, mediante delegação, requisição ou espontaneamente).

Quanto aos servidores públicos, todas as categorias estão incluídas, independentemente de ocuparem cargos efetivos, em comissão ou vitalícios, funções ou empregos públicos, seja o regime estatutário ou contratual, seja a função permanente ou transitória, seja qual for a forma de provimento.

Os membros da Magistratura, do Ministério Público e do Tribunal de Contas incluem-se também como sujeitos ativos, sejam eles considerados servidores públicos, como querem alguns, ou agentes políticos, como preferem outros. De uma forma ou de outra, podem ser sujeitos ativos de atos de improbidade, consoante conceito amplo que decorre do artigo 2º da lei. O fato de gozarem de vitaliciedade não impede a aplicação das sanções previstas na lei, inclusive a de perda do cargo, já que uma das hipóteses de perda do cargo, para os servidores vitalícios, é a que decorre de sentença transitada em julgado (arts. 95, I, e 128, § 5º, II, *d*, da Constituição). E as sanções por improbidade administrativa, com fundamento no artigo 37, § 4º, da Constituição, só podem ser impostas por sentença judicial.

Quanto aos agentes políticos, cabem algumas ressalvas, por gozarem, algumas categorias, de prerrogativas especiais que protegem o exercício do mandato.

É o caso, em primeiro lugar, dos Parlamentares que têm asseguradas a **inviolabilidade** por suas opiniões, palavras e votos e a **imunidade parlamentar**.

A inviolabilidade está assegurada no artigo 53 da Constituição, segundo o qual “os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por suas opiniões, palavras e votos”. A mesma garantia é assegurada aos Deputados estaduais, pelo artigo 27, § 1º, e, aos Vereadores, pelo artigo 29, VIII, este último limitando a inviolabilidade à circunscrição do Município.

A inviolabilidade, também chamada de imunidade material, impede a responsabilização civil, criminal, administrativa ou política do parlamentar pelos chamados crimes de opinião, de que constituem exemplos os crimes contra a honra. Fala-se

em imunidade material, porque, embora ocorra o fato típico descrito na lei penal, a Constituição exclui a ocorrência do crime.

Assim, se algum parlamentar, de qualquer dos níveis de governo, praticar, no exercício do mandato, ato que pudesse ser considerado crime de opinião, sua responsabilidade estará afastada, nas áreas criminal, civil e administrativa, não podendo aplicar-se a lei de improbidade administrativa.

Além disso, os Senadores e Deputados Federais gozam da chamada **imunidade parlamentar**, que decorre dos §§ 2º e 3º do artigo 53, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001. A mesma prerrogativa é estendida aos Deputados estaduais pelo artigo 27, § 1º, da Constituição. Para os Vereadores essa prerrogativa não é assegurada na Constituição Federal, mas apenas em leis orgânicas municipais, o que não é suficiente para impedir a aplicação de normas constitucionais, como as que se referem à improbidade administrativa.

A imunidade parlamentar, no entanto, somente se refere à responsabilidade criminal. Como a improbidade administrativa não constitui crime, não há impedimento a que a lei seja aplicada aos parlamentares.

No entanto, não pode ser aplicada a sanção de perda da função pública, que implicaria a perda do mandato, porque essa medida é de competência da Câmara dos Deputados ou do Senado, conforme o caso, tal como previsto no artigo 55 da Constituição. Mas o artigo 15, inciso V, da Constituição inclui entre as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos a “improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”. Assim, nada impede que se imponha a pena de suspensão dos direitos políticos ao Deputado Federal ou ao Senador, em ação civil por improbidade administrativa. Nesse caso, a perda do mandato será “declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa” (conforme art. 55, § 3º, da Constituição).

A mesma conclusão aplica-se aos Deputados estaduais, por força do artigo 27, § 1º, da Constituição. Para os Vereadores não existe norma semelhante na Constituição Federal, podendo aplicar-se inclusive a pena de perda da função pública.

Questão bastante tormentosa é a que diz respeito à possibilidade de propositura de ação de improbidade, com aplicação de todas as penalidades, inclusive a de perda do cargo, para as autoridades referidas no artigo 52, I e II, da Constituição. Esse dispositivo outorga competência privativa ao Senado Federal para: “I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade” (redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8-12-04).

Pelo parágrafo único do mesmo dispositivo, “nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por 2/3 dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por 8 anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”.

Nos crimes comuns, essas autoridades são julgadas pelo STF (art. 102, I).

O artigo 52 retirou do Poder Judiciário a competência para o julgamento dos crimes de responsabilidade praticados pelas autoridades nele referidas, imprimindo natureza nitidamente política ao julgamento, que poderá resultar em perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública. A conclusão mais simples, que decorre de uma interpretação puramente literal, seria no sentido de que o dispositivo somente se refere aos crimes de responsabilidade. Como os atos de improbidade nem sempre correspondem a ilícitos penais, a competência para processar e julgar referidas autoridades por tais atos estaria inteiramente fora do alcance do artigo 52.

