



Cem Perguntas e Respostas sobre Improbidade Administrativa

Incidência e aplicação da Lei n. 8.429/1992

Márcia Noll Barboza (coordenadora)

2ª edição

**Cem Perguntas e Respostas
sobre Improbidade Administrativa**

Incidência e aplicação da Lei n. 8.429/1992



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
Roberto Monteiro Gurgel Santos

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

Câmara Editorial Geral da ESMPU
Membros

Ministério Público Federal

Robério Nunes dos Anjos Filho – Coordenador
Procurador Regional da República – 3ª Região

Antonio do Passo Cabral
Procurador da República – PR/RJ

Ministério Público do Trabalho

Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto
Procurador do Trabalho – PRT 10ª Região/DF

José Antonio Vieira de Freitas Filho
Procurador do Trabalho – PRT 1ª Região/RJ

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Ana Luisa Rivera
Promotora de Justiça

Maria Rosynete de Oliveira Lima
Promotora de Justiça

Ministério Público Militar

José Carlos Couto de Carvalho
Subprocurador-Geral de Justiça Militar aposentado

Escola Superior do Ministério Público da União

Cem Perguntas e Respostas sobre Improbidade Administrativa

Incidência e aplicação da Lei n. 8.429/1992

2ª edição revista e atualizada

Coordenadora
Márcia Noll Barboza

Brasília-DF
2013



ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO (ESMPU)

SGAS Av. L2-Sul, Quadra 604, Lote 23, 2ª andar
70200-640 – Brasília-DF

Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185

<www.esmpu.gov.br> – <editoracao@esmpu.gov.br>

© Copyright 2012. Todos os direitos autorais reservados.

1ª edição: 2008.

2ª edição: 2013.

Secretaria de Atividades Acadêmicas

Nelson de Sousa Lima

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro Ferreira

Supervisão de Projetos Editoriais

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Preparação de originais e revisão de provas

Aline Paiva de Lucena, Adrielly Gomes de Souza,

Daniel Mergulhão de Carvalho, Davi Silva do Carmo

Eduarda Lins de Albuquerque Campos, Simone Rodrigues de Souza e Silva

Núcleo de Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Projeto gráfico e capa

Carolina Woortmann, Clara Dantas Farias

Eduardo Franco Dias

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda. - SIG Qd. 8, 2268 - CEP 70610-480 - Brasília-DF -

Tel.: (61) 3344-2112 - E-mail: <ideal@idealgrafica.com.br>

Tiragem desta edição: 3.200 exemplares

As opiniões expressas nos textos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

C394

Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa:
incidência e aplicação da lei n. 8429/1992 / Coordenadora:
Márcia Noll Barboza; colaboradores: Antonio do Passo Cabral ... [et al.]
Brasília: ESMPU, 2013. 2. ed. rev. e atual.
133 p.

ISBN 978-85-88652-55-2

Publicado também em versão eletrônica, ISBN 978-85-88652-56-9
1. Improbidade administrativa. 2. Administração pública. 3. Lesão ao
erário. 4. Enriquecimento ilícito. I. Barboza, Márcia Noll, coord. II.
Cabral, Antonio do Passo.

CDD 341.337

PREFÁCIO À SEGUNDA EDIÇÃO

Após vinte anos de aplicação da Lei n. 8.429/1992, é possível perceber a importância desse instrumento normativo para a proteção do patrimônio público, o combate à corrupção e a promoção da probidade administrativa. E uma das razões para tanto é saber que, malgrado a incômoda posição do Brasil em 69º lugar no *ranking* mundial de percepção de corrupção, divulgado em dezembro de 2012 pela OnG Transparência Internacional, certamente muito pior seria o cenário sem a existência desse diploma legal e das milhares de ações de improbidade administrativa já propostas pelo Ministério Público em todo o País.

Sem dúvida, grande tem sido o esforço do Ministério Público na luta contra a corrupção e a improbidade. Muitas frentes têm sido instauradas no campo preventivo e no âmbito repressivo, com a construção, inclusive, de saudáveis parcerias com outras instituições.

O tema probidade administrativa não é alheio às preocupações da Escola Superior do Ministério Público da União, seja no tocante à crescente capacitação de seus membros, servidores e parceiros, seja no que se refere à disseminação, no seio da coletividade, da ideia de que o fenômeno corrupção deve ser combatido diuturnamente por todos os cidadãos, em seus diversos espaços de atuação, pautado na premissa segundo a qual coisa pública é bem de todos e não de ninguém.

Um dos marcantes exemplos dessa linha de atuação foi a publicação do trabalho intitulado *Cem perguntas e respostas sobre a improbidade administrativa – incidência e aplicação da Lei n. 8.429/1992*, com o propósito de difundir os mecanismos legais de repressão à improbidade administrativa e de estimular os cidadãos ao exercício efetivo da dimensão participativa da democracia.

O projeto foi gestado no âmbito da Quinta Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal e executado pela ESMPU no ano de 2008, sob a competente coordenação da Procuradora da República Márcia Noll Barboza.

Passaram-se mais de quatro anos desde então, mas permanecem, com igual intensidade, os mesmos pressupostos que animaram aquela iniciativa. Daí a ideia de relançamento dessa elucidativa obra.

Um quinquênio é tempo suficiente para registrar algumas importantes variações na aplicação da Lei n. 8.429/1992 e, exatamente por isso, a obra ganhou revisão e atualização por parte dos seus dedicados colaboradores.

Esperamos que as cem respostas a seguir apresentadas sirvam não apenas para aclarar pontos importantes acerca da defesa do patrimônio público e social e da probidade administrativa mas também, e principalmente, para provocar inquietações e suscitar mais indagações sobre as formas de otimização dessa tarefa coletiva.

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

Procurador Regional da República na 1ª Região
Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

PREFÁCIO À PRIMEIRA EDIÇÃO

O fato de ter trabalhado durante anos consultando a Lei n. 8.429/1992, denominada Lei de Improbidade Administrativa (LIA), e depois ter assumido a coordenação da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, cujas matérias são a defesa do patrimônio público e social e a probidade administrativa, levou-me a idealizar um manual dirigido aos cidadãos, com respostas a 100 perguntas a respeito de que seja improbidade administrativa e como a lei regente da matéria é aplicada.

Como tornar interessante a aprendizagem de uma lei para os que não a têm como instrumento de trabalho?

O conteúdo dessa lei é relevante para os cidadãos, porque dispõe sobre as sanções e contém a descrição das condutas dos agentes públicos que enriqueceram, que causaram danos ao patrimônio público e que violaram os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade para com o Estado.

Era necessário torná-la conhecida do público e de fácil compreensão para que os cidadãos pudessem discernir e fiscalizar os atos dos gestores públicos e cobrar-lhes zelo e honestidade no trato com o erário e a coisa pública.

Assim, foi elaborado um plano de trabalho pela 5ª Câmara e entregue à Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), que o aprovou e arcou com as despesas financeiras do projeto. A coordenação da execução desse plano foi entregue à colega Márcia Noll Barboza, de destacada atuação na matéria. Houve um voluntariado admirável de outros colegas especialistas, a saber, Antonio do Passo Cabral, Denise Vinci Tulio, José Roberto Pimenta Oliveira, Mônica Nicida Garcia, Márcio Torres, Marlon Weichert, Sérgio Medeiros, Walter Claudius Rothenburg, Wellington Saraiva, que também operam ou operaram com a lei. Foi realizado, então, um sonho de todos!

Tornar essa lei de fácil compreensão aos cidadãos foi um desafio para esses membros que se empenharam na tarefa com rigor e satisfação.

O manual é um incentivo do MPF aos cidadãos para a vivência da cidadania, pois contribui para a formação de uma sociedade civil mais consciente e mais engajada em cobrar do administrador, do agente público e dos políticos uma ótima gerência do dinheiro arrecadado pelos impostos, dos bens adquiridos pelo Estado, dos bens públicos em geral e da imensa riqueza do País.

É também um incentivo ao MPF para que não deixe sem reparo, seja atuando extrajudicialmente, seja atuando judicialmente, os que insultam, atacam e assaltam os bens que pertencem ao povo brasileiro.

Com esta obra, vamos juntos – cidadãos e Ministério Público Federal – fazer dessa tarefa algo mais instigante.

Gilda Pereira de Carvalho

Subprocuradora-Geral da República

Ex-Coordenadora da Câmara do Patrimônio Público e Social – 5ª CCR

Ex-Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão

COLABORADORES

Antonio do Passo Cabral

Procurador da República no Rio de Janeiro, professor Adjunto da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), doutor em Direito Processual pela UERJ e pela Universidade de Munique, Alemanha (Ludwing-Maximilians-Universität), mestre em Direito Público pela UERJ, pós-doutorado pela Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne).

Denise Vinci Tulio

Subprocuradora-Geral da República.

José Roberto Pimenta Oliveira

Procurador da República na Procuradoria da República em São Paulo, mestre e doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP.

Mônica Nicida Garcia

Procuradora Regional da República na Procuradoria Regional da República da 3ª Região e mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Márcia Noll Barboza

Procuradora da República na Procuradoria da República no Rio Grande do Sul, mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Valladolid – Espanha.

Márcio Andrade Torres

Procurador da República na Procuradoria da República no Ceará e mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Marlon Alberto Weichert

Procurador Regional da República na Procuradoria Regional da República da 3ª Região, mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP e especialista em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília.

Ronaldo Pinheiro de Queiroz

Procurador da República na Procuradoria da República no Rio Grande do Norte, mestre e doutor em Direito pela PUC/SP, professor adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (graduação e pós-graduação) e professor da Escola Superior do Ministério Público da União.

Sérgio Monteiro Medeiros

Procurador Regional da República na Procuradoria Regional da República da 3ª Região e mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba.

Walter Claudius Rothenburg

Procurador Regional da República na Procuradoria Regional da República da 3ª Região e doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

Wellington Cabral Saraiva

Procurador Regional da República na Procuradoria Regional da República da 5ª Região, mestre em Direito pela Universidade de Brasília e conselheiro do Conselho Nacional de Justiça.

SUMÁRIO

Definição de improbidade administrativa <i>Márcia Noll Barboza</i>	13
Sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa <i>Denise Vinci Tulio</i>	21
Sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa <i>José Roberto Pimenta Oliveira</i>	31
Improbidade administrativa por enriquecimento ilícito <i>Wellington Cabral Saraiva</i>	39
Improbidade administrativa por lesão ao erário <i>Mônica Nicida Garcia</i>	47
Improbidade administrativa por violação aos princípios da administração pública <i>Walter Claudius Rothenburg</i>	59
Apuração dos atos de improbidade administrativa <i>Sérgio Monteiro Medeiros</i>	71
Ação judicial para responsabilização por improbidade administrativa <i>Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Pinheiro de Queiroz</i>	89
Medidas cautelares na responsabilização por improbidade administrativa <i>Sérgio Monteiro Medeiros</i>	99
Sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa <i>Marlon Alberto Weichert</i>	109
Prescrição em relação aos atos de improbidade administrativa <i>Márcio Andrade Torres</i>	121
Referências	129
Anexo <i>Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992</i>	131

Definição de improbidade administrativa

Márcia Noll Barboza

O que é improbidade administrativa?

1

Improbidade administrativa é a caracterização atribuída pela Lei n. 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), a determinadas condutas praticadas por agentes públicos e, também, por particulares que nelas tomem parte. Tal caracterização, que se pode dizer “genérica”, é especificada pelos arts. 9º, 10 e 11 da LIA: o art. 9º define os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito; o art. 10, os atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário; e o art. 11, os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública. Como se vê, a noção que deriva da LIA é bastante abrangente, modificando qualquer referência legal ou teórica que, anteriormente à edição dessa lei, vinculasse o termo “improbidade” à ideia de desonestidade. A partir da LIA, pode-se entender a improbidade administrativa como aquela conduta considerada inadequada – por desonestidade, descaso ou outro comportamento impróprio – ao exercício da função pública, merecedora das sanções previstas no referido texto legal. Cuida-se, portanto, de conduta violadora da ética pública, isto é, do comportamento ético que se espera do agente público. A Lei de Improbidade Administrativa adveio como concretização do mandamento inserido no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, que assim dispõe: “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 [...]”.

A improbidade administrativa encontra-se prevista apenas na Lei n. 8.429/1992?

2

É certo, por um lado, que a Lei n. 8.429/1992 (LIA) constitui o texto legal regente da figura jurídica da improbidade administrativa. Não é menos verdadeiro, por outro, que a figura extravasa esse texto legal, aparecendo em

outros diplomas com maior ou menor coerência conceitual em relação do sistema da LIA. Veja-se, por exemplo, na Constituição Federal, no seu art. 85, V, que indica como crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de ato que viole a probidade administrativa, enquanto a Lei n. 1.079/1950, que define os crimes de responsabilidade do Presidente da República e de outras autoridades, caracteriza como crime de responsabilidade os atos que atentem contra a “probidade na administração”. Ainda, em outros textos legais, como, por exemplo, no Código Civil, emprega-se o termo probidade como sinônimo de honestidade e lealdade (veja-se o art. 422 do Código Civil, que diz que a conclusão e a execução dos contratos estão sujeitas aos princípios de probidade e boa-fé). Por sua vez, a Lei n. 8.666/1993, mais alinhada ao sistema da LIA, estabelece, em seu art. 3º, que a licitação será processada e julgada em estrita conformidade com, entre outros, o princípio da probidade administrativa. Mais recentemente, a Lei Complementar n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) estabeleceu hipóteses de inelegibilidade que visem à proteção da probidade administrativa e da moralidade no exercício do mandato.

3

Existe, quer na Lei n. 8.429/1992, quer em outro texto legal, ou ainda na literatura jurídica, um critério geral definidor da improbidade administrativa?

Não há, de modo expreso, na Lei n. 8.429/1992 nem em qualquer outro texto legal, um critério ou conceito geral de improbidade administrativa que permita balizar, com maior segurança, a aplicação dos seus arts. 9º, 10 e 11, até porque as leis não costumam fornecer conceitos jurídicos. Ocorre que tampouco há na legislação elementos seguros para a literatura jurídica, à qual compete a construção de conceitos jurídicos, formule um critério ou conceito geral de improbidade administrativa, que teria de ser abrangente para abarcar as condutas previstas nos arts. 9º, 10 e 11 e, ao mesmo tempo, excludente daquelas condutas de menor gravida-

de. O que está claro é que tanto o constituinte, ao inserir o arts. 37, § 4º, na Constituição, quanto o legislador, ao elaborar a Lei n. 8.429/1992, em concretização ao referido ditame constitucional, expressaram a vontade política do País na direção do adequado gerenciamento da coisa pública. Nessa linha de raciocínio, deve-se entender que a LIA alcança não apenas aos atos de desonestidade mas também aos de descaso do agente público para com o interesse público ou, ainda, a outros comportamentos também considerados antiéticos. Assim, podemos adotar como norte, sobretudo em casos de dúvidas (mais comuns em relação à incidência dos arts. 10 e 11), o padrão de comportamento ético que se espera do agente público em nosso País, considerando, para isso, o atual grau de desenvolvimento de nossa cultura política, bem como, por fim, a relação de proporcionalidade com as sanções previstas na LIA.

Que relação tem a improbidade administrativa com o princípio da moralidade administrativa?

4

O princípio da moralidade administrativa é uma norma jurídica tipo princípio, que se diferencia da norma jurídica tipo regra por não prever uma hipótese concreta e uma consequência para essa hipótese. As normas definidoras da improbidade administrativa (arts. 9º, 10 e 11 da LIA) são normas tipo regra; elas descrevem fatos (atos ímprobos) aos quais o art. 12 atribui consequências (sanções). Feita essa distinção, cabe dizer, no entanto, que a LIA encontra-se inteiramente orientada pela ideia de moralidade administrativa, imposta como exigência jurídica na forma do princípio da moralidade administrativa. Pode-se mesmo dizer que o critério geral definidor da improbidade administrativa pauta-se pelo princípio da moralidade administrativa, que impõe ao agente público a observância de um comportamento ético, o qual vai sendo definido com base na ética pública em construção – e tal parece justificar, inclusive, a imprecisão dos contornos da improbidade administrativa. Além

disso, o art. 11 da LIA diz que é 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 [...]. Em conclusão, cabe afirmar que a improbidade administrativa viola direta ou indiretamente o princípio da moralidade administrativa.

5 | Improbidade administrativa é corrupção?

A ideia comum de corrupção corresponde a um conceito *não jurídico*, ou seja, que não deriva de normas jurídicas nem se refere a uma figura jurídica. No sistema brasileiro, existem apenas as figuras jurídicas da corrupção passiva e da corrupção ativa (arts. 317 e 333 do Código Penal) e, ainda, a da corrupção de menores (art. 218 do Código Penal). Entretanto, a ideia comum de corrupção, utilizada pelas pessoas em geral e pelos meios de comunicação, é mais ampla, correspondendo a um conceito inspirado em diversas disciplinas como a Ciência Política e a Sociologia, entre outras. Esse conceito mais amplo corresponde à hipótese de mau uso da função pública com vistas na obtenção de vantagem particular. Tendo por base tal conceito, conclui-se que alguns dos comportamentos previstos na LIA são atos de corrupção, especialmente os do art. 9º.

6 | Improbidade administrativa é crime?

Improbidade administrativa não é crime. Encontra-se hoje pacificada essa questão, embora ela já tenha sido objeto de discussão. A LIA é considerada uma lei de natureza cível em sentido amplo; as condutas e as sanções que ela estabelece não têm natureza penal, não ficando sujeitas, portanto, às normas gerais do Direito Penal. Isso não quer dizer que uma

conduta concreta enquadrável na Lei n. 8.429/1992 não possa ser, ao mesmo tempo, crime sancionável pelo Código Penal ou outra norma de natureza penal.

Improbidade administrativa é falta disciplinar?

