

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

MÁRCIO DE OLIVEIRA SOUSA

O ABUSO COMETIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO AJUIZAMENTO DAS
AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

BRASÍLIA,
FEVEREIRO 2017

MÁRCIO DE OLIVEIRA SOUSA

O ABUSO COMETIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO AJUIZAMENTO DAS
AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

**Trabalho de dissertação apresentado ao
Curso de Pós-Graduação em Direito como
requisito para obtenção de título de
especialização na área de Direito
Administrativo.**

BRASÍLIA,
FEVEREIRO 2017

MÁRCIO DE OLIVEIRA SOUSA

O ABUSO COMETIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO AJUIZAMENTO DAS
AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

**Trabalho de dissertação apresentado ao
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Administrativo.**

Brasília-DF, 24 de fevereiro de 2017.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que, pela intercessão de Maria Santíssima, deu-me a oportunidade de realizar o curso de Pós-Graduação, bem como, força e determinação para concluí-lo.

Ao meu sócio Mário Amaral da Silva Neto, por ter me apoiado e suprimido minha ausência durante as aulas e dias de confecção do presente trabalho, à minha família, namorada e amigos.

RESUMO

O presente trabalho analisa os abusos cometidos pelo Ministério Público no ajuizamento das ações de Improbidade Administrativa de modo a verificar a veracidade da afirmação formulada pelo Excelentíssimo Ministro Ari Paglender dizendo que algumas ações de improbidade são o próprio ato de improbidade. Desse modo, busca-se o aprofundamento nos conceitos da ação de improbidade administrativo, desvendando quem são os agentes responsáveis pelos atos ímprobos e quais as sanções que devem ser aplicadas para, ao final, conferir como se dá o abuso do Ministério Público no ajuizamento das referidas ações e bem como a possibilidade de sua responsabilização, nesses casos.

Palavras chave: **Improbidade Administrativa. Ministério Público. Lei 8.429/92.**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	9
1.1 Conceito	9
1.1.1 <i>Atos de improbidade administrativa que resultam em enriquecimento ilícito do agente (artigo 9º, da Lei nº. 8.429/92).....</i>	13
1.1.2 <i>Atos de improbidade administrativa que ocasionaram lesão ao erário (art. 10, da Lei 8.429/92)</i>	17
1.1.3 <i>Atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11, da Lei 8.429/92).....</i>	21
1.2 Agentes passíveis de responsabilização nos termos da Lei nº. 8.429/92	29
1.3 Sanções previstas na Lei 8.429/92.....	28
2 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	37
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico traduzido pelo tema “O abuso cometido pelo Ministério Público no ajuizamento das ações de improbidade administrativa” tem o intuito principal de estudar e abordar se existem – e quais são – os limites que devem ser observados pelo Ministério Público para o ajuizamento das ações de improbidade administrativa.

Há de se ressaltar que é um tema bastante atual em virtude do conturbado momento político em que se encontra o país, constatando-se, infelizmente, altos níveis de corrupção praticada pelos agentes públicos (considerando-se o sentido lato da expressão), que se utilizam da máquina pública para a aquisição de benefícios e regalias em função de seu cargo ou influência, pautados pela desonestidade e má-fé, causando, assim, profundo dano ao erário.

Partindo-se dessa premissa, como forma de coibir e repudiar esse tipo de ação, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê diversas e severas sanções ao referido agente considerado ímprobo, a saber “*suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário*”¹, devendo o Ministério Público, por regulamentação da Lei nº. 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa –, buscar a condenação dos administradores e gestores inidôneos, assim como a reparação dos danos causados ao erário por meio de ressarcimento.

É necessário registrar, entretanto, que o ilustre Ministério Público deve agir com cautela e evitar se levar pelo afã do momento vivido em nosso país, a ponto de não deixar inverter a presunção de boa-fé dos agentes públicos até a sua comprovação e condenação, posto que a improbidade administrativa deve ser caracterizada ou, nas palavras de José Afonso da Silva, qualificada, pelo dano ao erário e pela vantagem ao agente ou à terceiro².

A inspiração do tema escolhido adveio da manifestação do Excelentíssimo

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acervo/constituicao-federal>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo, 2001. p. 653.

Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ari Pargendler, em sessão de julgamento da Colenda Primeira Seção da Corte da Cidadania, afirmando que *“algumas ações de improbidade, são a própria ação de improbidade”*³. Naquela seção, o referido ministro trouxe ao debate um caso em que o Ministério Público havia acusado o prefeito de Quixeramobim por suposto ato de improbidade por direcionamento de licitação.