No entanto, partindo da ideia de que os dispositivos da Constituição têm que ser interpretados de forma harmoniosa, sistemática, de modo que não leve a conclusões contraditórias, é necessário deixar de lado a interpretação puramente literal. O legislador constituinte certamente teve por objetivo impedir que os crimes praticados por autoridades de tão alto nível, podendo levar à perda do cargo, fossem julgados por autoridade outra que não o STF (para os crimes comuns) e o Senado Federal (para os crimes de responsabilidade). Não teria sentido que essa mesma pena de perda do cargo, em caso de improbidade que não caracterize crime, pudesse resultar em perda do cargo imposta por outra autoridade de nível inferior. Seria absurdo que o crime de responsabilidade (que constitui ilícito mais grave) tenha competência privilegiada para julgamento e aplicação da pena de perda do cargo, e o ato de improbidade (que pode ser ilícito menos grave, porque nem sempre constitui crime) pudesse resultar também em perda do cargo imposta por outro órgão que não o Senado Federal.

Isso não significa que a tais autoridades não se aplique a lei de improbidade administrativa. Ela aplica-se de forma limitada, porque não pode resultar em aplicação da pena de perda do cargo. Essa conclusão resulta muito clara do parágrafo único do artigo 52, que limita a competência do Senado à aplicação da pena de perda do cargo com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, “**sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis**”. Vale dizer: sem prejuízo de sanções outras, como as que decorrem da prática de crime comum ou de ilícitos civis, como ocorre com a improbidade administrativa.

A discussão que o assunto pudesse ensejar tinha perdido grande parte de sua utilidade pelo fato de que a Lei nº 10.628, de 24-12-02, alterou a redação do artigo 84 do Decreto-lei nº 3.689, de 3-10-41 – Código de Processo Penal –, determinando que 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 devem responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade. No § 2º do mesmo dispositivo, veio determinar que “a ação de improbidade de que trata a Lei nº 8.429, de 2-6-92, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º”. Esse parágrafo estendeu o privilégio de foro para o período posterior à cessação do exercício da função pública, contrariando a orientação jurisprudencial e doutrinária no sentido de que o privilégio de foro protege o exercício do mandato e não a pessoa que o exerce.

Ocorre que, ao apreciar as ADIns nº 2.797 e nº 2.860, propostas, respectivamente pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp e Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, o Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 3, julgou procedentes as ações, em 5-10-05, declarando inconstitucionais os §§ 1º e 2º apostos ao artigo 84 do Código de Processo Penal pela Lei nº 10.628/02.

Com isto, volta-se à situação pretérita, em que os efeitos da ação de improbidade administrativa são limitados em relação aos agentes políticos que estão sujeitos a foro especial para perda de mandato, conforme artigo 52, I e II, da Constituição.

É importante lembrar que, em relação ao Presidente da República, o artigo 85, V, da Constituição, inclui entre os crimes de responsabilidade os que atentem contra a probidade na administração. E a Lei nº 1.079/50, ao definir os crimes de responsabilidade, utiliza conceitos indeterminados para definir tais crimes; para todas as categorias de agentes abrangidos pela lei, constitui crime de responsabilidade “proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo” (arts. 9º, item 7, 39, item 5, 40, item 4).

Quanto aos agentes políticos referidos no artigo 102, I, c, da Constituição (Ministros de Estado e Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, Membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União e Chefes de missão diplomática), o Supremo Tribunal Federal, depois de fazer distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa previstos na Constituição, quais sejam, o do artigo 37, § 4º, regulado pela Lei nº 8.429/92, e o regime de crime de responsabilidade fixado no artigo 102, I, c, disciplinado pela Lei nº 1.079/50, decidiu que tais agentes, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei nº 8.429, mas apenas por crime de responsabilidade em ação que somente pode ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal (Reclamação 2138/DF, rel. orig. Min. Nelson Jobim, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 13-6-07, *Boletim* nº 471, de 20-6-07, do STF).

Essa não é a melhor interpretação dos dispositivos constitucionais, até porque contrária ao próprio artigo 37, § 4º, da Constituição que, ao indicar as sanções cabíveis por ato de improbidade administrativa, deixa expresso que as mesmas serão previstas em lei, “sem prejuízo da ação penal cabível”. A improbidade administrativa