7

Não, improbidade administrativa não é o mesmo que falta disciplinar. Isso não quer dizer, como no caso anterior, que a conduta concreta enquadrável na LIA não configure, ao mesmo tempo, falta disciplinar. O que há entre as sanções da Lei n. 8.429/1992, do Direito Penal e dos regimes disciplinares é uma independência, conhecida no sistema jurídico como “independência entre instâncias”.

Considerando o regime jurídico da LIA, não haveria um exacerbado risco de responsabilização para o agente público, especialmente no caso de despreparo para a função ou dúvida em relação às normas que lhe são aplicáveis?

8

Não, pelo simples fato de que todo agente público deve estar ciente do ônus implicado na assunção da função pública. Dele espera-se que, havendo dúvida ou despreparo, busque a informação adequada. O comportamento ético exigido do agente público não é compatível quer com a desonestidade quer com o descaso. Ainda, pelas mesmas razões, espera-se igual cuidado do particular que tome parte em ações do poder público ou manuseie recursos públicos.

Sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa

Denise Vinci Tulio

A Lei de Improbidade Administrativa indica quem pode ser sujeito passivo, isto é, vítima de atos de improbidade administrativa?

9

Sim. O art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) relaciona as pessoas jurídicas (públicas e privadas) que podem ser sujeitos passivos (vítimas) de atos de improbidade administrativa e, assim, podem defender a moralidade pública por meio da ação de improbidade administrativa. São elas: União, estados, Distrito Federal, municípios e territórios.

Esses entes executam suas atividades por intermédio de órgãos próprios, que compõem o que se chama de administração direta, e também criam outras pessoas jurídicas (ex.: empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações) que compõem a administração indireta adiante indicada.

Sempre que o ato de improbidade for praticado em prejuízo de um Ministério (órgão da União), o sujeito passivo será a União; se houver ato de improbidade contra uma Secretaria de Estado (órgão do estado), a vítima será o estado; se o ato ímprobo for praticado contra uma Secretaria Municipal (órgão do município), o município será o sujeito passivo.

Os entes que integram a administração indireta da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios (atualmente não existem territórios) são: autarquias (ex.: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE); empresas públicas (ex.: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT, Caixa Econômica Federal – CEF); sociedades de economia mista (ex.: Banco do Brasil); fundações (ex.: Fundação Nacional do Índio – FUNAI); e serviços sociais autônomos (ex.: Serviço Social da Indústria – Sesi, Serviço Social do Comércio – Sesc).

Nesses exemplos, a vítima do ato de improbidade é a própria pessoa jurídica (autarquia, fundação etc.).

Também pode ser vitimada pela prática da improbidade a empresa incorporada ao patrimônio público, além da entidade cujo patrimônio, receita anual ou custeio provenha, em mais da metade (mais de 50%), do governo.

10

A entidade que tenha menos da metade do seu patrimônio, ou da sua receita anual, constituída de dinheiro ou bens do governo pode ser vítima de ato de improbidade?

Pode. A previsão consta no art. 1º, parágrafo único, da LIA, mas, enquanto as pessoas jurídicas listadas na resposta anterior podem ser vítimas de qualquer tipo de ato de improbidade administrativa (isto é, aqueles definidos nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA), essas entidades podem ser vítimas apenas de atos que atentem contra o seu patrimônio, ou seja, aqueles relacionados no art. 10 da LIA.

Na mesma situação estão as entidades que tenham recebido subvenção (isto é, transferências de verbas do governo destinadas a cobrir suas despesas de custeio), benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público. Estas, igualmente, podem ser vítimas dos atos de improbidade praticados contra o seu patrimônio, previstos no art. 10 da LIA.

11

Os atos de improbidade podem atingir também os órgãos judiciais e legislativos?

Sim. A lei diz que os atos de improbidade podem atingir quaisquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e dos territórios. Não apenas as entidades que integram o Poder Executivo podem sofrer atos de improbidade administrativa. Um órgão judicial é uma parcela da União ou do estado. Um órgão legislativo é uma parcela da União, do estado ou do município.

A lei pune atos de improbidade sempre que o Poder Público contribua regular ou esporadicamente para a manutenção do ente lesado com a prática ímproba. O Poder Judiciário e o Poder Legislativo, tanto quanto o Poder Executivo, são mantidos com dinheiro público. O mesmo ocorre com o Ministério Público, que também é custeado com verbas públicas e por isso pode ser vítima de atos de improbidade administrativa.

As empresas privadas ou particulares nunca podem ser vítimas de atos de improbidade?

12

Podem. As empresas ou entidades que tenham recebido auxílio do Poder Público, qualquer que seja o montante, podem sofrer atos de improbidade administrativa que atentem contra o seu patrimônio.

Nos exemplos a seguir, as empresas podem ser vítimas de atos de improbidade:

- » a empresa particular que recebeu terreno em doação da prefeitura, para nele instalar seu parque industrial;
- » a empresa que, para instalar-se em determinado município, fica desobrigada de pagar impostos municipais por determinado prazo.

As empresas privadas que tenham sido favorecidas com isenção fiscal, isto é, exoneradas do pagamento de imposto federal, estadual ou municipal, de caráter genérico ou amplo, podem ser vítimas de improbidade administrativa?

13

Não. Para caracterizar ato de improbidade administrativa, o favor do Poder Público em forma de benefício, incentivo ou subvenção não pode ter sido concedido em caráter genérico, mas a uma empresa em particular e para um fim específico.

14

Partidos políticos podem sofrer atos de improbidade administrativa?

Sim. Além de receber recursos de origem privada, os partidos recebem recursos provenientes do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos, conhecido como “Fundo Partidário”. Esse Fundo é composto, em grande parte, de recursos de origem pública (art. 38 da Lei n. 9.096/1995).

Ao receber recursos do Fundo Partidário, os partidos políticos recebem verbas públicas. A aplicação suspeita ou irregular deve ser investigada. Comprovada a improbidade, os responsáveis sujeitam-se às penas da lei.

15

A entidade beneficente pode ser sujeito passivo de atos de improbidade administrativa?

Sim. A entidade pode ser vítima sempre que parte de seu patrimônio ou de sua receita seja proveniente do Poder Público. A entidade tem acesso a recursos públicos também quando se beneficia de incentivos ou de isenções fiscais (isto é, isenções de impostos), ou recebe auxílios ou subvenções.

Dessa forma, se o governo contribuir com mais de 50% para seu patrimônio ou receita anual, a entidade beneficente pode ser atingida pela prática de qualquer ato de improbidade, entre aqueles listados nos arts. 9º, 10 e 11. Por outro lado, se a contribuição do governo for inferior a 50% ou se a entidade receber benefícios, incentivos fiscais ou creditícios ou subvenções, somente poderá apresentar-se como sujeito passivo de atos de improbidade administrativa que afetem seu patrimônio (previstos no art. 10 da LIA).

O mesmo aplica-se:

- » às organizações sociais (Lei n. 9.637/1998) cujas atividades são dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e à preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde;
- » às organizações da sociedade civil de interesse público que se destinam à *promoção da assistência social; à promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; à promoção gratuita da educação; à promoção gratuita da saúde*, entre outras finalidades descritas no art. 3º da Lei n. 9.790/ 1999.

As entidades beneficentes, que normalmente possuem certificado de “utilidade pública”, compõem, juntamente com as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público, o que se convencionou chamar de Terceiro Setor, denominado também setor não lucrativo ou setor de utilidade pública. Esse setor reúne todas as organizações da sociedade civil, sem fins lucrativos, que prestam serviços de utilidade pública.

Sindicato pode ser vítima de ato de improbidade administrativa?

16

Sim. Sindicatos não recebem verbas do Poder Público diretamente. Sua receita provém da contribuição dos integrantes da categoria profissional que representam. Na visão de Garcia e Alves (2010, p. 238), “são também públicos os recursos que determinados setores da população, por força de preceitos legais e independentemente de qualquer contraprestação direta e imediata, estão obrigados a repassar a certas entidades”.

É o caso do sindicato. O pagamento da contribuição sindical não é voluntário, mas obrigatório, pois decorre de lei (arts. 548, *a*, 578 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho; art. 217, I, do Código

Tributário Nacional). Os valores da contribuição sindical são captados do público, isto é, da parcela que integra a categoria profissional, de forma compulsória. A pessoa que pertence a uma categoria profissional está obrigada a contribuir, de maneira semelhante ao que ocorre com os impostos, que são também obrigatórios e captados da população, do público em geral.

17

Conselhos de fiscalização do exercício profissional podem ser vítimas de ato de improbidade administrativa?

Sim. Esses conselhos destinam-se a controlar e fiscalizar o exercício de determinadas profissões regulamentadas em lei. O objetivo é preservar o interesse público ao adequado desempenho da atividade profissional. Alguns exemplos: Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA), Conselho Regional de Medicina (CRM), Conselho Federal de Odontologia (CFO). Os integrantes da categoria profissional são obrigados por lei ao pagamento da contribuição em favor do respectivo conselho. Ocorre neste caso situação semelhante àquela que se passa com os sindicatos.

Nas palavras de Garcia e Alves (2010, p. 239),

tais contribuições, na medida em que estão previstas em lei e são de imperativo recolhimento, devem ser efetivamente consideradas como recursos públicos, ainda que o numerário não seja fisicamente retirado do erário.

A Justiça tem aceitado ações por ato de improbidade praticados em detrimento de conselhos de fiscalização profissional, como demonstram as apelações n. 2004.38.00.015597-7/MG e n. 0002379-19.2004.4.01.3100/AP, julgadas pelo Tribunal Regional da 1ª Região, nas quais, inclusive, foram confirmadas as sanções impostas aos agentes ímprobos.

A pessoa física nunca poderá ser sujeito passivo de ato de improbidade?

18

Não. O sujeito passivo da improbidade é sempre pessoa jurídica, como indicado no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992 (LIA), antes examinado. Isso decorre da própria finalidade da lei, de proteger a moralidade administrativa.

A pessoa física pode, eventualmente, ser prejudicada por um ato de improbidade, mas a situação que configurar improbidade sempre envolverá uma pessoa jurídica também lesada com a conduta ímproba.

Veja-se o seguinte exemplo. Prefeito municipal despreza a ordem de chamada de candidatos aprovados em concurso público que está prestes a perder a validade e chama um candidato que está no final da lista para ocupar determinado cargo público. Esse favorecimento representa ato de improbidade que lesa a moralidade pública e prejudica os candidatos que, mais bem classificados, tinham preferência na ordem de convocação.

Ainda que prejudicada por ato de improbidade, a pessoa física não tem direito de promover a respectiva ação. O particular prejudicado pode, em tese, requerer indenização e até mesmo promover ação popular, mas não pode propor ação de improbidade.

Sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa

José Roberto Pimenta Oliveira

Qual a vinculação existente entre os sujeitos passivos, protegidos pela Lei n. 8.429/1992, e os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa?**19**

A Lei n. 8.429/1992 usa da seguinte técnica legislativa: em primeiro plano, sublinha as pessoas jurídicas de direito público e privado protegidas pelo regime sancionatório disciplinado na lei – e a medida dessa proteção – para, em um segundo plano, indicar as pessoas físicas e jurídicas passíveis de responsabilização – e a respectiva condição –, na esfera autônoma dos atos de improbidade administrativa, na forma do art. 37, § 4º, da Constituição Federal. Portanto, a análise de qualquer conduta implica, preliminarmente, a verificação rigorosa do ente ofendido pelo ato, com o fito de integrá-lo ao rol prescrito no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992.

A determinado agente existem limitações na aplicação da Lei n. 8.429/ 1992, considerando a natureza ou duração do vínculo mantido com uma das pessoas protegidas e elencadas no art. 1º?**20**

O art. 2º da Lei n. 8.429/1992 considera agente público, para os efeitos da lei,

todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Cumpra observar que o legislador adotou conceito amplo de agente público, de sorte que quaisquer de suas espécies ou categorias foram agasalhadas pelo comando legal. Não interfere na responsabilização por improbidade o caráter estatutário ou contratual da função, a determinação ou a indeterminação temporal do seu exercício, a integração formal do seu exercício em órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta; nem mesmo a natureza administrativa ou não (legislativa ou jurisdicional) é critério diferenciador sob tal aspecto. Importa apenas que o sujeito, ao cometer a improbidade, esteja no desempenho de atividade pública.

21

A definição dos sujeitos ativos dos atos de improbidade não deveria estar restrita ao âmbito da administração pública, enquanto função estatal, pois o fundamento constitucional das sanções está no art. 37 da Constituição Federal?

Não haveria fundamento jurídico suficiente para retirar da incidência do regime sancionatório autônomo, derivado da prática de atos de improbidade, certo agente público tão somente por se verificar que o ato foi praticado no exercício da função legislativa (ex.: venda de voto), jurisdicional (ex.: venda de sentença), ministerial ou de controle de regularidade de contas. Somente a Constituição poderia fazer tal distinção e não o fez. A situação funcional de qualquer agente público coloca no centro da sua atribuição o dever de moralidade, revelando-se sem qualquer fundamento admitir zonas de isenção no regime da Lei n. 8.429/1992, em desprestígio cabal à plena e máxima efetividade do princípio constitucional da moralidade estampado no *caput* do art. 37.

A sujeição de certo agente público às normas que tipificam os “crimes de responsabilidade” acarreta a imediata exclusão desse agente do regime da improbidade administrativa, instituído na Lei n. 8.429/1992?

22

É preciso visualizar a sanção por improbidade administrativa como esfera autônoma de responsabilização de qualquer agente público, ou seja, uma nova esfera que se soma, de forma independente, às esferas tradicionais de responsabilização (civil, criminal e administrativa). Daí que está plenamente em consonância com a Constituição Federal negar validade à extensão de qualquer foro por prerrogativa de função, de índole criminal, em matéria de improbidade administrativa.

A aplicação da Lei n. 8.429/1992 abrange todos os entes da administração pública indireta dos entes federativos?

23

Sim, estão sujeitos à Lei n. 8.429/1992 atos de improbidade ofensivos à administração direta, indireta ou fundacional de quaisquer dos Poderes, de modo que é irrelevante, na aplicação da lei, saber o tipo de atividade a que se dedica certo ente da administração indireta (autarquia, fundação pública, consórcio público, empresa pública e sociedade de economia mista). Cumpre sublinhar que a expressão “administração fundacional” foi destacada na lei para afastar qualquer cogitação de exclusão das chamadas fundações de direito privado, criadas ou mantidas pela administração pública do regime sancionatório.

24

Sujeitos privados podem ser autores de ato de improbidade administrativa, sobre eles incidindo todas as penalidades previstas na Lei n. 8.429/1992?

Cumprе observar que, fora do âmbito da administração direta e indireta, foram protegidas pela lei: a) entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual, b) entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público e c) entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio ou receita anual. Logo, seus agentes foram equiparados a agentes públicos e, nesta qualidade, uma vez tipificado o ato como improbidade administrativa, responderão na forma do conjunto de sanções legalmente previstas, com a ressalva de que, nos casos *b* e *c*, limita-se a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. É importante destacar que, no art. 17, a lei conferiu à pessoa jurídica interessada a capacidade postulatória para a propositura da ação de improbidade administrativa.

25

Administradores e empregados de organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público podem ser responsabilizados na forma da Lei n. 8.429/1992?

Considerando as obrigações constantes dos respectivos ajustes de fomento (contrato de gestão e termo de parceria), não há a menor dúvida de que os administradores, se comprovada a prática de ato tipificado nos arts. 9º, 10 e 11, poderão sofrer as penalidades da Lei n. 8.429/1992, atentando-se apenas para as limitações fixadas no art. 1º e seu parágrafo

único. O fundamento está em que qualquer espécie de fomento público não é mera liberalidade, senão instrumento de realização do interesse público. Portanto, se, no decorrer da execução de suas obrigações, houver verificação de ato tipificado como improbidade administrativa, o sujeito é considerado agente público e, nessa condição, responde na forma da Lei n. 8.429/1992.

Entes privados que celebrem convênios com a administração pública também respondem na forma da Lei n. 8.429/1992?

26

O raciocínio é o mesmo. Ainda que não se comprove participação de agente público, detectada a prática de improbidade administrativa por sujeitos do ente particular conveniente, impõe-se a responsabilização na forma da Lei n. 8.429/1992, atentando-se apenas para as limitações fixadas no art. 1º e seu parágrafo único. Assim, qualquer desvio de recursos será sancionado pela Lei n. 8.429/1992.

Cabe aplicar a Lei de Improbidade Administrativa a quem não é nela qualificado como agente público?

27

A própria Lei n. 8.429/1992 prescreve, por equiparação, que

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

Desse modo, comprovado o liame objetivo e subjetivo que vincula certa pessoa física ou jurídica à prática de improbidade, todos responderão

solidariamente pela imoralidade que será sancionada na forma da Lei n. 8.429/1992. A expressão “no que couber” faz-se necessária porque há sanções incompatíveis com a situação de terceiros (ex.: perda da função pública).

28

Em qualquer hipótese, deve o beneficiário de um ato de improbidade administrativa responder na forma da Lei n. 8.429/1992?

Não. A lei qualifica a responsabilidade pelo benefício direto ou indireto, o que pressupõe efetivamente o conhecimento da imoralidade que contamina a validade do ato que gerou o benefício imoral. Sem prova de recebimento voluntário e consciente derivado de atividade ímproba, não há como responsabilizar na forma da Lei n. 8.429/1992.

Improbidade administrativa por enriquecimento ilícito

Wellington Cabral Saraiva

O que é enriquecimento ilícito?

29

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) considera enriquecimento ilícito o fato de um agente público obter qualquer aumento indevido de seu patrimônio em virtude do exercício de função pública (art. 9º). Os aumentos normais do patrimônio do agente público, como a compra de bens com sua remuneração ou com outras fontes legítimas de rendimentos, não caracterizam o enriquecimento ilícito.

Se o agente público receber um presente, estará caracterizado enriquecimento ilícito?

30

Nem sempre. Existem normas que procuram regulamentar o recebimento de presentes por parte de agentes públicos. No caso dos órgãos do Poder Executivo Federal, por exemplo, aplica-se o Código de Conduta da Alta Administração Federal, criado pela Comissão de Ética Pública da Presidência da República, que proíbe o recebimento de presentes de valor superior a R\$100,00, com algumas exceções. Se o Ministério Público, a Polícia, o Tribunal de Contas ou outro órgão tomar conhecimento de um caso, ele será examinado individualmente. É possível o recebimento de presente de parente ou amigo, desde que não tenha relação com o exercício da função pública.

Enriquecimento ilícito é o mesmo que corrupção?

31

No Direito brasileiro, corrupção é um termo que corresponde a diferentes atos, até de caráter sexual, como no caso da corrupção de menores (art. 218 do Código Penal). Em relação aos órgãos públicos, o Código Penal considera corrupção passiva o ato do agente público que solicite, receba

ou aceite a promessa de receber vantagem indevida, em decorrência do exercício de suas funções (art. 317, com pena de reclusão de dois a doze anos, mais multa). Caso o agente público receba vantagem indevida, sua conduta será, ao mesmo tempo, crime (punido pelo Código Penal) e ato de improbidade administrativa (punido pela Lei da Improbidade Administrativa). A depender das circunstâncias, se o agente público apenas solicitar ou aceitar a promessa da vantagem indevida, praticará o crime de corrupção passiva, mas não o ato de improbidade.

32 | **Enriquecimento ilícito é o mesmo que peculato?**

O Código Penal trata o peculato como crime praticado por funcionário público contra a administração pública. Ele consiste em o funcionário apropriar-se de qualquer bem móvel que esteja em seu poder em razão do cargo ou desviá-lo em seu proveito ou no de outra pessoa. Também ocorre o peculato quando o funcionário subtrai o bem ou auxilia a subtração dele, mesmo que não tenha sua posse, aproveitando a facilidade oferecida por seu cargo. Em qualquer desses casos, a pena é de reclusão de dois a doze anos, mais multa (art. 312). Por estar no Código Penal, o peculato é punido como crime, em ação proposta pelo Ministério Público. A conduta do peculato também caracteriza ato de improbidade administrativa, de forma que o Ministério Público deverá ainda propor ação baseada na LIA, para que o agente público seja punido também nos termos dessa lei (veja a pergunta 38 adiante).

33 | **O pagamento de comissão, percentagem ou gratificação caracteriza improbidade administrativa?**

A LIA expressamente proíbe o recebimento de comissão, percentagem ou gratificação pelo fato de o agente público praticar ato ligado à sua função (art. 9º, I). Isso é considerado enriquecimento ilícito e, portanto, ato de improbidade.

Seria correto uma autoridade utilizar máquinas, equipamentos ou pessoal de órgão público em seu próprio benefício? Seria correto alegar que o uso da máquina ou equipamento não os retira do patrimônio do órgão público?

34

Os bens da administração pública são adquiridos com o dinheiro da população, sob a forma de tributos, e destinam-se exclusivamente a atender às necessidades da sociedade. O mesmo se aplica ao pessoal dos órgãos públicos, incluindo os contratados e terceirizados, que são pagos com dinheiro público. Não podem ser usados em benefício de particulares (a não ser em casos excepcionais, autorizados por lei) nem dos agentes públicos. O uso de máquinas e equipamentos causa desgaste nesses bens, gera custos de manutenção e reduz o valor deles (o que se chama depreciação), além de ferir os princípios constitucionais da finalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa. Por isso, a LIA considera enriquecimento ilícito o uso de máquinas, equipamentos ou pessoal de órgão público em benefício de autoridade (art. 9º, IV).

Se o agente público receber alguma vantagem para deixar de cumprir seu dever, estará caracterizado ato de improbidade administrativa?

35

A LIA pune não só o recebimento de vantagem indevida pela prática de certos atos, como também o fato de o agente público se omitir, isto é, deixar de praticar atos aos quais estava obrigado. A lei refere-se expressamente, por exemplo, ao recebimento de vantagem para que o agente público tolere a exploração de jogos de azar, de lenocínio (ou seja, a exploração do sexo), de narcotráfico, de contrabando, de usura (o empréstimo ilegal de dinheiro a juros), ou de qualquer outra atividade ilícita (art. 9º, V).

Além disso, nesses casos, o agente público poderá também ser processado pelo crime de prevaricação (deixar o agente público de cumprir dever legal, retardá-lo ou praticá-lo contra a lei), previsto no Código Penal, e punido com detenção de três meses a um ano, mais multa (art. 319).

36

Como se explica o fato de alguns agentes públicos aumentarem enormemente seu patrimônio durante o exercício da função pública? Trata-se de ato de improbidade?

O agente público pode aumentar seu patrimônio ao longo do tempo de maneira legal. Além de sua remuneração, existe a possibilidade de outras fontes legais de renda, como certas acumulações de cargos ou empregos, o recebimento de heranças, o retorno de investimentos financeiros, a aplicação em mercados como o de ações etc. Em qualquer caso, porém, esse aumento de patrimônio deve ser declarado à Receita Federal e ao órgão público para o qual o cidadão trabalha, e o agente público deve guardar comprovantes para demonstrar que a origem foi legal. Sem essa comprovação, o agente público poderá ser processado por ato de improbidade administrativa, pois a lei assim considera o fato de ele adquirir, para si ou para outra pessoa, no exercício da função pública, quaisquer bens cujo valor seja incompatível com a evolução normal de seu patrimônio ou com sua renda (art. 9º, VII).

37

Um agente público pode trabalhar ou prestar algum serviço para empresa que tenha interesses afetados pela função pública?

As leis brasileiras impõem diversas restrições ao trabalho dos agentes públicos. Para os servidores federais em geral, a Lei n. 8.112/1990 proíbe que o servidor utilize o cargo para obter vantagem pessoal, com prejuízo à dignidade da função pública, que aceite qualquer vantagem decorrente

de suas funções e que exerça qualquer atividade incompatível com seu horário de trabalho e com a função que desempenhe (art. 117, IX, XII e XVIII). Isso já bastaria para impedir que um agente público aceitasse prestar serviço a empresa com interesse atingido por sua função. Também é proibida a participação na gerência ou na administração de qualquer empresa privada, salvo aquelas em que a União possua participação (art. 117, X). Além dessas normas, a LIA também proíbe aceitar emprego ou comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica com interesse atingido pelas funções do agente público (art. 9º, VIII). Em alguns casos, as leis também proíbem a aceitação de emprego ou função em empresas privadas mesmo depois de o agente público haver deixado a função. É a chamada “quarentena”, como ocorre com certas autoridades de especial importância, a exemplo do presidente do Banco Central, do advogado-geral da União e dos diretores das agências reguladoras, entre outros.

Como a LIA pune o enriquecimento ilícito?

38

A LIA, em virtude de comando previsto na própria Constituição da República (art. 37, § 4º), estabelece a possibilidade de o indivíduo ser punido de diferentes maneiras se praticar ato de improbidade administrativa. No caso do enriquecimento ilícito, as punições previstas são as seguintes: perda dos valores que o agente público tenha obtido ilicitamente, indenização do dano que o patrimônio público tenha sofrido, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa de até três vezes o valor recebido indevidamente e proibição de contratar com os órgãos públicos ou receber benefícios fiscais, direta ou indiretamente, pelo prazo de dez anos. Além disso, se a conduta também configurar algum crime, o indivíduo pode ser punido na esfera criminal e, se for agente público, poderá ainda sofrer punição de natureza administrativa. Em todos os casos, é necessário observar o devido processo legal.

Improbidade administrativa por lesão ao erário

Mônica Nicida Garcia

Lesão ao erário ou lesão ao patrimônio público?

39

Erário é o conjunto de bens e interesses de natureza econômico-financeira pertencentes aos entes da administração pública: União, estados, Distrito Federal, municípios, fundações públicas e autarquias.

Patrimônio público tem um conceito mais amplo, já que, além dos bens e interesses de natureza econômico-financeira, abrange os bens e interesses de natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística que pertencem aos entes da administração pública (art. 1º, § 1º, da Lei n. 4.717/1965).

Apesar de o art. 10 da Lei de Improbidade fazer referência aos atos que “causam lesão ao erário”, na verdade, ele aplica-se aos atos que “causam lesão ao patrimônio público” (GARCIA; ALVES, 2011, p. 309 e seguintes), tendo, assim, um alcance maior.

O rol de atos de improbidade previsto nos incisos do art. 10 da Lei n. 8.429/1992 é taxativo?

40

O conceito de ato de improbidade que causa lesão ao erário encontra-se no *caput* do art. 10 e é o seguinte: qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades da 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.

Trata-se de uma descrição ampla e genérica, em que podem ser encaixadas inúmeras condutas específicas, algumas das quais estão arroladas nos

quinze incisos do art. 10. No entanto, esse rol é exemplificativo e é possível que condutas que não estejam especificamente descritas nesses incisos também caracterizem atos de improbidade, nos termos do *caput* do art. 10.

Portanto, o rol de atos de improbidade do art. 10 da Lei n. 8.429/1992 não é taxativo.

41

A lesão ao erário, para que possa ser punida, só pode ser causada por uma ação?

A lesão ao erário a que se refere o art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa pode ser causada tanto por ação como por omissão.

A maior parte dos atos de improbidade é causada por ações concretas do agente, quando, por exemplo, ele desvia ou se apropria de valor de que tem a posse, dispensa licitação quando esta era necessária, doa bens ou valores pertencentes à administração pública sem a observância das normas legais, concede um benefício fiscal indevidamente, permite ou facilita a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado ou realiza operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares.

A lesão pode ser causada, também, por omissão, que se verifica quando o agente não age quando deveria ter agido. É o que ocorre, por exemplo, quando um fiscal age negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, quando um servidor nada faz para evitar a deterioração de um bem público que deveria ser conservado, quando deixa de tomar providências ao verificar que estão sendo utilizados, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade das entidades públicas, ou fica inerte diante da utilização, por particulares, do trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados pelas entidades públicas.

Se a lesão ao erário for causada mesmo sem que tenha havido intenção do agente em causá-la, pode haver a responsabilização do agente?

42

O art. 10 da Lei n. 8.429/1992 prevê, expressamente, que o ato de improbidade que causa lesão ao erário pode ser causado por dolo ou por culpa. O ato de improbidade é doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. O ato de improbidade é culposo quando o agente deu causa a ele por imprudência, negligência ou imperícia. Por exemplo: o agente público encarregado da guarda do patrimônio de uma biblioteca pública que se apropria de uma obra rara do acervo, causando, assim, dano ao patrimônio público, pratica um ato doloso de improbidade. Se esse mesmo agente, apesar de não querer subtrair qualquer obra da biblioteca, permite que outra pessoa o faça, por não ter tomado todas as medidas necessárias no sentido de garantir a inviolabilidade do acervo, agindo, portanto, de maneira negligente, pratica também um ato de improbidade, na modalidade culposa.

Esta espécie de ato de improbidade (art. 10) é a única em que a LIA expressamente admite a forma culposa.

A caracterização do ato de improbidade que causa lesão ao patrimônio depende da comprovação de obtenção de vantagem indevida por parte do agente?

43

A Lei n. 8.429/1992 prevê três tipos de atos de improbidade: os que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam prejuízo ao erário (art. 10) e os que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

A prova da obtenção indevida de vantagem pelo agente público só é indispensável para a caracterização de ato de improbidade que importa enriquecimento ilícito (art. 9º). Nos outros casos, essa prova é desnecessária.

Portanto, a caracterização da prática de ato de improbidade que causa prejuízo ao erário não depende da comprovação de que o agente público tenha obtido qualquer espécie de vantagem indevida.

44 | **É preciso demonstrar o efetivo prejuízo ao patrimônio e quantificá-lo?**

Há muitas situações em que o dano ao patrimônio público é presumido pela lei, vale dizer, não precisa nem mesmo ser demonstrado para que se dê por caracterizado. É o que ocorre nas situações descritas no artigo 4º da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/1965). Nesses casos, a lei prevê que o ato deve ser anulado, independentemente de ser comprovado ou não o prejuízo, que, repita-se, é presumido.

O art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, porém, ao definir o ato de improbidade que causa prejuízo ao erário, exige que esse ato “enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres” das entidades públicas.

É, assim, indispensável que o prejuízo fique demonstrado, até mesmo para que se possa obter o integral ressarcimento do dano, que é uma das consequências da responsabilização do agente público pela prática de ato de improbidade administrativa, como expressamente preveem o art. 37 da Constituição Federal e os arts. 12, II, e 5º da Lei n. 8.429/1992; segundo este último, “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”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça exige efetivo dano ao erário (critério objetivo), além de, ao menos, culpa, para a caracterização de atos de improbidade que causem prejuízo ao erário conforme AgRg no Ag 1386249/RJ, rel. min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, julgado em 10.4.2012, *DJe* 13.4.2012.

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça, embora tenha se inclinado pela necessidade de comprovação do dano (REsp. 1.169.153/SP, rel. min. Teori Albino Zavascki, *DJe* 24.8.2011), já entendeu que independem de prova fatos notórios e deduzidos das regras de experiência (art. 334, I e IV, do CPC) como, por exemplo, o prejuízo presumido no caso de fracionamento do objeto licitado para permitir a dispensa da licitação. Há a presunção de que os sistemas de Lei n. 8.666/1993 e Decreto-Lei n. 2.300/1986 garantem a escolha da melhor proposta em ambiente de igualdade de condições (REsp 1280321/MG, rel. min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 6.3.2012, *DJe* 9.3.2012).

Quais são as sanções previstas para o ato de improbidade que causa lesão ao erário?

45

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988 diz que

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

A lei a que se refere a Constituição é a Lei n. 8.429/1992, que, em seu art. 12, prevê que, independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, o responsável pelo ato de improbidade está sujeito, na hipótese do art. 10, às seguintes sanções: ressarcimento integral do dano; perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer essa circunstância; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos; pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

46

Em que casos concretos é possível reconhecer-se a prática de ato de improbidade que causa prejuízo ao erário?

Enquadram-se na descrição de atos de improbidade que causam prejuízo ao erário, exemplificativamente, as seguintes condutas:

- » permitir que particular utilize veículo oficial ou outros bens públicos, como imóveis, equipamentos, máquinas ou outro material qualquer para fins também particulares;
- » permitir a venda ou a doação de um imóvel integrante do patrimônio público sem autorização legislativa;
- » permitir a venda de um imóvel integrante do patrimônio público por preço inferior ao de mercado, ou seja, subavaliado, ainda que mediante autorização legislativa;
- » adquirir bens por preço superior ao de mercado, beneficiando, assim, o vendedor, ou obtê-los com ônus anteriores que impossibilitem o registro da propriedade em nome da administração (REsp 1.151.884/SC, rel. min. Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 15.5.2012, DJe 25.5.2012);
- » permitir que a administração pública pague aluguel de imóvel em valor superior ao de mercado, beneficiando, assim, o locador;
- » na realização de um acordo para recebimento de crédito de um particular, aceitar garantia insuficiente ou inidônea;
- » emprestar dinheiro público sem fundamento em qualquer lei e sem apoio na lei orçamentária;
- » conceder benefício fiscal (isenção, imunidade, anistia etc.) a alguém sem que estejam preenchidos os requisitos legais previstos para essa concessão (por exemplo, sem a prova de que tenha sido beneficiado anteriormente, quando essa prova é necessária; sem a prova de que é entidade declarada de utilidade pública, quando isto é exigido; entidade beneficiada cujas condições de funcionamento são insatisfatórias ou que não tenha prestado contas etc.);

- » simular licitação ou dispensá-la em hipóteses em que a lei não o admita, com inobservância das disposições da Lei n. 8.666/1993, por exemplo, fracionando o objeto licitado para que se dispense a licitação (cf. REsp 1280321/MG, rel. min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 6.3.2012, *DJe* 25.4.2012);
- » ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas pela lei ou pelo regulamento, como a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), como, por exemplo, a emissão de empenhos em duplicidade (AgRg no Ag 1365386/RS, rel. min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 22.3.2011, *DJe* 25.4.2011);
- » lavrar auto de infração calculando tributo, multa e juros em valores inferiores aos efetivamente devidos, seja diminuindo a base de cálculo, seja aplicando a alíquota errada, ou por qualquer outro expediente que se preste a reduzir o valor devido;
- » liberar verba pública sem a observância de todas as normas legais, como, por exemplo, pagando por mercadoria ainda não recebida, obra ainda não entregue, despesa sem prévio empenho e por débito constante de precatório fora da ordem cronológica de sua apresentação;
- » aplicar irregularmente verba pública, como, por exemplo, empregando recursos legalmente vinculados (na lei orçamentária anual) a um determinado fim, com finalidade diversa, utilizando dinheiro público em programas, projetos ou obras não incluídos na lei orçamentária;
- » reter indevidamente e não repassar a instituto de previdência e assistência municipal valores relativos a empréstimos simples contraídos por servidores públicos municipais e seus equiparados, descontados em folha de pagamento, além de utilizar das mencionadas cifras para fim diverso daquele instituído por lei complementar. (cf. noticiado no Informativo STJ 377 de 17 a 21.11.2008);
- » permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro enriqueça às custas do erário, como por exemplo, efetivar desapropriação por interesse social com objetivo de privilegiar o dono da propriedade.

47

Existem medidas para garantir o ressarcimento do dano causado pelo agente ímprobo?

A fim de garantir o ressarcimento do dano, é possível determinar a indisponibilidade ou o sequestro dos bens do agente acusado da prática de ato de improbidade (arts. 7º e 16 da Lei n. 8.429/1992). Trata-se de medidas cautelares que visam assegurar o ressarcimento, podendo ser determinadas pelo juiz, a pedido do Ministério Público ou do autor da ação, no início ou no curso do processo. Ao final, a sentença que julgar procedente a ação de improbidade pode decretar a perda dos bens havidos ilícitamente e determinar a reversão dos bens em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ato e/ou o pagamento do valor correspondente ao ressarcimento do dano causado (art. 18 da Lei n. 8.429/1992). A respeito dessa matéria, vejam-se as perguntas 76 a 80.