e o crime de responsabilidade são apurados em instâncias diversas e atendem a objetivos também diversos. Todos os agentes públicos que praticam infrações estão sujeitos a responder nas esferas penal, civil, administrativa e político-administrativa. Nenhuma razão existe para que os agentes políticos escapem à regra, até porque, pela posição que ocupam, têm maior compromisso com a probidade administrativa, sendo razoável que respondam com maior severidade pelas infrações praticadas no exercício de seus cargos. Por isso, são incontestáveis os argumentos expostos no voto do Ministro Joaquim Barbosa, que acompanhou o voto vencido do Ministro Carlos Velloso. Ele ressaltou a existência, no Brasil, de disciplinas normativas diversas em matéria de improbidade, as quais, embora visando à preservação da moralidade na Administração Pública, possuiriam objetivos constitucionais diversos: a específica da Lei nº 8.429/92, que disciplina o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, de tipificação cerrada e de incidência sobre um amplo rol de possíveis acusados, incluindo até mesmo pessoas que não tenham vínculo funcional com a Administração Pública; e a referente à exigência de probidade que a Constituição faz em relação aos agentes políticos, especialmente ao Chefe do Poder Executivo e aos Ministros de Estado (art. 85, V), a qual, no plano infraconstitucional, se completa com o artigo 9º da Lei nº 1.079/50. Segundo o Ministro, o artigo 37, § 4º, da Constituição traduz concretização do princípio da moralidade administrativa a prática de atos desonestos e antiéticos, aplicando-se aos acusados as várias e drásticas penas previstas na Lei nº 8.429/92. Já o tratamento jurídico da improbidade prevista no artigo 85, V, da Constituição e na Lei nº 1.079/50, direcionada aos fins políticos, ou seja, de apuração da responsabilização política, assumiria outra roupagem, porque o objetivo constitucional visado seria o de lançar no ostracismo político o agente político faltoso, cujas ações configurassem um risco para o Estado de Direito; a natureza política e os objetivos constitucionais pretendidos com esse instituto explicariam a razão da aplicação de apenas duas punições ao agente político: perda do cargo e inabilitação para o exercício de funções públicas por oito anos. Ainda foi ressaltada no voto a ideia de que eximir os agentes políticos da ação de improbidade administrativa, além de gerar situação de perplexidade que violaria os princípios isonômico e republicano, seria um desastre para a Administração Pública, um retrocesso institucional.

Esse entendimento acabou por predominar na Corte Suprema. Na mesma seção em que decidiu, por maioria de votos, pela inaplicabilidade da lei de improbidade aos agentes políticos referidos no artigo 102, I, c (13-6-07), o Supremo Tribunal Federal adotou entendimento diverso com relação aos parlamentares (Pet. 3923 QO/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 13-6-07, *Boletim* nº 471, de 20-6-07).

Além disso, o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática do Min. Celso de Mello, em medida cautelar inominada (AC 3.585-MC/RS), decidiu que os agentes políticos se submetem ao regime jurídico da Lei nº 8.429/92.¹ Inúmeros

¹ Julgamento em 2-6-24. *Informativo STF* nº 761, de 3-10-14.

precedentes são citados no corpo do acórdão, inclusive com o reconhecimento da competência do magistrado de primeiro grau para julgamento.²

Com relação aos **terceiros** referidos no artigo 3º da lei de improbidade administrativa, eles estão sujeitos às sanções cabíveis, desde que de alguma forma tenham concorrido para a prática do ato de improbidade, ainda que não tenham obtido qualquer vantagem em seu próprio benefício.³

18.3.3.3 OCORRÊNCIA DE ATO DANOSO

Foi dito, no item 18.3.3, que, para ocorrer o ato de improbidade disciplinado pela Lei nº 8.429/92, são necessários três elementos: o sujeito ativo, o sujeito passivo e a ocorrência de um dos atos danosos previstos na lei como ato de improbidade.

Os atos de improbidade compreendem três modalidades:

- a) os que **importam enriquecimento ilícito** (art. 9º);
- b) os que **causam prejuízo ao erário** (art. 10);
- c) os que **atentam contra os princípios da Administração Pública** (art. 11).

Embora a lei fale em **ato de improbidade**, tem-se que entender que o vocábulo **ato** não é utilizado, nesses dispositivos, no sentido de ato administrativo (por nós definido no item 7.4 deste livro). O ato de improbidade pode corresponder a um ato administrativo, a uma omissão, a uma conduta.

Esse ato tem que ser praticado no exercício de função pública, considerada a expressão em seu sentido mais amplo, de modo que abranja as três funções do Estado; mesmo quando praticado por terceiro, que não se enquadre no conceito de agente público, o ato tem que ter algum reflexo sobre uma função pública exercida por agente público. Difícil conceber ato de improbidade praticado por terceiro que não esteja em relação de cumplicidade com agente público.

Embora a lei, nos três dispositivos, tenha elencado um rol de atos de improbidade, não se trata de enumeração taxativa, mas meramente exemplificativa. Ainda que o ato não se enquadre em uma das hipóteses previstas expressamente nos vários

² Rcl 2.766-AgR/RN, Rel. Min. Celso de Mello; Pet 3.030-QO/RO, Rel. Min. Marco Aurélio; Pet 4.070-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello; Pet 4089-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello; Pet 4.314-AgR/DF, Min. Rosa Weber; Rcl 3.405-AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Rcl 3.499-AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 444.042-AgR/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia.