48

Caracterizada a prática de ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, pode o agente sofrer outras sanções, além daquelas previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992?

Uma mesma conduta do agente público pode caracterizar, além de ato de improbidade administrativa previsto no art. 10 da Lei n. 8.429/1992, crime e/ou ilícito administrativo. Nesse caso, o agente deverá responder em todas as esferas de responsabilidade, ou seja, pelo ato de improbidade, sujeitando-se às sanções do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, como pelo crime, sujeitando-se às penas privativas de liberdade, pecuniária ou restritiva de direitos, estabelecidas no Código Penal ou em outras leis penais, como também, finalmente, pelo ilícito administrativo, sujeitando-se às sanções administrativas respectivas.

Por exemplo, um agente público que, ao invés de aplicar uma determinada verba pública integralmente em sua destinação própria (construção

de uma obra ou implementação de um programa), desvia parte dela em favor de um particular, empreiteiro ou prestador de serviço, beneficiando-o, pratica não só o ato de improbidade que causa lesão ao erário, previsto no art. 10, I, da Lei n. 8.429/1992, como também o crime de peculato (art. 312 do Código Penal), para o qual a lei prevê pena de reclusão, de dois a doze anos e multa. Pratica, ainda, falta administrativa disciplinar (art. 117 da Lei n. 8.112/1990), sujeitando-se, assim, às penalidades previstas no Estatuto do Servidor Público (advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão ou destituição de função comissionada). Se esse agente público for prefeito municipal, pratica crime de responsabilidade (art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967), que é punido com pena de reclusão, de dois a doze anos e multa, bem como a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública.

Diz-se, assim, que o agente público está sujeito a diversas esferas de responsabilidade, que são independentes, cabendo a aplicação das sanções previstas em cada uma delas, mesmo que uma só conduta tenha sido praticada.

Improbidade administrativa
por violação aos princípios da
administração pública

Walter Claudius Rothenburg

Por que a legislação refere atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública?

49

O objetivo é que nenhum ato de improbidade administrativa escape da Lei n. 8.429/1992. Por isso, esses atos são classificados em ordem decrescente de gravidade. Os mais graves estão no grupo do art. 9º, quando alguém (o próprio servidor público ou terceiro) enriquece ilicitamente, ou seja, beneficia-se economicamente com a improbidade. A seguir, vêm os atos do grupo do art. 10, quando há prejuízo ao erário, ou seja, é provocado um dano econômico ao patrimônio público, ainda que ninguém tenha sido beneficiado. Finalmente, estão previstos os atos de improbidade administrativa do grupo do art. 11, que são contrários aos princípios que regem a administração pública, mesmo que não tenham proporcionado enriquecimento ilícito nem provocado prejuízo econômico ao patrimônio público.

Muitas vezes, há dificuldade em provar o enriquecimento ilícito de alguém ou a lesão econômica ao patrimônio público, embora esteja demonstrada a violação a princípios da administração pública. Nesses casos, ainda é possível condenar o responsável por improbidade administrativa. Essa possibilidade de responsabilização “residual” justifica que a lei tenha previsto atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

Quais são os princípios da administração pública cujo desrespeito caracteriza improbidade administrativa?

50

A Lei n. 8.429/1992 apresenta, no art. 11, um elenco de princípios da administração pública cuja violação representa improbidade administrativa: “os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade

às instituições”. Em seguida, a lei oferece exemplos de ações ou omissões que caracterizam violação a tais princípios:

praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; negar publicidade aos atos oficiais; frustrar a licitude de concurso público; deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

As previsões da lei são exemplificativas, ou seja, não esgotam as possibilidades. Existem outros princípios que regem a administração pública e cuja inobservância pode revelar improbidade administrativa, como aqueles estabelecidos na Constituição, tanto no art. 37 – que mencionava, originalmente, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade (repetidos no art. 4º da Lei n. 8.429/1992), e passou, a partir da Emenda Constitucional n. 19/1998, a contar também com a eficiência –, quanto em outros dispositivos: participação dos usuários dos serviços públicos e transparência (art. 37, § 3º), dever de o agente público dar satisfação de seus atos e prestar contas (art. 58, § 2º, V, e art. 70), continuidade das políticas públicas (arts. 165 e 166, §§ 1º e 2º) etc.

Exemplo: se um secretário de saúde deixa, sistematicamente, de prestar esclarecimentos à população sobre a justificativa para a escolha das prioridades e dos modos de implementação de políticas públicas (por exemplo, por que a compra de ambulâncias e não a ampliação do hospital?), comete improbidade administrativa.

A administração pública deve orientar-se por tais princípios, que funcionam como guias jurídicos para a realização das finalidades estatais e para o bom atendimento da população, como esclarece Márcia Noll Barboza (2002, p. 119).

Somente os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia, como diz o art. 4º da Lei n. 8.429/1992, podem praticar atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública?

51

Não. A própria lei estende o conceito de agente público para abranger todos aqueles que, não sendo servidores públicos “regulares” (não estando situados em nenhum nível ou hierarquia), mesmo assim exerçam, 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 (art. 2º da Lei n. 8.429/1992). Basta, portanto, que o sujeito pratique ato em nome ou por conta da administração pública, valendo-se de poder público.

É o caso, por exemplo, do mesário nas eleições, do médico credenciado ao Sistema Único de Saúde (SUS), do serventuário de cartório extrajudicial.

Indo além, a lei alcança também os particulares que tenham participado da improbidade administrativa, ou seja, pessoas (até mesmo jurídicas) que, mesmo sem vínculo orgânico com a administração pública, induzam ou concorram “para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie[m] sob qualquer forma direta ou indireta” (art. 3º da Lei n. 8.429/1992). Para ilustrar: alguém que divulga questões de concurso público de que tomou conhecimento antes de sua realização (art. 11, V, da Lei n. 8.429/1992).

52

Exige-se compreensão do caráter da conduta (conhecimento) e condições de determinar-se de acordo com essa compreensão (vontade), ou seja, dolo, do sujeito que pratica ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública?

Sim, segundo boa parte dos analistas, pois a culpa seria suficiente apenas nas hipóteses de improbidade administrativa que provocam lesão ao patrimônio público (art. 5º da Lei n. 8.429), previstas no grupo do art. 10 (GARCIA; ALVES, 2006, p. 281-284), sendo que essa parece ser a tendência da jurisprudência (ex.: Superior Tribunal de Justiça, REsp. 658.415/RS, 2ª Turma, rel. min. Eliana Calmon, 27 jun. 2006; REsp. 604.151/RS, 1ª Turma, rel. min. José Delgado, 25 abr. 2006). Os atos de improbidade administrativa, segundo a opinião prevalecente, devem ser suficientemente graves e as sanções impostas são tão pesadas, que somente um comportamento intencional (doloso) seria admissível.

Tenho opinião divergente, pois entendo que os agentes públicos devem ter cuidado especial com o patrimônio público (em sentido amplo) e mesmo um descuido não intencional (ou seja, culposo) grave pode justificar o enquadramento. Considero que o art. 5º (“Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”), uma vez que está inserido na parte geral da Lei n. 8.429/1992, vale para todas as espécies de atos de improbidade administrativa, e a referência a “patrimônio público” (diferente de “erário”, contido no art. 10) deve ser entendida amplamente.

Assim, seria suficiente a culpa, pelo menos uma culpa grave (MARTINS JÚNIOR, 2001, p. 230), como, por exemplo, quando o sujeito, por falta de cuidado, permite que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço (art. 11, VII, da Lei n. 8.429/1992).

De qualquer modo, seja exigindo-se dolo, seja apenas culpa, cabe à acusação bem demonstrar a participação subjetiva do acusado de improbidade administrativa.

Qualquer ato de improbidade administrativa não atenta necessariamente contra os princípios da administração pública?

53

Sim. Ora, se qualquer ato de improbidade atenta necessariamente contra os princípios da administração pública, sempre que houvesse enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei n. 8.429/1992) ou dano ao erário (art. 10), não deveríamos invocar também o art. 11?

Acho que não, pois haveria certa redundância na previsão legal: por que prever várias hipóteses diferentes para um mesmo enquadramento? Sob o aspecto das sanções, também haveria inutilidade, pois as sanções (quase sempre) mais graves previstas para as duas primeiras modalidades de atos de improbidade administrativa (arts. 9º e 10) absorvem as sanções previstas para os atos que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11), conforme o art. 12 da Lei n. 8.429/1992.

Portanto, o art. 11 deve ficar apenas para as condutas que não importem enriquecimento ilícito (art. 9º) nem causem prejuízo ao erário (art. 10). O art. 11 tem uma importante função “residual” (ou sob outra perspectiva, é uma “norma de reserva” (GARCIA; ALVES, 2006, p. 273), pois permite “capturar” atos de improbidade que tenham “passado” pelas malhas dos arts. 9º e 10 (quando, por exemplo, há dificuldade de provar o enriquecimento ilícito ou o prejuízo). Assim, não tem sentido classificar determinado ato de improbidade, já caracterizado como provocador de enriquecimento ilícito e/ou de prejuízo ao erário, como violador de algum princípio da administração pública: essa “subsunção plúrima”, por necessária e automática, é superfetatória e insignificante (ROTHENBURG, 2002, p. 477-478).

54**O que significa o princípio da moralidade administrativa? E o dever de lealdade às instituições?**

A moralidade administrativa define-se por padrões de honestidade, transparência (sobretudo permitir o acesso às informações), participação (permitir que as pessoas exponham suas considerações e contribuam para as tomadas de decisão), sintonia com as expectativas éticas da população e empenho. Praticar nepotismo, assumir compromissos públicos e depois ignorá-los, acomodar-se e deixar de envidar esforços para a solução dos problemas surgidos exemplificam atentado à moralidade administrativa, que é uma das mais candentes manifestações da improbidade (que, por sua vez, é o gênero, do qual a corrupção é uma das espécies). Perceba-se que a moralidade administrativa tem um sentido mais objetivo e técnico, por isso não se confunde (embora tenha convergências) com a moralidade social ou individual.

A lealdade às instituições é um aspecto da moralidade e tem a ver com o dever de os agentes públicos assumirem a missão institucional do órgão público e representarem bem o interesse público. Por exemplo, ao saber que material apreendido pela Receita está disponível para ser distribuído aos diversos órgãos públicos, o servidor deve empenhar-se em obter coisas adequadas à sua repartição. Por outro lado, se o responsável percebe que o órgão onde atua carece de pessoal, não pode deixar de promover a realização de concurso público ou a apresentação de projeto de lei para a criação de novos cargos, como se não se importasse ou, mesmo, quisesse que o órgão a que está vinculado não funcionasse direito. Outro exemplo: após assumir a direção de um conselho profissional, o sujeito passa a adotar um discurso nihilista, contrário a qualquer forma de controle. Ora, com essa opinião, o sujeito não deve, honestamente, candidatar-se e assumir um cargo de direção num conselho profissional. Mais uma ilustração tirada da jurisprudência: Procurador de Câmara Municipal, que atuou como advogado de réus em ação de improbidade

administrativa por atos praticados em detrimento da própria Câmara, comete improbidade ele mesmo (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ap. 70004353744, rel. Des. Vasco Della Giustina, 6 nov. 2002).

Embora não seja possível traçar uma separação absoluta, assim como a moralidade administrativa não deve confundir-se com a moral comum, também a lealdade às instituições não deve confundir-se com um programa político-partidário ou uma concepção corporativista.

Pequenas irregularidades caracterizam improbidade administrativa por violação dos princípios da administração pública? Isso não tende a tornar insuportável a gestão pública, com a banalização da aplicação da Lei n. 8.429/1992?

55

Com efeito, é preciso moderação para não enxergar improbidade administrativa em tudo e desestimular os administradores públicos zelosos e preocupados. O objetivo da Lei n. 8.429/1992 é atingir apenas os atos relevantes e os sujeitos mal-intencionados. Outros atos equivocados, mas não tão graves, podem justificar uma responsabilização no âmbito administrativo, não uma responsabilização judicial.

O princípio da insignificância, que exclui as condutas irrelevantes, tem aplicação em relação à improbidade administrativa.

Essa prudente avaliação quanto à relevância para fins de improbidade pode ser feita na fase de investigação, antes da propositura de ação judicial, e recomendar o arquivamento do respectivo procedimento administrativo (inquérito civil). Também por ocasião das manifestações da acusação no processo judicial (em parecer ou em alegações finais, por exemplo). O que a lei não permite é a transação, acordo ou con-

ciliação nas respectivas ações judiciais (art. 17, § 1º), mesmo sob o argumento da insignificância.

Contudo, ante a corrupção e o descaso crônicos na administração pública brasileira, o que mais falta não é moderação, mas atuação firme!

56

Quais as sanções para os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública?

As sanções são as seguintes: ressarcimento integral do dano, se houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos; pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos (art. 12, III, da Lei n. 8.429/1992).

Tais sanções já estão previstas, com mais intensidade, para os atos de improbidade que importem enriquecimento ilícito (art. 12, I) ou causem prejuízo ao patrimônio público (art. 12, II), do que se conclui que o art. 11 da Lei n. 8.429/1992 tem uma função “residual”. A previsão de eventual ressarcimento integral do dano parece descabida, pois, se houvesse prejuízo ao erário, o enquadramento deveria se dar no art. 10, mas é possível aventar pelo menos duas justificativas: 1) se houver dano moral difuso (embora eu entenda ser essa espécie de dano, por constituir prejuízo ao patrimônio público já incluída no art. 10); 2) para permitir o ressarcimento de particular prejudicado, se for o caso (WEICHERT, 2006, p. 64).

Há improbidade administrativa quando o sujeito “deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo” (art. 11, VI, da Lei n. 8.429/1992), mas o Tribunal de Contas ainda assim as aprovar ou, mesmo que não, o respectivo Poder Legislativo as aprovar?

57

Sim. O art. 21, II, dispõe que a aplicação das sanções por improbidade administrativa independe “da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas”. Existem diversos órgãos e poderes com competência para, autonomamente, avaliar a conduta do agente público. A avaliação da prestação de contas pelo Tribunal de Contas não é vinculante nem em relação ao Poder Legislativo (ex.: art. 31, § 2º, da Constituição Federal), nem para o Poder Judiciário, e mesmo a avaliação (eminentemente política) do Legislativo é vinculante em relação ao Judiciário. Mas é claro que uma aprovação das contas aumenta a dificuldade (o ônus) da prova da improbidade administrativa a cargo do acusador.

É possível referir ações propostas pelo Ministério Público em razão de atos de improbidade por violação aos princípios da administração pública?

58

São hoje muitas as ações civis públicas por improbidade administrativa propostas pelo Ministério Público. Destaco as seguintes, relacionadas a atos que violam princípios da administração pública:

- » não atendimento de recomendação do Ministério Público para que não houvesse cobrança indevida de tributo que já havia sido considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 11, *caput*);

- » declaração indevida de prevenção na distribuição de processos judiciais (art. 11, *caput*);
- » tortura praticada por agentes da Polícia Federal (art. 11, I – ação promovida pelo Procurador da República Daniel Sarmiento);
- » assédio sexual (art. 11, I);
- » empréstimo de recursos públicos para projeto sem exigência de prévio Estudo de Impacto Ambiental (art. 11, I);
- » denominação, dada a prédio público, de pessoa viva (art. 11, I);
- » irregularidades no processo eleitoral de conselho profissional (art. 11, I e II);
- » inércia de servidor público encarregado de fiscalizar empresas de vigilância, em implantar medidas voltadas às pessoas com deficiência física (art. 11, II);
- » inércia de órgão ambiental em relação a obras para evitar atropelamento de animais silvestres em rodovia (art. 11, II);
- » quebra de sigilo funcional e prática de ato de ofício em desconformidade com as regras do serviço (art. 11, I, II, III e VI).

Apuração dos atos de improbidade administrativa

Sérgio Monteiro Medeiros

Em que consiste a apuração do ato de improbidade administrativa?

59

A apuração é a investigação, a averiguação, a coleta de informações (provas) que irão determinar as circunstâncias concretas (reais) em que, eventualmente, aconteceu o ato de improbidade administrativa.

Não se pode, de início, no limiar de um procedimento apuratório, afirmar com certeza a ocorrência do ato de improbidade, pois a apuração pode, perfeitamente, atestar justamente o contrário, isto é, a inoccorrência de qualquer irregularidade, ou a ocorrência de mera irregularidade formal, sem maior significado, de sorte a não se enquadrar como ato de improbidade administrativa, que é mais grave do que a simples irregularidade.

É a apuração que, procedendo ao levantamento das provas acerca da efetiva ocorrência e da dinâmica (modo como se desenvolveram os fatos) do ato de improbidade administrativa e apontando (individualizando) quem sejam seus autores, isto é, os agentes públicos e, se for o caso, os terceiros beneficiários (particulares, pessoas não pertencentes aos quadros dos entes públicos, que obtiveram proveito com a prática do ato de improbidade), fornecerá os elementos indispensáveis (fatos verificados, autoria e respectivas provas) à propositura da ação civil de responsabilização por ato de improbidade administrativa.

Quem detém poderes para apurar a prática de ato de improbidade administrativa?

60

Um dos legitimados (ou seja, quem tem poderes legais) à apuração é o próprio ente público que sofreu o dano decorrente da prática do ato de improbidade administrativa. A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) expressa bem isso em seu art. 14, *caput*.

Se, por exemplo, o Ministério dos Esportes celebra um convênio com determinado município para a construção de uma quadra poliesportiva que não vem a ser construída, o projeto não é executado conforme previsto (faz-se a quadra, mas não coberta; é feita a arquibancada apenas de um lado; não é poliesportiva, mas de futebol de salão apenas, porque não foram adquiridos os equipamentos para outras práticas desportivas) ou as verbas repassadas não são integralmente empregadas nessa finalidade (hipótese de desvio), é dever do Ministério dos Esportes apurar os fatos em toda a sua extensão, pois, diante de tais irregularidades, há indícios (sinais, com razoável grau de probabilidade de uma ocorrência) da prática de ato de improbidade administrativa.

Entretanto, não há exclusividade na apuração por parte do ente da administração pública que sofreu o dano. A LIA (Lei n. 8.429/1992) não exprimiu essa exclusividade. Aliás, se o tivesse feito estaria em choque com a Constituição Federal, ou, em outras palavras, essa vedação seria inconstitucional, pois a lei não pode contrariar a Constituição, e de seu próprio texto (da Constituição) decorre a legitimação (atribuição de poder legal) de outros órgãos, como os Tribunais de Contas, o Ministério Público, a Polícia Judiciária e o Poder Legislativo. Esse é o entendimento majoritário da doutrina (FIGUEIREDO, 2004, p. 295 e 325-326, *passim*; GARCIA; ALVES, 2002, p. 441-513, *passim*; MARTINS JÚNIOR, 2001, p. 151; MEDEIROS, 2003, p. 221-241, *passim*; SARMENTO, 2002, p. 150-154, *passim*) e da jurisprudência (STJ, REsp. 154128, 1ª Turma, rel. p/ acórdão min. Milton Luiz Pereira, julgado em 11.5.1998; STJ, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 344207, 1ª Turma, rel. min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 3.6.2003; STF, HC 71.039/RJ, Tribunal Pleno, rel. min. Paulo Brossard, julgado em 7.4.1994).

A esse rol acresçam-se os órgãos de controle interno da administração pública, notadamente a Controladoria-Geral da União (CGU), que, conforme consta em seu próprio sítio eletrônico,

é o órgão do Governo Federal responsável por assistir direta e imediatamente ao Presidente da República quanto aos assuntos que, no âmbito do Poder Executivo, sejam relativos à defesa do

patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, por meio das atividades de controle interno, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria.

A CGU faz bom trabalho na fiscalização do emprego das verbas federais, mas como suas atividades não têm como destinatário direto o Ministério Público, ou não se voltam, especificamente, à apuração de atos de improbidade, acontece de o trabalho desenvolvido revelar-se insuficiente à responsabilização de agentes ímprobos no âmbito judicial. Nesse ponto, haja vista o interesse público que permeia a matéria, a CGU poderia aprimorar seus esforços visando à tarefa do Ministério Público. Ademais, em razão da amplitude da vocação da CGU, quando recebe os resultados de suas fiscalizações, o órgão do Ministério Público deve ter o cuidado de separar o que lhe servirá, ou seja, o que é prova ou indício de ato de improbidade administrativa do que é relato de mera impropriedade ou conclusão de auditoria estritamente relacionada à melhoria do serviço público.

O Ministério Público, se não optar por requisitar (representar, no caso do TCU) a apuração a um dos órgãos acima mencionados, ou seja, se houver por bem investigar diretamente, pode valer-se de um entre dois instrumentos para proceder a apurações de atos de improbidade administrativa: inquérito civil público ou procedimento administrativo. Ambos acham-se contemplados na Constituição Federal, no art. 129, III e VI, respectivamente. Na legislação infraconstitucional estão regulados na Lei de Improbidade Administrativa, Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), na Lei Orgânica dos Ministérios Públicos dos Estados (Lei n. 8.625/1993) e no Estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75/1993).

No exercício desses misteres, o órgão do Ministério Público, além dos poderes investigatórios (realização de inspeções, inquirições, requisições etc.), deve estar bastante atento a dados e informações de acesso público – máxime ante o advento da Lei de Acesso à Informação, Lei n. 12.527, de 18.11.2011 – disponíveis na Internet, além de conteúdos

reservados depositados em bancos de dados públicos porém dependentes de acesso previamente autorizado, como o CNIS (Cadastro Nacional de Informações Sociais) e o REDE INFOSEG (portal de entrada administrado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça), que viabiliza o acesso a diversos bancos de dados públicos, tais como Receita Federal e Polícia Federal. A pesquisa nesses sítios eletrônicos é capaz de acelerar e potencializar os resultados do trabalho investigatório. Acontece, eventualmente, de uma informação já publicada na Internet, como a apreciação da prestação de constas de um convênio, por exemplo, vir a ser requisitada pelo modo tradicional (mediante ofício requisitório), quando simples consulta *on-line* poderia solver a demanda.

É necessário explorar essas novas possibilidades e ferramentas propiciadas pelos sopros de transparência que vicejam na administração pública, especialmente com o advento da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011).

Um entre dois instrumentos para proceder a apurações de atos de improbidade administrativa: inquérito civil público ou procedimento administrativo. Ambos acham-se contemplados na Constituição Federal, nos incisos III e VI do art. 129. Na legislação infraconstitucional estão regulados na Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), na Lei Orgânica dos Ministérios Públicos dos Estados (Lei n. 8.625/1993) e no Estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75/1993).

61

Quem pode requerer a apuração de ato de improbidade administrativa e quais os seus requisitos?

A Lei n. 8.429/1992 (LIA), em seu art. 14, expressa que “qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade”.

Esse direito de representação de que trata a LIA é uma consequência do direito constitucional de petição, garantido no art. 5º, XXXIV, *a*, da Constituição Federal, razão pela qual seu exercício não pode jamais ser condicionado ao pagamento de taxas, a qualquer título ou finalidade, mesmo que de interesse público.

A representação, ainda que não o diga a LIA, em face das atribuições constitucionais e legais de que se acham imbuídos, pode também ser dirigida a outros órgãos dotados de poderes investigatórios, como o Ministério Público, conforme esclarecem Figueiredo (2004, p. 165) e Medeiros (2003, p. 142 e seguintes).

Por “qualquer pessoa”, entenda-se qualquer brasileiro ou estrangeiro residente no Brasil, bem como qualquer pessoa jurídica (associações, sindicatos, empresas etc.). É o que, corretamente, defende Sarmento (2002, p. 146-147, *passim*).

A Lei n. 8.429/1992 (art. 14, § 1º) exige que o pedido seja formalizado (encaminhado, protocolado) por meio de representação (petição, documento em que os fatos conhecidos e tidos como ímprobos são relatados, com todos os elementos disponíveis, requerendo-se a adoção das providências cabíveis) escrita ou reduzida a termo e assinada, contendo a qualificação do representante (pessoa física ou jurídica, nome, endereço, número de inscrição no CPF ou no CNPJ, profissão e estado civil, em se tratando de pessoa física), as informações sobre o fato e sua autoria, além da indicação das provas de que tenha conhecimento.

Observe-se que a LIA parece pretender repelir a representação anônima, ou seja, aquela em que o autor não revela a sua identidade. Inclusive as Cortes Superiores, fundadas no fato de que a Carta da República veda o anonimato, têm anulado, por vezes, investigações iniciadas com base em “denúncia” anônima. Não nos parece, com todas as vênias, a melhor opção, porque o que veda a Constituição não é a notícia anônima de ilícitos, mormente se lesivos à administração pública, ao interesse público, mas sim o anonimato na manifestação de pensamento (art. 5º,

IV) e são coisas distintas, com tratamento constitucional próprio e, por isso, merecedoras de interpretações específicas.

No Superior Tribunal de Justiça a matéria não está pacificada, de modo que já se entendeu que

Em nosso ordenamento jurídico prevalece o princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal que o tenha condenado (art. 5º, LVII, da CF/1988), aqui entendido como presunção de idoneidade, que, para ser afastada, exige elementos mínimos a motivar o início de procedimento administrativo próprio visando ilidir tal presunção. Por justa causa entende-se o motivo legal ou o suporte probatório mínimo em que se baseie a acusação, não servindo para tal mister uma mera carta-denúncia anônima na qual se fundou a instauração do procedimento, mormente porque o ordenamento jurídico do País veda a prática do anonimato, nos termos do inciso IV do art. 5º da Constituição Federal. No mesmo sentido dispõe o art. 51 do Código de Ética da OAB. No mesmo sentido: QO na Sd 166/DF, Rel. Min. Nilson Naves, Corte Especial, *DJe* 3/9/2009. (STJ, REsp 1074302/SC, rel. min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, v.m. *DJe* 3.8.2010).

Mas, por outro lado, indo ao encontro da tese que defendemos, o mesmo STJ pronunciou-se no sentido que

Impõe-se destacar também que a “denúncia” anônima, quando fundada – vale dispor, desde que forneça, por qualquer meio legalmente permitido, informações sobre o fato e seu provável autor, bem como a qualificação mínima que permita sua identificação e localização -, não impede a respectiva investigação sobre a sua veracidade, porquanto o anonimato não pode servir de escudo para eventuais práticas ilícitas a ponto de transformar o Estado em verdadeiro paraíso fiscal. Aliás, o art. 2º, §3º, da Resolução n. 23/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, é expresso ao prever a necessidade de tomada de providências, ainda que o conhecimento pelo *Parquet* de fatos

constituidores, em tese, de lesão aos interesses e direitos cuja proteção está a seu cargo se dê por manifestação anônima (STJ, RMS 32065/PR, rel. min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, v.u., DJe 10.3.2011).

Se não puder ou não souber como reportar os fatos por escrito, o representante, a pessoa que conhece e deseja ver os fatos apurados, comparece à repartição pública competente (ente público prejudicado, Ministério Público, Tribunal de Contas, entre outros), explica verbalmente o motivo de seu comparecimento, e um funcionário da repartição “reduz a termo” (escreve) as suas declarações, após qualificá-la, colhendo a sua assinatura, ou a sua impressão digital, caso não seja alfabetizada, certificando essa circunstância e dando fé do ato.

A representação vincula, obriga a administração pública a proceder à apuração do suposto ato de improbidade administrativa noticiado?

62

Não. Nem o ente público lesado nem qualquer dos demais órgãos dotados de poderes investigatórios ficam obrigados a proceder a uma apuração tão somente em razão do recebimento de uma representação noticiando a prática de ato de improbidade administrativa.

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

Este é o exato teor do artigo 14, § 2º, da LIA.

Entrementes, não deve prevalecer excessivo rigorismo na interpretação da norma, pois essas compreensões desprestigiam a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, interesses e valores que se sobrelevam a formalidades legais. Assim, a autoridade administrativa não só pode como deve acatar a representação, ainda que não observados, perfeitamente, os prefalados requisitos do art. 14, § 1º, da LIA,

sempre que haja possibilidade ou razões para assim proceder, podendo até mesmo instaurar procedimento apuratório de ofício (por sua própria iniciativa), com base nas informações que lhe chegaram, caso entenda que se revestem de mínima verossimilhança (aparência de veracidade, procedência, plausibilidade). Essa compreensão respalda-se nos escólios de Medeiros (2003, p. 142) e Sarmiento (2002, p. 147). Nesse sentido, vale ainda conferir o que acima ficou consignado a respeito da apuração de “denúncia” anônima.

Também roborando esse entendimento, de modo que dilucida o preciso alcance da previsão legal em comento, o egrégio Superior Tribunal de Justiça já manifestou

que o direito de representação por improbidade administrativa, previsto no art. 14 da Lei n. 8.429/1992, não compreende o de ver necessariamente instaurado o processo de investigação, caso não haja início de prova considerada razoável para tanto (STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 16424, 1ª Turma, rel. min. Teori Albino Zavascki, julgado em 5.4.2005).

Portanto, conclui-se que, existindo um mínimo de solidez, de indícios que confirmam certa idoneidade (credibilidade) à representação, os fatos devem ser apurados.

63

A polícia judiciária pode investigar atos de improbidade administrativa em qualquer situação?

A legitimidade da polícia judiciária (Polícia Federal e Polícias Cíveis dos Estados) para proceder a investigações de ato de improbidade administrativa encontra respaldo na própria LIA, que, em seu art. 22, não previu qualquer exceção, *in verbis*: “Para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público [...] poderá requisitar a instauração de inquérito policial [...]”.

Contudo, a lei deve ser interpretada inteligentemente e, especialmente, em conformidade com a Lei Maior (Constituição Federal), pois é esta o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico. Desse modo, é imperioso reconhecer que a polícia judiciária somente poderá apurar ato de improbidade administrativa, o que faz por intermédio de inquérito policial, quando à conduta ímproba a ser apurada corresponder um crime, ou seja, quando o comportamento contrário à probidade administrativa estiver também descrito como ilícito em uma lei de natureza penal (Código Penal ou lei especial).

Esse pensamento, seguramente alicerçado na doutrina especializada em improbidade administrativa (MEDEIROS, 2003, p. 222; PAZZAGLINI FILHO, 2002, p. 189; SARMENTO, 2002, p. 151), deflui de exegese da LIA, em harmonia com o estatuído na Carta da República, a teor de seu art. 144, que demarcou os limites precisos de atuação da polícia judiciária (Polícia Federal e Polícias Cíveis dos Estados).

O Ministério Público está adstrito às conclusões da apuração da administração pública ou da polícia judiciária?

64

A *Constituição Cidadã*, a vigente Constituição Federal de 1988, elevou o Ministério Público à condição de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*).

Outrossim, para que os membros do Ministério Público (procuradores da República, promotores de Justiça, entre outros) possam mesmo se desincumbir dessa hercúlea tarefa, o legislador constituinte cuidou de assegurar aos integrantes da magistratura do Ministério Público igualdade jurídica (tratamento paritário nas esferas constitucional

e infraconstitucional relativamente a direitos e garantias ínsitas ao exercício das funções, guardadas as peculiaridades, naturalmente) com os membros da magistratura do Poder Judiciário (juízes, desembargadores, ministros das Cortes Superiores etc.).

Assim, por força do art. 127, § 1º, da Lei Fundamental, os membros do Ministério Público gozam de independência funcional, entenda-se, são inteiramente livres para atuar, respeitadas a Constituição e as leis não evidentemente inconstitucionais, de acordo com seus convencimentos jurídicos, sem atrelamentos ou subordinações, conquanto sempre fundamentadamente, dando a conhecer os fundamentos fáticos e jurídicos de seus posicionamentos.

Daí decorre que as conclusões das apurações realizadas pela administração pública ou pela polícia judiciária, tanto no concernente à materialidade (provas da ocorrência) quanto no que se refere à autoria, não condicionam o atuar do Ministério Público, que dará aos fatos apurados e registrados nos autos (caderno em que são colecionados, na ordem cronológica em que vão sendo produzidos, os documentos resultantes das investigações, tais como tomadas de declarações, informações prestadas por outros órgãos públicos ou empresas, laudos periciais etc.) interpretação própria, podendo divergir total ou parcialmente das conclusões consignadas.

Poderá, então, propor ação de improbidade quando o resultado do apuratório for pela não configuração do ato de improbidade; em sentido oposto, deixar de aparelhar a ação, acionar como réu em ação de improbidade administrativa quem foi tido como inocente, bem como deixar de acionar quem foi considerado responsável pela prática do pretense ato de improbidade administrativa. Tudo consoante o princípio constitucional da independência funcional e a clara exposição dos motivos que norteiam o seu convencimento.

Qual o órgão do Ministério Público com atribuição para proceder à apuração do ato de improbidade administrativa?

65

Como regra geral, pode-se enunciar que tem atribuição legal para presidir o procedimento apuratório, requisitá-lo (requisição não é simples solicitação, sujeita ao exame de conveniência e oportunidade da pessoa a quem se dirige, mas verdadeira determinação, ordem, pois, que deve ser cumprida sem mais delongas) à polícia judiciária (inquérito policial) ou ao ente público prejudicado, o órgão do Ministério Público (membro do Ministério Público, promotor de Justiça, procurador da República, entre outros) com atribuição para promover a ação de improbidade administrativa, ou seja, será um membro em atuação no primeiro grau de jurisdição, isto é, perante um juiz federal ou um juiz de Direito, conforme se trate de feito da competência da Justiça Federal ou da Justiça dos Estados (ou do Distrito Federal).

Entendemos que, caso o agente público cuja conduta a ser investigada tenha foro privilegiado (foro especial por prerrogativa de função) em matéria penal, perante instância superior (ex.: governadores perante o STJ, prefeitos municipais ante os Tribunais de Justiça dos Estados ou Tribunais Regionais Federais), o órgão do Ministério Público oficiante em primeiro grau de jurisdição – com atribuição para promover a ação de improbidade administrativa – poderá realizar diretamente a investigação (por meio de procedimento administrativo ou de inquérito civil público), bem como requisitá-la à administração, mas não poderá requisitar a instauração de inquérito policial, o que somente pode ser providenciado pelo órgão com atribuição para funcionar na ação penal e, dessarte, que funciona perante tribunal.

Em remate, frise-se que, havendo lesão a interesse federal (da União, de suas autarquias ou empresas públicas), ou seja, quando a competência para processar e julgar a ação de improbidade administrativa a ser

proposta for da Justiça Federal (cf. art. 109, I, da Constituição Federal), a apuração somente poderá ser conduzida ou requisitada por membro do Ministério Público Federal (procurador da República). Nesse sentido:

Compete à justiça federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal (STJ, Súmula n. 8, julgado em 27.5.1998),

e o

desvio de verbas repassadas pela União Federal ao Estado configura prejuízo ao patrimônio da União Federal, cabendo à Justiça Federal a apuração dos fatos, sendo irrelevante, no caso, a circunstância de ter o respectivo valor ingressado no patrimônio do Estado (art. 109, IV, CF) (TRF3, *Habeas Corpus* 12346, 5ª Turma, rel. Juíza Ramza Tartuce, julgado em 11.6.2002).

Nos demais casos, a atribuição para apurar os fatos e promover a ação de improbidade administrativa é dos membros dos Ministérios Públicos dos Estados (promotores de Justiça).

66

Os procedimentos apuratórios são públicos ou sigilosos?

Resoamos a opinião de Medeiros (2003, p. 229-230, *passim*):

Como regra, o procedimento investigatório é público, podendo, portanto, ser compulsado pelos órgãos de imprensa, pelo investigado ou seu advogado, cabendo à autoridade que o preside expedir ou determinar a expedição das certidões que venham a ser requeridas.