³ O STJ já decidiu que não é possível o ajuizamento de ação de improbidade administrativa exclusivamente em face de particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda (REsp 896.044-PA, Segunda Turma, DJe 19-4-11; REsp 1.181.300-PA, Segunda Turma, DJe 24-9-10; REsp 1.171.017-PA, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. em 25-2-14).

incisos dos três dispositivos, poderá ocorrer improbidade sancionada pela lei, desde que enquadrada no *caput* dos artigos 9º, 10 ou 11. Nos três dispositivos, aparece a descrição da infração seguida da expressão **e notadamente**, a indicar a natureza exemplificativa dos incisos que se seguem.

Pelo artigo 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 e notadamente”** as que vêm indicadas nos 12 incisos contidos no dispositivo.

Nos termos do artigo 10, com a redação dada pela Lei nº 11.107, de 6-5-05 (Lei de Consórcios Públicos), **“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”** as que vêm previstas nos 15 incisos do dispositivo (os dois últimos acrescentados pela Lei nº 11.107, de 6-4-05). Hoje são 21 incisos, em decorrência da promulgação da Lei nº 13.019, de 31-7-14, que alterou o artigo 10 da Lei nº 8.429/92, para incluir atos de improbidade administrativa praticados no âmbito de parcerias voluntárias entre o poder público e as chamadas organizações da sociedade civil.⁴

Por fim, pelo artigo 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”** as que vêm indicadas nos sete incisos do dispositivo. Esse dispositivo recebeu mais um inciso pela Lei nº 13.019/14, para a hipótese de descumprimento das normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. Por sua vez, a Lei nº 13.146, de 6-7-15 (Estatuto de Inclusão da Pessoa com Deficiência), com entrada em vigor 180 dias a contar de sua publicação (que se deu em 7-7-15), incluiu o inciso IX no artigo 11 para considerar como ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública “deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação” para as pessoas portadoras de deficiência.

Esta última hipótese, por sua abrangência, pode alcançar uma infinidade de atos de improbidade. Os princípios da Administração Pública são inúmeros, conforme analisado no item 3.3 deste livro e como se verifica pela longa enumeração contida na Lei nº 9.784, de 29-1-99, que regula o processo administrativo na esfera federal.

A rigor, qualquer violação aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, do interesse público, da eficiência, da motivação, da publicidade, da

⁴ A Lei nº 13.019/14 entrará em vigor 540 dias após a data de sua publicação, ocorrida em 1º-8-14, conforme Lei nº 13.204/15.

impessoalidade e de qualquer outro imposto à Administração Pública pode constituir ato de improbidade administrativa. No entanto, há que se perquirir a intenção do agente, para verificar se houve dolo ou culpa, pois, de outro modo, não ocorrerá o ilícito previsto na lei, como se verá no item subseqüente.

Outro dado a ressaltar é que, nos termos do artigo 21 da lei (com a redação dada pela Lei nº 2.120, de 15-12-09), a aplicação das sanções nela previstas independe: I – da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento; II – da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

No que diz respeito ao inciso II, referente ao Tribunal de Contas, a norma é de fácil compreensão. Se forem analisadas as competências do Tribunal de Contas, previstas no artigo 71 da Constituição, vai-se verificar que o julgamento das contas das autoridades públicas não esgota todas as atribuições daquele colegiado, estando previsto nos incisos I e II; a apreciação das contas obedece a critérios políticos e não significa a aprovação de cada ato isoladamente considerado; as contas podem ser aprovadas, independentemente de um ou outro ato ou contrato ser considerado ilegal. Além disso, como o Tribunal de Contas não faz parte do Poder Judiciário, as suas decisões não têm força de coisa julgada, sendo sempre passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, com fundamento no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição.

Já a hipótese prevista no inciso I do artigo 21, que dispensa a ocorrência de dano para aplicação das sanções da lei, salvo quanto à pena de ressarcimento, merece meditação mais cautelosa. Seria inconcebível punir-se uma pessoa se de seu ato não resultasse qualquer tipo de dano. Tem-se que entender que o dispositivo, ao dispensar o “dano ao patrimônio público” utilizou a expressão **patrimônio público** em seu sentido restrito de patrimônio econômico. Note-se que a lei de ação popular (Lei nº 4.717/65) define patrimônio público como “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” (art. 1º, § 1º), para deixar claro que, por meio dessa ação, é possível proteger o patrimônio público nesse sentido mais amplo. O mesmo ocorre, evidentemente, com a ação de improbidade administrativa, que protege o patrimônio público nesse mesmo sentido amplo.