Informações também podem ser passadas à Imprensa pelas autoridades presidentes dos feitos, haja vista o interesse público que muitas vezes o assunto tratado desperta, inclusive porque os profissionais de imprensa, não raro, têm papel destacado, auxiliando decisivamente nas investigações. [...]

Contudo, ainda que não o digam as leis complementares que instituem os regimes jurídicos dos Ministérios Públicos (Estaduais e Federal/Distrital), deve-se admitir a imposição de sigilo, por decisão escrita e fundamentada. Admitimos três hipóteses:

- a) quando os autos contiverem informações sujeitas a sigilo legal (telefônico, bancário e fiscal), transferido por meio de autorização judicial;
- b) quando o interesse público o exigir, como em investigação que possa ocasionar risco ao sistema financeiro, caso haja inoportuna divulgação dos resultados, ou que envolva saúde pública, ou qualquer outra questão sensível que reclame atenção e cuidado na sua divulgação;
- c) quando o sigilo for necessário à apuração dos fatos, ou seja, quando a publicidade for capaz de frustrar a obtenção de provas.

A assertiva, em relação à última hipótese aventada, deflui da natureza investigatória do procedimento (ou inquérito civil público), cabendo invocar, por analogia, a norma albergada no art. 20, *caput*, do Código de Processo Penal.

Os procedimentos apuratórios estão sujeitos ao princípio constitucional do contraditório?

67

O princípio do contraditório encontra-se elencado no art. 5º, LV, da Constituição Federal, nestes termos: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Cuida-se de importante garantia fundamental, mas não tem caráter absoluto.

Processo e procedimento, pelo menos em linguagem jurídica, são vocábulos que guardam entre si acentuada diferença semântica. O legislador constituinte foi estritamente técnico ao empregar o termo “processo” em vez de “procedimento”, pois somente naquele há verdadeiro julga-

mento, que pode resultar no apenamento de quem foi guindado à condição de réu (processo judicial) ou indiciado (processo administrativo). Daí a inafastável necessidade de observar os princípios do contraditório e da ampla defesa, devendo ser facultado a essa pessoa conhecer, acompanhar e impugnar as provas contra ela produzidas, requerer a produção de outras provas, defender-se das imputações formuladas em seu desfavor e recorrer em face de decisão que a desfavoreça.

Por outro lado, os procedimentos apuratórios, porque de natureza instrutória, preparatória, informativa, destinados que estão a oferecer mínimo suporte probatório a ulterior processo, não se submetem ao princípio do contraditório. Os fatos são apurados e as provas produzidas unilateralmente, pois se destinam, precipuamente, deixo-se bem vincado, a instruir o processo no curso do qual, aí sim, deverá ser rigorosamente observado o princípio do contraditório, ficando toda a prova sujeita à bilateralidade, à iniciativa e à fiscalização das partes que controvertem no processo.

Isso vale para todo e qualquer procedimento apuratório, seja ele encetado pela administração pública, pelo Ministério Público ou pela polícia judiciária.

Manifestam-se, nesse mesmo sentido, a doutrina (MEDEIROS, 2003, p. 228; PAZZAGLINI FILHO, 2002, p. 146-147, *passim*; SARMENTO, 2002, p. 153) e a jurisprudência (STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 11537/MA, 2ª Turma, rel. min. Eliana Calmon, julgado em 6.2.2001; STJ, REsp 644994/MG, 2ª Turma, rel. min. João Otávio de Noronha, julgado em 17.2.2005).

Há alguma exceção à regra que exclui os procedimentos apuratórios do âmbito de incidência do princípio constitucional do contraditório?

68

Em havendo processos judiciais incidentes à apuração, ações cautelares preparatórias da ação principal, em regra, o contraditório deverá ser observado, na forma da legislação processual (arts. 797, 802 e 803, parágrafo único, do Código de Processo Civil). Contraditório, esclareça-se, não no procedimento apuratório propriamente dito, mas, sim, no processo judicial de natureza cautelar, proposto com o fito de buscar subsídios à apuração, e que sem a intervenção jurisdicional (ordem judicial) não poderiam ser auferidos.

Contudo, advirta-se: mesmo que restrito à ação cautelar, é crucial a escolha do momento processual adequado ao estabelecimento do contraditório, a fim de preservar o resultado útil, proveitoso, da medida requerida e, principalmente, da investigação em curso.

Essa análise é fundamental ao ensejo da concessão da liminar, pois, como averbado em julgado do egrégio Superior Tribunal de Justiça,

A concessão de liminar *inaudita altera parte* se justifica quando a demora no provimento possa acarretar prejuízos ao requerente ou ineficácia de seu provimento final. Ademais, a providência não impõe restrição ao princípio do contraditório, mas tão-somente posterga no tempo a oitiva da parte contrária (STJ, Agravo Regimental na Medida Cautelar 8810, 1ª Turma, rel. min. Denise Arruda, julgado em 28.9.04).

Ação judicial para responsabilização por improbidade administrativa

Antonio do Passo Cabral
Ronaldo Pinheiro de Queiroz

Qual o juízo competente para processar e julgar a ação de improbidade?

69

A Lei n. 8.429/1992 não tem norma específica a respeito da competência, sendo aplicável subsidiariamente o art. 2º da Lei n. 7.347/1985, que estabelece como competente o juízo do local onde ocorreu ou deveria ocorrer o dano. Assim, a regra é a competência do juízo de primeira instância do local do dano, sendo que tal competência tem natureza absoluta. O STF julgou inconstitucional (ADI n. 2797) a redação dada ao art. 84 e parágrafos do Código de Processo Penal pela Lei n. 10.628/2002, que estabelecia foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade propostas contra determinadas autoridades, o que acarretava a competência originária dos tribunais nesses casos. Muito embora tal decisão tenha reconhecido que não há prerrogativa de foro para qualquer autoridade pública no âmbito da improbidade administrativa, o STF modificou pontualmente seu entendimento para reconhecer que há competência privilegiada para magistrados (Pet 3.211-QO/DF), os quais, pelo princípio da hierarquia, não podem ser processados e julgados por juízes de instância inferior.

Qual a natureza da ação de improbidade? Que leis poderiam ser aplicadas subsidiariamente ao procedimento da ação de improbidade?

70

No julgamento referido (ADI n. 2.797), o STF afirmou a natureza cível da ação de improbidade, sendo inaplicável a sistemática penal por analogia. A própria Constituição, ao tratar das sanções da improbidade administrativa no art. 37, § 4º, informa que tais penalidades são aplicadas “sem prejuízo da ação penal cabível”, deixando clara a separação das duas esferas de responsabilidades. Ao contrário, a ação de improbidade é considerada uma espécie de ação civil pública, sendo aplicáveis subsidiariamente às

disposições da Lei n. 8.429/1992 as Leis n. 7.347/1985 e 8.078/1990 e o Código de Processo Civil, ao menos em regra, na ausência de norma expressa. Assim, podemos pensar na aplicação da disciplina da coisa julgada nas ações coletivas. Havendo, contudo, norma expressa disciplinando especificamente a ação de improbidade, serão inaplicáveis aquelas leis quando incompatíveis.

71

Qual a natureza da legitimidade do Ministério Público Federal para a propositura da ação de improbidade?

Sendo enquadrada no rol das ações coletivas, a ação de improbidade é o meio pelo qual busca o legitimado a tutela de um direito metaindividual, que transcende a titularidade singular, já que pertencente a uma coletividade. Trata-se de proteção ao patrimônio público e à probidade administrativa, bens coletivos socialmente difundidos, de titularidade difusa, pertinentes a toda a comunidade. Sobre o tema, vale transcrever as lições de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2002, p. 179):

Como foi visto, a Lei n. 8.429/1992 não se destina unicamente à proteção do erário, concebido este como o patrimônio econômico dos sujeitos passivos dos atos de improbidade, devendo alcançar, igualmente, o patrimônio público em sua acepção mais ampla [...]. Acresça-se, ainda, que todos os membros da coletividade têm o direito de exigir dos administradores públicos que atuem com estrita observância ao princípio da juridicidade, o que pode ser considerado um direito transindividual e indisponível, de natureza eminentemente difusa, já que pulverizado entre todas as pessoas.

A legitimidade, portanto, é extraordinária (vai em juízo tutelar direito alheio em nome próprio), concorrente (vários legitimados a podem propor) e disjuntiva (a legitimidade de cada um deles independe de uma conduta dos demais).

O juiz fica vinculado ao pedido na ação de improbidade?

72

Nas ações de improbidade, não vige o princípio da correlação, adstrição ou congruência entre sentença e pedido. Deve haver, na causa de pedir, narração detalhada do ato de improbidade, o que é suficiente para a identificação e individualização da demanda, bem como para a defesa do réu, à semelhança do que ocorre com o processo penal e em alguns procedimentos cíveis, como a ação popular (MOREIRA, 1988). A norma constitucional do artigo 37, § 4º, fala que os atos de improbidade importarão as consequências ali elencadas, sendo também peremptória a disposição do artigo 12 da Lei n. 8.429/1992 (o responsável pelo ato de improbidade “está sujeito às seguintes cominações”). Tratando-se de direito punitivo e considerando que o preceito secundário da norma destina-se ao magistrado, não é tecnicamente correto que o autor já delimite as sanções no seu pedido, retirando do magistrado o seu poder de seleção das sanções adequadas e da dosimetria de cada uma delas, até porque a própria legislação, no seu art. 12, proclama que as sanções “podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato”. O juiz, portanto, não fica vinculado às expressas sanções que tenham sido pedidas pelo autor na ação de improbidade, podendo aplicar sanções não requeridas expressamente. Nesse sentido, por todos, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves na obra citada. Contra, por todos, Marino Pazzaglini Filho (2002, p. 189).

Pode haver pedido declaratório na ação de improbidade?

73

Há autores que sustentam a possibilidade do pedido declaratório de reconhecimento de uma conduta ímproba (DINAMARCO, 2001). Entretanto, a ocorrência de improbidade é um fato jurídico, não sendo possível

haver declaração judicial da ocorrência de fatos, salvo exceções legais referentes à falsidade documental. O pedido declaratório limita-se à existência ou inexistência de relações jurídicas (artigo 4º do Código de Processo Civil).

74

Pode haver pedido de nulidade ou desconstituição do ato ímprobo na ação de improbidade?

O pedido desconstitutivo do ato ímprobo, apesar do silêncio do legislador constitucional (art. 37, § 4º, da Constituição Federal) e do legislador infraconstitucional (art. 12 da Lei n. 8.429/1992), vem sendo admitido como possível pela doutrina e pela jurisprudência. O STJ, por exemplo (REsp 200701485462), admite a cumulação de pedidos na ação de improbidade administrativa, desde que atendidos os pressupostos do art. 292 do CPC, quais sejam, compatibilidade de pedidos e de procedimento, bem como identidade de competência. Todavia, neste ponto, aplica-se integralmente o princípio da correlação ou congruência, devendo haver pedido expresso, não podendo o juiz, de ofício, proceder à anulação sem que tenha havido requerimento inicial a respeito.

75

Quem são os legitimados passivos na ação de improbidade?

A demanda deve ser ajuizada contra o agente público que praticou o ato, bem como contra quem induziu ou concorreu para sua prática e os beneficiários diretos ou indiretos do ato, em litisconsórcio necessário. Assim, não só o agente público, mas também particulares podem figurar como réus no processo de improbidade administrativa, inclusive pessoas jurídicas que se beneficiaram de algum modo do ato de improbidade, como ocorre com frequência em licitações viciadas, que privilegiam

uma dada empresa, ou em contratações superfaturadas, em que parte do enriquecimento ilícito vai para o patrimônio da empresa contratada. Ressalte-se que há sanções adequadas para serem aplicadas a pessoas jurídicas, como a multa, a proibição de contratar ou de receber qualquer incentivo ou benefício do Poder Público, bem como o ressarcimento do dano e a perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio.

Um tema que merece atenção, com relação à legitimidade passiva na ação de improbidade, diz respeito à possibilidade de os agentes políticos figurarem como réus. Há uma corrente que nega essa possibilidade, entendendo que tais agentes sujeitam-se apenas aos crimes de responsabilidade, estando imunes à Lei n. 8.429/1992. A outra corrente, majoritária na doutrina e que conta com alguns precedentes do STF, sustenta que, quanto maior o poder, maior a responsabilidade, devendo o agente político responder nas várias esferas de responsabilidade, entre elas a criminal, de improbidade e, quando cabível, também por crimes de responsabilidade. O STF, a propósito, já assentou que: “[...] Esta Suprema Corte tem advertido que, tratando-se de ação civil por improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992), mostra-se irrelevante, para efeito de definição da competência originária dos Tribunais, que se cuide de ocupante de cargo público ou de titular de mandato eletivo ainda no exercício das respectivas funções, pois a ação civil em questão deverá ser ajuizada perante magistrado de primeiro grau. Precedentes”.(STF – AI 506323 AgR/PR – Celso de Mello – T2 – Julg. 2.6.2009 - Unanimidade)

Por fim, se a demanda for ajuizada pela pessoa jurídica interessada (lesada), intervém o Ministério Público como fiscal da lei. Se proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada poderá integrar o polo ativo, figurando em litisconsórcio ativo originário com o próprio Ministério Público. Pelo art. 17, § 3º, da Lei n. 8.429/1992, na redação dada pela Lei n. 9.366/1996, é aplicável no que couber à ação de improbidade o art. 6º, § 3º, da Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), o que permite que a pessoa jurídica lesada, diante do interesse público em jogo, atue ao lado do autor.

76**A propositura simultânea de ações de improbidade pelo Ministério Público e outro colegitimado, versando sobre o mesmo ato de improbidade, caracteriza conexão ou litispendência?**

Ocorre litispendência quando duas demandas semelhantes tramitam ao mesmo tempo, sendo que cada causa é identificada pelas partes, causa de pedir e pedido (CPC, art. 301, § 3º). No processo de improbidade administrativa, tendo em conta a legitimação coletiva (parte autora apenas formal), a demanda é identificada pelo réu, causa de pedir e pedido. Assim, apesar de não haver identidade subjetiva, no campo das demandas coletivas o instituto da litispendência deve ser analisado sob outra ótica. Na hipótese apresentada, vem apontando a doutrina (NEIVA, 2006; GIDI, 1995) que deve ser considerado o interesse postulado, ainda que sejam diversos os sujeitos que formalmente figuram no processo. Assim, estaríamos diante de litispendência, e não de conexão, quando tramitassem duas ações de improbidade versando os mesmos fatos (causa de pedir), impondo as mesmas consequências jurídicas (o pedido representa a aplicação das sanções do art. 12) e o imputado (parte ré) fosse o mesmo. Pensar o contrário seria admitir que uma pessoa pudesse ser penalizada pelo mesmo fato dentro da mesma esfera de responsabilidade (improbidade). Por fim, a litispendência no processo coletivo não tem o condão de extinguir necessariamente o processo não preventivo, podendo o juiz admitir a reunião de ambos, inclusive para efeito de aproveitamento de provas.

Qual o critério para a determinação da prevenção quando uma das demandas for ação de improbidade?

77

A disciplina da ação de improbidade afasta-se das regras gerais do Código de Processo Civil, que estabelecem que o juízo prevento será decidido pelos critérios do primeiro despacho liminar positivo (quando as ações tramitarem perante órgãos jurisdicionais de mesma competência territorial, art. 106 do Código de Processo Civil), ou da primeira citação válida (competências territoriais distintas, art. 219 do Código de Processo Civil). A Lei de Improbidade, em seu art. 17, § 5º, adota critério diferenciado: a “propositura da ação prevenirá o juízo”. Assim, tem-se por preventa a ação de improbidade que primeiro foi protocolada em juízo.

Quais dos réus são beneficiados pela notificação prévia para defesa na ação de improbidade?

78

Nitidamente inspirada no procedimento criminal referente aos processos contra servidores públicos (crimes funcionais, art. 514 do Código de Processo Penal), a Lei n. 8.429/1992, no art. 17, § 7º, prevê a notificação prévia do réu para uma resposta preliminar. No processo penal, o entendimento predominante é o de que só se aplica a notificação prévia aos réus que tenham a qualidade de funcionário (servidor) público para fins penais. No entanto, a Lei de Improbidade não restringe a aplicação da notificação prévia apenas aos que detenham essa qualidade. Ademais, o art. 3º da Lei afirma que suas disposições serão aplicáveis, “no que couber”, a todos os que induzam ou concorram para a prática dos atos e aos beneficiários destes. Aplicação, portanto, sempre que compatível. Por outro lado, trata-se de norma concessiva de direitos ao réu, permitindo-lhe uma defesa preliminar, não podendo o intérprete restringir o alcance de uma norma concessiva de direitos, o que decorre das regras gerais de hermenêutica.

Medidas cautelares na responsabilização por improbidade administrativa

Sérgio Monteiro Medeiros

As medidas cautelares previstas na Lei de Improbidade Administrativa seguem o rito estabelecido no Código de Processo Civil?

79

A indagação tem maior relevância no que diz respeito às ações cautelares preparatórias, aquelas que antecedem as ações de improbidade administrativa e que são propostas, em geral, no curso de procedimentos apuratórios, embora não necessariamente deva existir apuração em tramitação.

A LIA suscita dúvida, pois, se por um lado, ao tratar da cautelar de sequestro dos bens do agente público ímprobo ou terceiro beneficiário (art. 16, *caput*), determinou que fosse observado o que estabelecem os arts. 822 a 825 do Código de Processo Civil (art. 16, § 1º, da LIA), por outro, silenciou ao cuidar da quebra de sigilo bancário (art. 16, § 2º, da LIA) e da decretação de indisponibilidade de bens (art. 7º da LIA).

Ainda assim, é de bom alvitre que seja seguido o rito (procedimento) plasmado no CPC, em homenagem aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da segurança jurídica.