Assim, o que quis dizer o legislador, com a norma do artigo 21, I, é que as sanções podem ser aplicadas mesmo que não ocorra dano ao patrimônio econômico. É exatamente o que ocorre ou pode ocorrer com os atos de improbidade previstos no artigo 11, por atentado aos princípios da Administração Pública. A autoridade pode, por exemplo, praticar ato visando a fim proibido em lei ou diverso daquele previsto na regra de competência (inciso I do art. 11); esse ato pode não resultar em qualquer prejuízo para o patrimônio público, mas ainda assim constituir ato de improbidade, porque fere o patrimônio moral da instituição, que abrange as ideias de honestidade, boa-fé, lealdade, imparcialidade. O mesmo pode ocorrer com as hipóteses do artigo 9º, em que a improbidade é caracterizada pelo enriquecimento ilícito; o fato de uma pessoa enriquecer ilicitamente no exercício de função pública pode não acarretar necessariamente dano ao patrimônio econômico-financeiro;

por exemplo, se uma pessoa receber propina para praticar um ato que realmente é de sua competência ou para dispensar a licitação quando esta era obrigatória, esses atos podem não ocasionar prejuízo ao erário e ainda assim propiciar enriquecimento ilícito. Nesse caso, também, é o patrimônio moral que está sendo lesado.

Quanto a esse aspecto, muito precisa é a lição de Marcelo Figueiredo (1997:101), quando ensina: “Entendemos que se pretendeu afirmar que a lei pune não somente o dano material à administração, como também qualquer sorte de lesão ou violação à moralidade administrativa, havendo ou não prejuízo no sentido econômico. De fato, pretende a lei, em seu conjunto, punir os agentes ímprobos, vedar comportamentos e práticas usuais de ‘corrupção’ (sentido leigo). Muitas dessas práticas revertem em benefício do agente e nem sempre causam prejuízo ‘econômico-financeiro’ à Administração. O dispositivo, ainda, ao não exigir ‘a efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público’, pode levar o intérprete a imaginar que o juiz será obrigado a aplicar as sanções da lei independentemente de dano. Não parece a melhor exegese, como vimos. Já desenvolvemos alhures a ideia de que ao Judiciário é cometida a ampla análise da conduta do agente. Assim, poderá, ao aplicar a pena, dosá-la em função do prejuízo causado ao erário. Nota-se que, ausente qualquer tipo de prejuízo, mesmo moral, seria um verdadeiro ‘nonsense’ punir-se o agente.”

Finalmente, cabe observar que o mesmo ato pode enquadrar-se em uma, duas ou nas três hipóteses de improbidade prevista na lei. Por exemplo, a omissão ou retardamento na prática de ato que deveria ser praticado de ofício, prevista no inciso II do artigo 11, pode causar prejuízo para o erário, incidindo no artigo 10, e o enriquecimento ilícito no exercício do cargo, incidindo também na regra do artigo 9º.

Não é demais repetir que os atos de improbidade descritos na lei constituem também ilícitos administrativos, passíveis de punição na esfera administrativa, e podem corresponder a crimes passíveis de punição na esfera criminal. Nessas hipóteses, ocorrerá a já assinalada concomitância de instâncias.

18.3.3.4 ELEMENTO SUBJETIVO: DOLO OU CULPA

O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo

de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins.

Dos três dispositivos que definem os atos de improbidade, somente o artigo 10 fala em ação ou omissão, **dolosa ou culposa**. E a mesma ideia de que, nos atos de improbidade causadores de prejuízo ao erário, exige-se dolo ou culpa, repete-se no artigo 5º da lei. É difícil dizer se foi intencional essa exigência de dolo ou culpa apenas com relação a esse tipo de ato de improbidade, ou se foi falha do legislador, como tantas outras presentes na lei. A probabilidade de falha é a hipótese mais provável, porque não há razão que justifique essa diversidade de tratamento.

A tendência da jurisprudência é a de somente admitir a conduta culposa na hipótese do artigo 10 da lei de improbidade, já que o dispositivo legal a prevê expressamente. Nas hipóteses dos artigos 9º e 11, exige-se comprovação de dolo.⁵

A responsabilidade objetiva, além de ser admissível somente quando prevista expressamente, destoa do sistema jurídico brasileiro, no que diz respeito à responsabilidade do agente público, a começar pela própria norma contida no artigo 37, § 6º, da Constituição, que consagra a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados a terceiros, mas preserva a responsabilidade subjetiva do agente causador do dano.

Quando muito, pode-se dizer que, em algumas hipóteses de atos de improbidade, em especial nos que causam enriquecimento ilícito, a culpa é presumida.

No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública.

18.3.4 SANÇÕES

Pelo artigo 37, § 4º, da Constituição, os atos de improbidade 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.

Note-se que o dispositivo constitucional, ao indicar as medidas cabíveis, não se refere a elas como sanções. E, na realidade, nem todas têm essa natureza. É o caso da indisponibilidade dos bens, que tem nítido caráter preventivo, já que tem por

⁵ Nesse sentido, acórdão do STJ, no AgReg no AResp 20747/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 23-11-11.

objetivo acautelar os interesses do erário durante a apuração dos fatos, evitando a dilapidação, a transferência ou ocultação dos bens, que tornariam impossível o ressarcimento do dano.