O que não nos parece acertado, todavia, em obséquio aos princípios constitucionais da defesa da moralidade administrativa e do patrimônio público, bem assim do princípio constitucional da proporcionalidade, mormente diante do silêncio (“eloquente”?) da LIA, é aplicarem-se com exacerbado rigor as normas do Código de Processo Civil.

Qual o sentido em se seguir, em uma decretação de quebra de sigilo bancário, medida que demanda longo prazo para análise após a obtenção das informações, a diretriz traçada nos arts. 806 e 808, I, do Código de Processo Civil, e no art. 17 da LIA, fazendo-se cessar a eficácia da medida porque não foi viável propor-se a ação principal no trintídio, já que não há qualquer gravame ao investigado? Martins Júnior (2001, p. 323) comunga do mesmo entendimento.

Ademais, cumpre obtemperar, mesmo que haja o gravame em desfavor de quem foi decretada a medida cautelar, havendo indícios bastantes de autoria e materialidade, a medida deve ser preservada, caso necessária e a ação principal não tenha sido ainda apresentada por fundadas razões, como a mora natural do procedimento investigatório, defluente do normal desenrolar das diligências. O emprego estrito da norma processual, em tais casos, confronta o interesse social, coincidente com a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa. A regra da boa razão inspira ilações nesse rumo, pois, se assim não for, o interesse público quedará sempre vencido ante óbices de natureza formal que, por mais que essa não seja a intenção, acabam servindo de guarida a ímprobos.

Na jurisprudência, há registros de decisões na direção do abrandamento acima cogitado, como se pode verificar nos Recursos Ordinários em Mandado de Segurança 8716 e 15771, ambos do STJ.

Convém não olvidar a responsabilidade de indenizar o réu, na ação cautelar, quando configurada a hipótese inscrita no art. 811 do Código de Processo Civil.

80**Em quais circunstâncias justifica-se o afastamento do agente público a que se imputa a prática de ato de improbidade administrativa?**

A medida extrema, que pode e tem alcançado até mesmo agentes públicos detentores de mandatos eletivos, *verbi gratia*, prefeitos municipais, está respaldada no art. 20, parágrafo único, da LIA:

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

Não obstante a lei refira-se à “instrução processual”, patente que a medida pode perfeitamente ser requestada durante procedimento apuratório, pois provas há que, se não forem resguardadas em dado momento, podem dissipar-se irremediavelmente.

Consoante Medeiros (2003, p. 215), revelar-se-á

necessária a medida, em razão da possibilidade do agente interferir nas investigações (ocultando provas documentais, modificando informações contidas em arquivos de qualquer natureza, influenciando o ânimo de administrados, colegas ou subordinados que devam funcionar como testemunhas).

Pazzaglini Filho (2002, p. 86) defende que, somente diante de *provas manifestas* da interferência, deverá a medida ser decretada. Martins Júnior (2001, p. 324), com escudo em aresto do colendo Tribunal de Justiça de São Paulo, lembra que o afastamento mostra-se imperativo diante de elementos presuntivos de que da permanência no cargo poderão sobrevir mais danos ao erário.

A reforçar o caráter excepcional da medida, exigindo provas rotundas de que o afastamento faz-se necessário à garantia da higidez da instrução processual (não só durante o processo – fase judicial –, mas também enquanto se desenrola o procedimento apuratório), têm-se inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça (Medida Cautelar 3181, 1ª Turma, rel. min. José Delgado, julgado em 21.11.2000; Ag. Reg. 2000.00.61306-1/RN, 2ª Turma, rel. min. Eliana Calmon, julgado em 21.11.2000; Ag. Reg. 3048, 1ª Turma, rel. min. José Delgado, julgado em 19.9.2000).

As medidas cautelares que podem ser deferidas no curso de investigação de ato de improbidade (preparatórias), ou da ação principal, são tão apenas aquelas expressamente tratadas na LIA?

81

Não subsiste qualquer razão jurídica plausível para afirmação positiva.

A ação civil de improbidade administrativa, após as providências processuais iniciais que lhe são peculiares, segue o rito ordinário (comum) disciplinado no Código de Processo Civil, que serve, portanto, de fonte normativa subsidiária à matéria versada na LIA.

Como se não bastasse o argumento encimado, que casa bem com a ausência de vedação legal, tem-se que a LIA apontou também para o Código de Processo Civil ao dispor, especificamente, sobre a medida cautelar de sequestro (art. 16, § 1º).

Consigne-se, ainda, que restringir essa possibilidade seria negar vigência ao Código de Processo Civil, que giza, claramente, o “poder geral de cautela” do juiz em seu art. 798. Coincidentes são as lições de Garcia e Alves (2002, p. 625), Pazzaglini Filho (2002, p. 157) e Sarmiento (2002, p. 163).

82

O Ministério Público depende de ordem judicial para ter acesso à movimentação de contas bancárias e aplicações financeiras de investigados ou tem legitimidade para requisitar essas informações sigilosas diretamente?

Muitos membros respeitados do Ministério Público, ainda hoje, defendem a segunda tese, pelo menos doutrinariamente, com esteio na legislação federal específica dos Ministérios Públicos dos Estados (Lei n. 8.625/1993) e do Ministério Público Federal (Lei Complementar n. 75/1993).

Contudo, não nos parece, com a devida vênia, seja essa a posição mais abalizada, pois a quebra de sigilo bancário rege-se pela Lei Complementar n. 105/2001, devendo

ser requerida ao Poder Judiciário, mesmo em se tratando do Ministério Público, ressalvadas as informações relativas a verbas públicas, passíveis de requisição direta, consoante decisão do Pretório Excelso prolatada na ação de mandado de segurança 21.729-4, impetrada pelo Banco do Brasil S/A contra ato de Sua Excelência o Procurador-Geral da República (MEDEIROS, 2003, p. 156).

A Lei Complementar n. 105/2001, que é lei especial no que toca a sigilo bancário, identificou as situações em que cabe a quebra de sigilo bancário direta, sem prévia intervenção jurisdicional, como disposto em seu art. 4º, que trata do poder requisitório das Comissões Parlamentares de Inquérito do Congresso Nacional. Nas demais, em que se omitiu a lei, improcede requisição direta.

Ao Ministério Público, portanto, cabe socorrer-se do Poder Judiciário, exceção feita, como acima demonstrado, às requisições de informações bancárias de verbas públicas. Nesse sentido: “O Ministério Público não detém o poder de, per se, determinar a quebra de sigilo fiscal e bancário, mas somente quando for precedida da devida autorização judicial, pena de macular de ilícita a prova obtida e, assim, imprestável para o fim de sustentar a ação penal ou decisão condenatória; 4. Ordem concedida para trancar o processo criminal” (STJ, HC 200301890270, 6ª Turma, rel. min. Hamilton Carvalhido, *DJ* de 26.11.2007, p. 247).

É possível a decretação de quebra de sigilo telefônico para instruir procedimento apuratório de improbidade administrativa?

83

Analisemos a questão observando o que consta no acórdão do STJ proferido em Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 445996, 2ª Turma, rel. min. Franciulli Neto, julgado em 22.3.2005.

O mérito do recurso especial não foi apreciado (o que se pretendia com o agravo regimental), com fundamento na Súmula n. 7 do STJ, mas, examinando-se o inteiro teor do referido aresto, constata-se que a decisão guerreada, do Tribunal de Justiça do Paraná, mantivera, entre outras medidas, a quebra de sigilo telefônico deferida em ação cautelar preparatória de ação de improbidade administrativa.

Parece-nos que somente pode dar-se tal hipótese quando concomitantemente ao ato de improbidade administrativa estiver sendo investigado ilícito penal e se em sede de inquérito policial.

A quebra de sigilo representa limitação ao direito constitucional à intimidade, e o legislador constituinte de 1988 preocupou-se em assegurar que é

inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal). A Lei n. 9.296/96 regulou o dispositivo constitucional.

Apesar de a Constituição ser de clareza solar ao restringir o uso dessas informações, desde que não haja desvio na sua utilização e que realmente tenham sido obtidas ao ensejo de investigação policial, não se vislumbra maior óbice ao seu uso como prova emprestada em esfera de repressão à improbidade administrativa, contanto que previamente autorizado pelo juízo competente, sob pena de nulidade.

Essa interpretação da norma constitucional não se afigura tranquila, mas a relevância dos interesses sociais defendidos, em cotejo com o permissivo do art. 22 da LIA (permissiva de investigação de ato de improbidade administrativa por meio de inquérito policial), denota não se tratar de exegese disparatada.

Como cediço, em casos de difícil interpretação, em que se atritam princípios constitucionais, e neste chofre percebe-se que brigam os princípios da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas (especialização do princípio constitucional da intimidade) e da defesa da probidade administrativa, somente pela via da ponderação concreta dos interesses em conflito pode-se deduzir a correta solução. Conforme mencionado, e ora explicitado, máxime porque o manejo das informações sigilosas sujeita-se ao pleno controle jurisdicional, temos que daí

não decorre malferimento à norma constitucional, pois que se atribui maior peso ao segundo princípio citado.

Na doutrina especializada constata-se que o assunto tem sido pouco enfrentado, e nem mesmo na jurisprudência, pelo menos dos Tribunais Superiores, encontram-se decisões. Sarmiento (2002, p. 186-187, *passim*) compartilha, em parte, o entendimento ora esposado, mas dá à norma constitucional interpretação mais liberal, argumentando que a prova colhida em apuratório de improbidade administrativa não conduzido pela polícia pode também ser usada em província criminal, pelo que atendida estaria a matriz constitucional.

Averbe-se, contudo, que a restrição constitucional à quebra de sigilo telefônico em comento diz, estritamente, com o conteúdo das conversas telefônicas, não alcançando os registros das ligações telefônicas, como acertadamente tem afirmado a jurisprudência, conforme ilustra o aresto seguinte:

A regra do art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1998, não representa um impedimento válido à quebra determinada nestes autos. De fato, a referência à “investigação criminal” ou “insti-tuição processual penal” contida nesse dispositivo constitucional constitui limitação objetiva à interceptação telefônica, isto é, à realização de escutas telefônicas, à identificação do conteúdo das comunicações telefônicas. Não impede, todavia, em absoluto, a quebra do sigilo telefônico, assim entendida a identificação dos dias, horários, números de telefone e duração das chamadas realizadas e recebidas em determinado terminal telefônico. Trata-se, na verdade, da quebra do sigilo dos registros das comunicações telefônicas, que pode ser determinada por meio de decisão judicial, atenta ao vetor fundamental da proporcionalidade e ao necessário balanceamento dos valores constitucionais em discussão. Precedente do Tribunal (TRF3, AC 00117160420014036100, 3ª Turma, Juiz Convocado Renato Barth, DJF3 de 19.8.2008).

Sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa

Marlon Alberto Weichert

Quais as penas a que pode ser condenado quem praticou ato de improbidade administrativa?

84

A condenação por ato de improbidade acarreta a aplicação de diversas reprimendas, a saber:

- » reversão de bens e valores ilicitamente acrescentados ao patrimônio individual;
- » reparação de danos;
- » perda da função pública;
- » suspensão de direitos políticos por até 10 anos;
- » pagamento de multa civil; e
- » proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios fiscais ou creditícios.

Essas reprimendas estão graduadas conforme a espécie de ato praticado (que importa enriquecimento ilícito, que causa dano ao erário e que atenta contra os princípios da administração pública), em uma ordem decrescente de gravidade. Nesse contexto, a suspensão de direitos políticos pode alcançar, nos casos mais graves, dez anos ou se limitar a três anos na menor sanção. Da mesma forma, a multa pode alcançar até cem vezes o valor do salário do servidor ou três vezes o valor da vantagem ilícita que recebeu.

Essas sanções devem ser todas aplicadas em conjunto ou pode existir condenação a apenas uma ou algumas delas?

85

Essa questão despertou dúvidas; contudo, em 2009, com a edição da Lei n. 12.120/2009, o art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa teve sua redação alterada e passou a prever expressamente que as sanções podem

ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato. Portanto, cabe ao Juiz definir quais sanções serão aplicadas em cada caso.

86

A Lei n. 8.429/1992 não extrapolou o previsto na Constituição ao prever outras sanções além daquelas indicadas no art. 37, § 4º?

É verdade que a Lei n. 8.429/1992 agregou outras sanções ao rol constitucional. A Constituição prevê apenas suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário.

Além dessas repercussões, o art. 12 da lei apontou que o agente ímprobo se sujeita também: a) à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio, b) ao pagamento de multa civil e c) à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Saliente-se, primeiro, que seria lícito ao legislador instituir outras reprimendas além daquelas incluídas no preceito da Constituição. A fixação de penas e outras sanções é função típica da lei (princípio da legalidade), nada impedindo que essa atividade seja exercida na produção normativa referente à improbidade administrativa. O elenco fixado no texto constitucional deve ser considerado como o mínimo aplicável, mas não como um corpo exaustivo de medidas sancionadoras da improbidade.

Por outro lado, todas as cominações estipuladas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992 ou decorrem diretamente do próprio regime constitucional ou estão inseridas no regime de proteção do patrimônio e da moralidade públicos ou, em alguns casos, decorrem de princípios gerais de direito. O que fez o legislador – e bem – foi consolidar e sistematizar a matéria, compilando em um único diploma o rol de repercussões aos ilícitos por improbidade na administração pública.

A perda dos bens obtidos ilicitamente é uma sanção ou uma reparação?

87

A reversão ao Poder Público do patrimônio adquirido pela improbidade administrativa é um desdobramento do princípio geral de direito que não admite o enriquecimento ilícito ou sem causa. Não se trata, propriamente, de uma sanção, mas, sim, de uma obrigação legal decorrente de ato ilícito.

No Código Civil, a matéria recebe tratamento no art. 884, o qual assim estipula: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

No Código Penal, a matéria é definida como um efeito da condenação, no art. 91, II, *b*:

Art. 91 – São efeitos da condenação:

II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou do terceiro de boa-fé:

[...]

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Havendo, pois, a condenação do agente por enriquecimento ilícito, é consequência natural da sentença a obrigação de reversão de todo e qualquer patrimônio (imóvel, móvel ou financeiro) que tiver sido reunido como proveito do ato de improbidade.

É o que dispõe o art. 6º da Lei n. 8.429/1992: “No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio”.

88

O bem que será perdido é somente aquele que foi diretamente obtido com o ato de improbidade?

O patrimônio obtido com o ato de improbidade administrativa não costuma permanecer na ostensiva posse do agente, especialmente quando se trata de grandes vantagens. Nesses casos, em regra, os recursos ou bens amealhados são objeto de lavagem, mediante transferência a terceiro, transformação em outros bens, alienações sucessivas ou qualquer outro meio de dissimulação. Por esse motivo, não há limitação a que o ato de reversão atinja apenas o bem que direta e especificamente foi obtido com o ato de improbidade. Na ausência deste, ou na impossibilidade de individualizá-lo, todo o patrimônio do condenado responde pelo dever de reversão, até o montante equivalente aos bens ou valores que foram obtidos com a conduta ilícita.

Da mesma forma, ao ser proposta a ação, é quase impossível identificar o patrimônio auferido com a prática da improbidade, ou atestar que o bem ainda está na disposição do agente. Assim, as medidas cautelares de indisponibilidade, sequestro ou arresto devem se voltar para quaisquer bens dos réus, conforme o art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992:

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

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

Os bens que foram acrescidos ao patrimônio do agente antes do ato de improbidade também podem ser sequestrados ou perdidos?**89**

A reversão, ou perda, pode repousar sobre qualquer bem do patrimônio do réu. Não há necessidade de ser um bem adquirido após a prática do ato de improbidade, pois a intenção da lei é alcançar o patrimônio do réu em qualquer uma de suas expressões, satisfazendo o crédito público pela expressão econômica do bem obtido ilícitamente ou do dano causado ao erário. Nesse sentido, aliás, a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 439.918/SP, julgado pela Primeira Turma em 3.11.2005.

Quais danos podem ser reparados mediante a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa?**90**

A reparação deve ser integral, abarcando não só todo o prejuízo material, mas também a lesão à esfera moral, da pessoa jurídica de direito público diretamente vitimada e da própria sociedade, principalmente quando o ato resultou na má prestação de serviços públicos ou na frustração de direitos sociais. É indiscutível que a dilapidação do patrimônio público implica subtração de recursos que seriam aplicados em finalidades sociais, na promoção de direitos. Portanto, o ato de improbidade administrativa rotineiramente acarreta danos morais coletivos, os quais devem ser também reparados.

Não se deve descartar, ainda, a possibilidade de danos materiais ou morais a terceiros, mesmo quando inexistente prejuízo patrimonial direto ao Poder Público. Por exemplo, o médico do sistema público de saúde, ao exigir do particular vantagem ilícita para a prática de ato que é gratuito, lesa a esfera patrimonial e afetiva da vítima. Em especial a esfera subjetiva é atingida, pois a exigência é realizada com o provei-

tamento da fragilidade da pessoa que se encontra sob risco de vida ou tem um familiar nesse estado. O ato caracteriza-se como de improbidade administrativa com enriquecimento ilícito do agente (figura do art. 9º, *caput*), com danos materiais e morais ao cidadão. A condenação por improbidade implicará, pois, a constituição da obrigação de reparação de ambos ao particular, muito embora o erário não tenha suportado prejuízo econômico ou financeiro.

Da mesma forma, um ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração também pode dar ensejo a danos materiais ou morais ao particular. Cite-se, a título ilustrativo, a demora proposital do agente público em atender pedido administrativo de pagamento de verbas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço a desempregado em situação de miséria. O ato em questão – embora não implique enriquecimento do agente ou dano ao patrimônio público – atinge a esfera patrimonial e moral do trabalhador, devendo o magistrado reconhecer, na sentença, a existência desses prejuízos e determinar sua indenização. Amparando essa salutar medida de economia processual, o legislador determinou que a obrigação de reparar danos está presente mesmo quando o ato de improbidade não provocou prejuízo ao erário ou acarretou enriquecimento indevido do agente (art. 12, III, da Lei n. 8.429/1992).