Quanto ao ressarcimento do dano, constitui uma forma de recompor o patrimônio lesado. Seria cabível, ainda que não previsto na Constituição, já que decorre do artigo 159 do Código Civil de 1916, que consagrou, no direito positivo, o princípio geral de direito segundo o qual quem quer que cause dano a outrem é obrigado a repará-lo. A norma repete-se no artigo 186 do novo Código Civil, com o acréscimo de menção expressa ao dano moral.

Por isso mesmo, só é cabível o ressarcimento se do ato de improbidade resultou prejuízo para o erário ou para o patrimônio público (entendido em sentido amplo). Onde não existe prejuízo, não se pode falar em ressarcimento, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do Poder Público. Essa conclusão decorre de norma expressa da lei, contida no artigo 5º, segundo o qual “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”.

Também são sanções de natureza civil a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública. E são penalidades de natureza civil e não criminal, conforme analisado no item 18.3.1.

Na Lei nº 8.429/92, as sanções estão previstas especificamente no artigo 12, indo além da norma constitucional, ao prever outras medidas, a saber, a **perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio** (para a hipótese de enriquecimento ilícito), a **multa civil** e a **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**.

Também os artigos 5º e 6º da lei tratam parcialmente da matéria, em normas que nada acrescentam em relação ao que já se contém no artigo 12. Com efeito, o artigo 5º estabelece 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; para aplicação dessa medida, bastaria o artigo 186 do Código Civil. E o artigo 6º estabelece que, no caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

Na realidade, teria sido melhor que o legislador tivesse se limitado a essas duas disposições, não repetindo a mesma coisa no artigo 12, já que não se trata propriamente de medida punitiva, mas de simples reposição das coisas no *status quo ante*.

Essa ampliação das medidas cabíveis não constitui infringência à norma constitucional. Essa estabeleceu algumas medidas possíveis, mas não limitou a competência do legislador para estabelecer outras.

Pelo artigo 12 da lei, verifica-se que o legislador estabeleceu uma gradação decrescente em termos de gravidade: em primeiro lugar, os atos que acarretam

enriquecimento ilícito; em segundo, os atos que causam prejuízo ao erário; e, em terceiro, os atos que atentam contra os princípios da Administração.

A gradação foi estabelecida em relação a algumas penas, da seguinte forma:

- a) a suspensão dos direitos políticos, que varia de 8 a 10 anos, no primeiro caso; de 5 a 8 anos, no segundo; e de 3 a 5 anos no terceiro caso;
- b) o valor da multa civil, que pode ser de até 3 vezes o valor do acréscimo patrimonial, em caso de enriquecimento ilícito; de até 2 vezes o valor do dano, no caso de dano ao erário; e de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, no caso de atentado aos princípios da Administração;
- c) a proibição de contratar com a Administração ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios pode ser aplicada pelo prazo de 10, 5 e 3 anos respectivamente.

É plenamente possível que o mesmo ato ou omissão se enquadre nos três tipos de improbidade administrativa previstos na lei. Não se pode conceber um ato que acarrete enriquecimento ilícito ou prejuízo para o erário e que, ao mesmo tempo, não afete os princípios da Administração, especialmente o da legalidade. Nesse caso, serão cabíveis as sanções previstas para a infração mais grave (enriquecimento ilícito). Já quando o ato de improbidade se enquadra no artigo 11 (atentado aos princípios da Administração), é possível que não cause enriquecimento ilícito nem cause prejuízo ao erário. Por exemplo, o desvio de poder, previsto na lei como “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência” (art. 11, I), pode não causar qualquer prejuízo ao erário nem causar enriquecimento ilícito; é o que ocorre se o ato for praticado por motivos pessoais de perseguição política. Nesse caso, a sanção será aplicada em sua gradação menos severa.

Outro aspecto quanto às sanções diz respeito à possibilidade de aplicação cumulativa das penas previstas no artigo 12 da lei. O ato de improbidade afeta ou pode afetar valores de natureza diversa. Com efeito, o ato de improbidade afeta, em grande parte, o patrimônio público econômico-financeiro; afeta o patrimônio público moral; afeta o interesse de toda a coletividade em que a honestidade e a moralidade prevaleçam no trato da coisa pública; afeta a disciplina interna da Administração Pública. Ora, se valores de natureza diversa são atingidos, é perfeitamente aceitável que algumas ou todas as penalidades sejam aplicadas concomitantemente. O sujeito ativo da improbidade administrativa poderá ser atingido em diferentes direitos: o de propriedade, pela perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos ao seu patrimônio e pela obrigação de reparar os prejuízos causados; o de exercer os direitos políticos, que de certa forma engloba o de exercer função pública, já que não se pode conceber que uma pessoa privada dos direitos políticos, ainda que transitoriamente, possa continuar a exercer mandato ou ocupar cargo, emprego ou

função dentro da Administração Pública. Na realidade, a principal penalidade é a suspensão dos direitos políticos; as demais praticamente constituem efeitos civis e administrativos da penalidade maior; isso para não falar na sanção penal, se for o caso, e que independe da aplicação das demais, conforme está expresso no artigo 37, § 4º, da Constituição.