91

A perda da função pública é aplicável a todo e qualquer agente público?

A perda da função pública como sanção pela prática de ato de improbidade administrativa é a principal inovação em sede constitucional, expressa textualmente no § 4º do artigo 37.

A Lei n. 8.429/1992, nos arts. 9º, 10 e 11, dispôs que essa cominação deve ser aplicada nos atos de improbidade de menor gravidade inclusive (como aqueles que *apenas* atentam contra os princípios da administração pública).

É juridicamente incompatível com os princípios da administração pública a permanência de pessoa ímproba na esfera da prestação de serviços públicos. A higidez moral é um requisito para a investidura em função pública, não sendo possível manter no serviço público aqueles que judicialmente foram declarados sem essa qualidade.

A perda da função pública somente se consuma com o trânsito em julgado da sentença (sem prejuízo de administrativamente ser aplicada a pena de demissão, quando cabível). A lei autoriza, ainda, o afastamento cautelar, quando necessário para a instrução processual, ou seja, quando a autoridade puder interferir na produção de provas, por exemplo, mediante o exercício da hierarquia em relação a testemunhas, eliminando ou forjando documentos (art. 20, parágrafo único). Apesar do silêncio legislativo, não se pode afastar a possibilidade de outros fundamentos para o afastamento provisório, inclusive a título de antecipação de tutela, como, por exemplo, na hipótese de risco de o agente continuar a agir ilícitamente durante o processo.

Matéria que ainda não encontrou consenso nas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Supremo Tribunal de Justiça diz respeito à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa para agentes políticos que também se sujeitam à punição por crimes de responsabilidade (presidente da República, ministros de Estado, ministros de tribunais, comandantes militares, entre outros). Isso porque a violação da probidade administrativa também seria causa para a perda do cargo por crime de responsabilidade. Para os que defendem a exclusão da LIA nesses casos, não poderia haver a possibilidade de sanção por dois regimes jurídicos distintos. Entendemos que é possível a aplicação da LIA, pois, no direito brasileiro, a concomitante responsabilização criminal, civil e administrativa é historicamente admitida.

Destacamos que, em relação aos parlamentares federais, a sentença condenatória da ação de improbidade administrativa não produz efeitos imediatos ao transitar em julgado. Há a necessidade de decretação da

perda do cargo pela Mesa Diretora da Casa Legislativa, nos termos do art. 55 da Constituição Federal. Muito embora esse preceito constitucional não indique a condenação por improbidade administrativa como causa da perda do mandato, a suspensão dos direitos políticos (que também ocorrerá com a condenação) é causa suficiente para a cessação do seu exercício, conforme o inciso IV do referido artigo. Assim, caberá à Mesa Diretora instaurar célere processo administrativo para apreciação apenas e tão somente dos aspectos formais da decisão judicial (se emanada de autoridade competente e se efetivamente transitada em julgado), nos termos do § 3º do art. 55. Não poderá a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal reapreciar o mérito da condenação. Ao final, confirmando-se a validade e a eficácia formal da condenação judicial, a respectiva Mesa Diretora deverá declarar a perda do cargo.

92

Qual o sentido de estipular o pagamento de uma multa civil ao agente condenado?

A multa civil tem por objetivo desestimular a prática do ato ilícito, mediante a cominação de forte repercussão patrimonial. No Direito Civil, é conhecida como cláusula penal, a qual estipula uma punição à parte que inadimplir o contrato. A multa civil não se confunde com a reparação de perdas e danos, pois esta visa apenas recompor o prejuízo da vítima, enquanto a multa representa um adicional em relação ao próprio objeto do contrato, para desencorajar o seu descumprimento.

Os norte-americanos distinguem ambos os institutos, denominando a indenização por perdas e danos como *compensatory damages* (indenização compensatória) e a multa civil como *exemplary damages* ou *punitive damages*, ou seja, indenização exemplar ou punitiva. Esta é devida quando o ato for grave, atentatório a relevantes bens jurídicos ou o devedor tiver agido dolosamente, podendo alcançar montante muitas vezes superior ao das perdas e danos. O parâmetro para a fixação do seu montante não é dado apenas pela lide individual no bojo da qual é apreciada, mas também com a consideração

do impacto da conduta no meio social, ou seja, se a prática lesiva atingiu outras pessoas ou interesses coletivos. Por exemplo, em 1919 (251 US 63), a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a cobrança indevida de 66 centavos de dólar em duas passagens de trem dava ensejo não só à devolução da quantia cobrada a maior, como também a *punitive damages*, à época fixada em 75 dólares (cerca de 57 vezes o valor do dano) (Decisão consultada em 31.1.2006, no sítio eletrônico <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=251&invol=63>>, mantido por “Thomson – Findlaw”).

Caso a prática intencional de um ato ilegal acarretasse apenas a obrigação de reparação de danos, os autores poderiam ser estimulados a considerar que “o risco vale a pena”, pois, acaso flagrados, no máximo teriam o dever de repor os bens à situação anterior. Nesse sentido, a imposição de ônus adicional tem a finalidade de *advertir* os eventuais agentes *inclinados* à prática do delito de que a repercussão sobre o seu patrimônio poderá ser severa, a ponto de comprometê-lo até integralmente.

No direito público, a imposição da multa civil é comum no âmbito dos contratos administrativos (art. 58, IV, da Lei n. 8.666/1993). Por outro lado, o direito tributário também dela se utiliza, na forma de multas pecuniárias por infrações.

A aplicação de multa civil em decorrência de lesão ao patrimônio público tem previsão constitucional no art. 71, VIII, da Carta de 1988. Esse preceito atribui ao Tribunal de Contas da União a imposição aos responsáveis de multa proporcional ao dano causado ao erário no caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas. Assim, a aplicação de penalidade pecuniária integra o sistema jurídico-constitucional de proteção ao erário, inexistindo óbices a que seja empregada para a responsabilização de atos de improbidade administrativa.

Em realidade, a multa civil é medida profilática no combate à corrupção e à imoralidade, cabendo ao magistrado sua aplicação ponderada, diante dos elementos concretos de cada caso sob apreciação. É o campo propício para o exercício da proporcionalidade, tendo a Lei de Improbidade fixado limites máximos (*teto*), mas não imposto um valor míni-

mo. Evidentemente, as condutas dolosas e graves devem, especialmente quando praticadas em detrimento de direitos sociais, merecer a fixação da condenação em expressivo montante, enquanto condutas culposas (admitidas quando se trata de ato de improbidade que acarreta danos ao erário – art. 10 da Lei n. 8.429/1992) sugerem multas menos aflitivas.

93 | O sancionamento não é severo demais?

Essas expressivas cominações são fruto da decisão do constituinte de combater não só a imoralidade como também todas as formas de violação aos princípios da administração pública.

Resolveu-se já no texto constitucional instituir uma ordem de responsabilização, mediante a aplicação de um rol de sanções cíveis ao descumprimento da probidade administrativa. A determinação constitucional foi a fixação de um novo esquema repressivo, além daquele já consagrado pela ação penal.

Não há dúvidas de que as sanções impostas pelo descumprimento do dever de probidade são severas. No entanto, trata-se de decisão constitucional, decorrente do triste histórico nacional de impunidade, mormente quando se trata de fraudar o patrimônio público ou a própria sociedade, mediante a frustração dos direitos sociais.

Pode-se dizer, portanto, que a Constituição de 1988 adotou o cumprimento da moralidade e da probidade como um princípio basilar de todo o desenvolvimento da administração pública. Seu descumprimento fulmina a atividade estatal e a busca do bem comum, merecendo, por isso, forte repressão.

Prescrição em relação aos atos de improbidade administrativa

Márcio Andrade Torres

O que é prescrição?

94

Prescrição é a perda do direito de ação pelo decurso do tempo, em razão da inércia do titular desse direito. A omissão em defender determinado direito, durante certo período de tempo previsto em lei, em nome da segurança jurídica e da estabilidade social, retira a possibilidade de acionar judicialmente o responsável por uma violação do ordenamento jurídico.

A inércia do titular do direito no curso desse prazo, sem que se opere alguma causa que interrompa ou suspenda a prescrição, inviabiliza a ação por ato de improbidade administrativa. Os prazos prescricionais na lei de improbidade estão previstos no art. 23.

A ação de improbidade prescreve?

95

A regra geral é da prescritibilidade das ações, sendo excepcionais as hipóteses de não incidência do fenômeno da prescrição, como, por exemplo, nas ações de estado de pessoa, tal como a de investigação de paternidade e as de crime de racismo. A ação de improbidade sujeita-se à prescrição quanto às sanções de aplicação de multa civil, suspensão de direitos políticos, proibição de contratar e de receber incentivos fiscais, suspensão de direitos políticos, enfim, todas as sanções ali previstas. Cabe anotar, no entanto, a imprescritibilidade da ação que vise exclusivamente o ressarcimento ao erário por ato de improbidade, conforme estabelece o art. 37, §5º, da CF/88 que reza, *in verbis*, “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”. Tal norma é relevante porque, mesmo quando não possa mais ser proposta a ação de improbidade, ainda pode

o Ministério Público ajuizar a ação tendente ao ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público, por intermédio da ação civil pública, uma vez que não se cuida da imposição de penalidade (Precedente: STJ, REsp 1028330, rel. min. Arnaldo Esteves Lima).

96

Qual o prazo prescricional da ação de improbidade?

A Lei de Improbidade Administrativa dedica um único artigo (art. 23) ao fenômeno da prescrição, que se subdivide em dois incisos. Para os detentores de mandato, cargo em comissão ou função de confiança (inciso I), o prazo é de cinco anos a partir do término do mandato ou do exercício do cargo em comissão ou função de confiança. Quando o agente público se desvincula do mandato, cargo ou função exercida, tem início a contagem do prazo prescricional, isso porque enquanto ele estiver ocupando tal posição na administração pública pode se valer de tal condição para impedir que ato ímprobo seja revelado. Para os servidores públicos detentores de cargos efetivos ou empregos públicos, a LIA remete ao que disciplinam os respectivos estatutos, quanto aos prazos prescricionais para as faltas disciplinares punidas com a demissão. Assim, devemos pesquisar em cada estatuto dos servidores (se federal, estadual ou municipal, civil ou militar) os prazos prescricionais fixados pela lei para as faltas disciplinares punidas com a demissão.

A Lei n. 8.112/1990, por exemplo, em seu art. 142 prevê que se a infração disciplinar, e conseqüentemente para a ação de improbidade, obedece ao prazo prescricional fixado na lei penal.

Se um detentor de cargo eletivo se reelege, o prazo prescricional para os atos de improbidade praticados no primeiro mandato conta-se a partir do fim deste ou do segundo?

97

A questão, até bem pouco tempo, era polêmica e existiam duas correntes. A primeira sustenta que o novo mandato é uma nova relação jurídica entre o detentor de tal cargo eletivo e a administração pública, passando a criar deveres e obrigações que não se interligam com o mandato anterior. Por essa corrente de pensamento, os prazos prescricionais dos atos de improbidade do primeiro mandato teriam início ao fim deste. Uma segunda corrente identifica no segundo mandato um liame com o primeiro, como se mera continuidade fosse. O dever de lealdade para com a administração pública atravessa de maneira uniforme os dois mandatos. Além disso, a razão da norma jurídica que prevê o início do prazo após o término do mandato é exatamente o de proteger a probidade administrativa levando em conta que, no exercício do mandato, é bem mais fácil ao gestor encobrir e dificultar a apuração dos atos de improbidade. Sob a influência do mandato, dificilmente os órgãos e mecanismos de controle encontram condições favoráveis a uma eficiente fiscalização. O STJ, adotando a segunda linha de pensamento, vem decidindo que, enquanto no exercício de mandato, não flui o prazo prescricional:

RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. REELEIÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. *DIES A QUO*. 1. O termo inicial do prazo prescricional da ação de improbidade administrativa, no caso de reeleição de prefeito, se aperfeiçoa após o término do segundo mandato. 2. O art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992, faz essencial à constituição do *dies a quo* da prescrição na ação de improbidade o término do exercício do mandato ou, em outras palavras, a cessação do vínculo temporário do agente ímprobo com a Administração Pública, que somente se verifica, no caso de

reeleição, após o término do segundo mandato, pois que, nesse caso, há continuidade do exercício da função de Prefeito, por inexigido o afastamento do cargo. 3. Recurso especial provido. (REsp 200901596121, Hamilton Carvalhido, STJ – 1ª Turma, DJe 29 abr. 2010).

98

Se um servidor efetivo pratica ato de improbidade no exercício de função de confiança, qual é o prazo prescricional para a ação de improbidade?

Aqui também duas posições doutrinárias coexistem. A primeira sustenta que deve incidir o art. 23, I, sendo contado o prazo prescricional a partir da cessação do cargo em comissão ou função de confiança, ainda que o servidor, por ser efetivo, continue vinculado à administração. Há, no caso, uma interpretação literal do dispositivo. A outra posição identifica a prevalência do vínculo entre o servidor e a administração pública, entendendo que o inciso I se volta a quem não mantém vínculo efetivo com a administração e exerce função temporária. Em suma, se o servidor exerce cargo efetivo perante a administração, ainda que seja nomeado para cargo em comissão ou função de confiança, sujeita-se à hipótese prescricional do inciso II e não do inciso I quanto aos atos de improbidade praticados no exercício dessa função temporária.

99

À pessoa jurídica ou física que participa ou se beneficia dos atos de improbidade também se aplicam os prazos prescricionais da ação de improbidade?

A pessoa jurídica ou física que participa ou se beneficia do ato de improbidade também deve ser acionada judicialmente e se sujeita à aplicação de sanções, tais como a proibição de contratar com a administração pública e o ressarcimento ao erário. Quanto ao ressarcimento ao erário,

prevalece a imprescritibilidade, por disposição constitucional (art. 37, § 5º). No que toca às demais sanções, incide a prescrição, a ser regulada de acordo com os prazos previstos para o servidor público que praticou a improbidade, demandado na mesma ação.

100**Existem causas interruptivas ou suspensivas dos prazos prescricionais na Lei de Improbidade?**

A LIA não prevê qualquer causa suspensiva ou interruptiva da prescrição após o início da fluência de tal prazo. Isso tem trazido grandes problemas à atuação daqueles que podem promover as ações de improbidade, que muitas vezes recebem os elementos para propor tais ações já fulminadas pela prescrição. Quem sustenta tal tese entende que a Lei de Improbidade não prevê qualquer causa suspensiva ou interruptiva e que a ação de improbidade situa-se no ramo do direito administrativo sancionador, que não comporta interpretação extensiva ou aplicação de analogia *in malam partem*, ou seja, para prejudicar o réu. Quem sustenta o contrário apoia-se na ideia de que a prescrição não decorre do mero decurso do tempo, que deve ser qualificado pela inação de quem possa promover a persecução do ato de improbidade, em juízo ou fora dele. Assim, se o Estado, por seus órgãos de persecução dos atos de improbidade (Ministério Público, tribunais de contas, órgãos de controle interno), praticou ato que guarde correlação com as causas de interrupção da lei administrativa (estatuto dos servidores) ou mesmo da lei civil, é possível sustentar a aplicação subsidiária de uma causa interruptiva ou suspensiva da prescrição, como as que estão previstas na lei processual civil, art. 202, I, do CC e 219 e 263 do CPC). Vale lembrar ainda que, quanto aos servidores regidos pela Lei n. 8.112/1990, o prazo prescricional não começa a fluir enquanto o fato não se torne conhecido: “art. 142. §1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.”

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Márcia Noll. *O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

DINAMARCO, Pedro da Silva. Requisitos para a procedência das ações por improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei n. 8.429/92 e legislação complementar*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____, _____. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____, _____. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de improbidade administrativa: comentários e anotações jurisprudenciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: _____. *Temas de direito processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NEIVA, José Antonio Lisbôa. *Improbidade administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar*. Niterói: Impetus, 2006.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Atlas, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Ação por improbidade administrativa: aspectos de relevo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. (Org.). *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey/ANPR, 2002.

SARMENTO, George. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

WEICHERT, Marlon Alberto. A sentença condenatória na ação de improbidade administrativa: profundidade e extensão das sanções. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, n. 170, abr./jun. 2006.

ANEXO

LEI N. 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992.

Texto compilado

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.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

CAPÍTULO I **Das Disposições Gerais**

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da

receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO II
Dos Atos de Improbidade Administrativa
Seção I

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito

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

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

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

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

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

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

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

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

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

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

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

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

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

Seção II

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei n. 11.107, de 2005)

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei n. 11.107, de 2005)

Seção III

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

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

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

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

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

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

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

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

CAPÍTULO III Das Penas

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

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:(Redação dada pela Lei n. 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor

do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

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

CAPÍTULO IV Da Declaração de Bens

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

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

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

§ 3º Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar

a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa.

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

CAPÍTULO V

Do Procedimento Administrativo e do Processo Judicial

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

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

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

§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 3º 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 n. 4.717, de 29 de junho de 1965. (Redação dada pela Lei n. 9.366, de 1996)

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

§ 5º A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir

ou o mesmo objeto. (Incluído pela Medida provisória n. 2.180-35, de 2001)

§ 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contemham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 2001)

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 2001)

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

§ 9º Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 2001)

§ 10. Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 2001)

§ 11. Em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 2001)

§ 12. Aplica-se aos depoimentos ou inquirições realizadas nos processos regidos por esta Lei o disposto no art. 221, caput e § 1º, do Código de Processo Penal. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 2001)

Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o

pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

CAPÍTULO VI Das Disposições Penais

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

Pena: detenção de seis a dez meses e multa.

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

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

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

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

~~I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público;~~

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento; (Redação dada pela Lei n. 12.120, de 2009).

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

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

poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

CAPÍTULO VII Da Prescrição

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

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

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

CAPÍTULO VIII Das Disposições Finais

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

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

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

Fernando Collor

Célio Borja

Este texto não substitui o publicado no DOU de 3.6.1992