Qualquer dúvida que houvesse quanto à possibilidade de aplicação cumulativa das sanções ficou dissipada com a entrada em vigor da Lei nº 12.120, de 15-12-09, que deu nova redação ao artigo 12 da lei de improbidade, tornando expressa a possibilidade de que as sanções previstas no dispositivo sejam aplicadas isolada ou cumulativamente.

Nos termos do parágrafo único do artigo 12, “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”. Trata-se de critérios para orientar o juiz na fixação da pena, cabendo assinalar que a expressão **extensão do dano causado** tem que ser entendida em sentido amplo, de modo que abranja não só o dano ao erário, ao patrimônio público em sentido econômico, mas também ao patrimônio moral do Estado e da sociedade.

18.3.5 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Dentro do capítulo intitulado “Do Procedimento Administrativo e do Processo Judicial”, a Lei nº 8.429/92 contém algumas normas sobre o direito que cabe a qualquer pessoa de representar para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade (art. 14). Trata-se de direito de natureza constitucional, que poderia ser exercido mesmo que não previsto nessa lei, já que assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXIV, *a*, da Constituição.

O § 1º exige que a representação seja feita por escrito ou reduzida a termo e assinada, devendo conter a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

Se essas exigências não forem observadas, a autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, o que não impede seja feita a representação ao Ministério Público (art. 14, § 2º).

O § 3º determina que, 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 11-12-90 (que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União) e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.

Em se tratando de matéria de processo administrativo, a competência legislativa é de cada ente da federação, razão pela qual cada um observará as respectivas leis sobre processo administrativo disciplinar.

Em sendo instaurado processo administrativo, exige o artigo 15 que a comissão permanente dê conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade. E o parágrafo único permite que o Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas designe representante para acompanhar o procedimento administrativo. Este último preceito não significa que o Ministério Público possa interferir na realização do processo administrativo a cargo da Administração Pública. Ele pode adotar as providências de sua alçada, como instaurar inquérito civil ou criminal, se verificar alguma omissão ou irregularidade, mas não pode ter qualquer participação na realização do procedimento administrativo que se insere entre as atribuições da Administração Pública.

18.3.6 AÇÃO JUDICIAL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Vem se firmando o entendimento de que a ação judicial cabível para apurar e punir os atos de improbidade tem a natureza de ação civil pública, sendo-lhe cabível, no que não contrariar disposições específicas da lei de improbidade, a Lei nº 7.347, de 24-7-85. É sob essa forma que o Ministério Público tem proposto as ações de improbidade administrativa, com aceitação pela jurisprudência (cf. Alexandre de Moraes, 2000:330-331, especialmente jurisprudência citada na nota nº 2, p. 330).

Essa conclusão encontra fundamento no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, que ampliou os objetivos da ação civil pública, em relação à redação original da Lei 7.347, que somente a previa em caso de dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. O dispositivo constitucional fala em ação civil pública “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Em consequência, o artigo 1º da Lei nº 7.347/85 foi acrescido de um inciso, para abranger as ações de responsabilidade por danos causados “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

Aplicam-se, portanto, as normas da Lei nº 7.347/85, no que não contrariarem dispositivos expressos da lei de improbidade.

Algumas medidas de natureza cautelar estão previstas na lei de improbidade: a **indisponibilidade dos bens**, cabível quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito (art. 7º), devendo recair sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito (parágrafo único); o **sequestro**, quando houver fundados indícios de responsabilidade, devendo processar-se de acordo com o disposto nos artigos 822 e 825 do CPC);⁶ **investigação, exame e**

⁶ O novo CPC não mais disciplina o procedimento dessas medidas de natureza cautelar. No artigo 301 dá o elenco das medidas englobadas sob o título de “tutela de urgência”, abrangendo “arresto,

bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais (art. 16, § 2º); **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. 20, parágrafo único).

Com exceção da última medida, que pode ser adotada nas esferas judicial ou administrativa, as demais só podem ser decretadas judicialmente, devendo a ação principal ser proposta, sob o rito ordinário, dentro de 30 dias da efetivação da medida cautelar (art. 17).

A indisponibilidade de bens, como diz o próprio vocábulo, impede a livre disposição dos bens pelo indiciado, vedando qualquer tipo de ato jurídico que implique a transferência de seus bens a terceiros. Embora o artigo 7º imponha à autoridade administrativa responsável pelo inquérito administrativo o dever de representar ao Ministério Público para a indisponibilidade dos bens do indiciado, é evidente que a medida pode ser requerida pelo Ministério Público independentemente de representação da autoridade administrativa. Aliás, o dispositivo tem uma redação infeliz, porque, se a própria pessoa jurídica interessada tem legitimidade para propor a ação, não há razão para que ela mesma não tome a iniciativa para requerer judicialmente a decretação da indisponibilidade. Não há necessidade de requerer especificamente ao Ministério Público o exercício de uma competência que pode ser exercida pelo órgão jurídico da própria entidade a que pertence a autoridade administrativa.

Sob esse aspecto, está mais adequada a redação do artigo 16, que prevê o dever que tem a comissão processante de processo administrativo de representar ao Ministério Público ou à **procuradoria do órgão** para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro.

O sequestro incide sobre bens específicos, quantos sejam necessários para assegurar o êxito do processo de execução.

A legitimidade ativa cabe ao Ministério Público ou à pessoa jurídica interessada (uma das definidas no artigo 1º), dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar (art. 17). Proposta a ação, é expressamente vedada pelo artigo 17, § 1º, a transação, acordo ou conciliação. A norma se justifica pela relevância do patrimônio público, seja econômico, seja moral, protegido pela ação de improbidade. Trata-se de aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público.

sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”. Todas elas são alcançadas pelas normas do artigo 300, que trata da tutela de urgência. Portanto, o artigo 16 da Lei nº 8.429/92, ao fazer referência aos artigos 822 a 825 do CPC de 1973 (que não têm correspondência no novo CPC), tem que ser interpretado de modo a coadunar-se com as normas da tutela de urgência contidas nos artigos 300 a 302 do novo Código.

De acordo com a redação original do artigo 17, § 3º, quando a ação for 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. Mas o dispositivo foi alterado pela Lei nº 9.366, de 18-12-96, passando a estabelecer que “no caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29-6-65”. Isso significa que, do mesmo modo que na ação popular, a pessoa jurídica interessada tem as alternativas de abster-se de contestar o pedido ou de atuar ao lado do autor, como litisconsorte, “desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”.

Nos casos em que a ação é proposta pela pessoa jurídica interessada, o Ministério Público atuará, obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade (art. 17, § 4º).

A legitimidade ativa não se estende às associações privadas referidas no artigo 5º da Lei nº 7.347/85, pois, nessa matéria, prevalece a lei de improbidade, que contém disposição específica.

Também diferentemente do que ocorre na ação civil pública regulada pela Lei nº 7.347/85, em que a indenização reverte em benefício de um fundo destinado à reconstituição dos bens lesados (art. 13), na ação de improbidade, o valor da indenização e os bens perdidos pelo indiciado reverterão em benefício da pessoa jurídica prejudicada pelo ato ilícito (art. 18 da Lei nº 8.429/92).

A **prescrição** da ação de improbidade está disciplinada no artigo 23, que distingue duas hipóteses: pelo inciso I, a prescrição ocorre cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; para os que exercem cargo efetivo ou emprego, o inciso II estabelece que a prescrição ocorre no mesmo prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. São, contudo, imprescritíveis, as ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, conforme o estabelece o artigo 37, § 5º, da Constituição. Assim, ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento dos danos.

Esse dispositivo determina que “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Assim, ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento dos danos.⁷

Alguns autores vêm defendendo ponto de vista oposto. É o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello, que, na 28ª edição do seu *Curso de direito administrativo*

⁷ Esse entendimento foi adotado pelo STF no MS 26210/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 4-9-08; e pelo STJ, no REsp 1067561/AM, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 27-2-09.

(2011:1073), confessa ter mudado o seu entendimento. Ele expressamente declara estar aceitando o argumento apresentado por Emerson Gabardo em conferência proferida no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, realizado em maio de 2009, no sentido de que, se adotada a imprescritibilidade, “restaria consagrada a minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo”. Alega também que, quando quis adotar a regra da imprescritibilidade, a Constituição o fez expressamente, como no artigo 5º, LII e LXIV. A seu ver, o que se tem de extrair do artigo 37, § 5º, é “a intenção manifesta, ainda que mal expressada, de separar os prazos de prescrição do *ilícito propriamente*, isto é, penal, ou administrativo, dos prazos das ações de responsabilidade, que não terão porque obrigatoriamente coincidir. Assim, a ressalva para as ações de ressarcimento significa que terão prazos autônomos em relação aos que a lei estabelecer para as responsabilidades administrativa e penal”.

O argumento de prejuízo ao direito de defesa parece frágil, quando se pensa que a norma constitucional quis proteger o patrimônio público. A previsão da imprescritibilidade constitui um alerta aos responsáveis de que estarão sujeitos a responder a qualquer tempo pelos prejuízos causados ao erário. O mínimo de prudência recomenda a preservação de provas que auxiliem o direito de defesa.

Por último, cabe lembrar a norma do artigo 20 da Lei de Improbidade, segundo a qual “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Isso significa que as demais penalidades podem ser objeto de execução provisória, na forma da legislação processual, a menos que se consiga efeito suspensivo aos recursos, com fundamento no artigo 14 da Lei nº 7.347/85.