Pelo relato feito naquela sessão, poder-se-ia inferir que, naquela situação, o Ministério Público ao invés de partir da boa-fé do prefeito, agiu como se aquele chefe do executivo municipal realmente tivesse por objetivo a fraude da licitação, porém, todas as provas demonstravam que se tratava tão somente de inabilidade daquele gestor. Nesse contexto (presunção de má-fé pelo Ministério Público), ainda houve complementação por parte do Exmo. Ministro Napoleão Maia, afirmando que *“quem sustenta garantias, passa a ideia de que abona o ilícito, mas não abona”*⁴. Em outras palavras, o Exmo. Ministro quis dizer que o Ministério Público ostentando uma imagem de guardião dos princípios administrativos, busca a condenação de qualquer agente que cometa alguma irregularidade, pressupondo que houve má-fé do agente e o efetivo dano ao erário, ao invés de investigar a realidade dos fatos, dando sentido à afirmação de que *“algumas ações de improbidade, são a própria ação de improbidade”*.

Levando tais dados em consideração e por meio de um estudo pautado essencialmente em análise da doutrina e jurisprudência pátria, investigar-se-á, portanto, a obrigatoriedade de apuração de atos que atentem contra a moralidade pública e a possibilidade em se optar pelo não ajuizamento da ação de improbidade administrativa, visando a redução de gastos públicos, e se é possível alcançar a responsabilização do agente público acusado por outras vias. Nesta última hipótese, obter-se-ia a eficiência administrativa, traduzida pelo binômio eficácia x economia.

Para tanto, iniciar-se com a conceituação da improbidade administrativa em todos os seus aspectos e elementos, quais sejam, cabimento, sujeitos ativos e passivos, as sanções previstas na legislação e suas consequências; pois, somente

³ TOURINHO, Saul. **STJ debate, com humor, abusos no ajuizamento de ações de improbidade**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/fio-da-meada/3446842/stj-debate-com-humor-abusos-no-ajuizamento-de-aco-es-de-improbidade>>. Acesso em 27 jul 2016.

⁴ TOURINHO, op. cit., loc. cit.

com uma análise detida dos referidos pontos será possível concluir se há ou não limites para o ajuizamento das ações de improbidade administrativa, indicando, na primeira hipótese (limitação) quais são as alternativas que podem ser adotadas por aquele órgão ministerial. Em seguida, abordar-se-á a atuação do Ministério Público nas ações de improbidade administrativa para, ao final do estudo, rememorar-se-ão as afirmações dos Excelentíssimos Ministro Ari Pargendler e Napoleão Maia, com o fito de verificar se realmente existem os conjecturados abusos realizados pelo Ministério Público; e, em caso positivo, quais as suas implicações no universo jurídico, a possibilidade responsabilização dos promotores e, propostas para coibir eventuais abusos, caso verificados.

1 A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Antes de estudar sobre os limites do ajuizamento da ação de improbidade administrativa e a possibilidade de se responsabilizar o Ministério Público por eventuais abusos na perseguição indiscriminada dos agentes públicos, tem-se por necessário definir os aspectos gerais da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº. 8.429/92), englobando o conceito de improbidade administrativa e suas hipóteses, os sujeitos ativos do ato, as sanções que podem ser aplicadas, para posteriormente, abordar a legitimidade do Ministério Público no ajuizamento da referida ação de improbidade e as suas limitações.

1.1 Conceito

A forma mais didática para se conceituar a improbidade administrativa é a partir da etimologia da palavra probidade, vocábulo derivado do latim *probus* que significa “aquilo que brota do bem” e é utilizado para qualificar o sujeito íntegro, honesto, que age sempre com retidão e pautado pela moralidade e boa-fé, justo.⁵

⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco *apud* COSTA, Márcia Bittencourt da. **Corrupção, improbidade administrativa e o tribunal de contas da união**. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0ADC685D4369>>. Acesso em 15 ago. 16.

De outro lado, então, está o ímprobo, caracterizando-se por ser desonesto, trapaceiro, vigarista, desleal. Nas acepções de Plácido e Silva, tem-se ímprobo todo aquele indivíduo:

Mau, perverso, corrupto, devasso, falso, enganador. É atributivo da qualidade de todo homem ou de toda pessoa que procede atentando contra os princípios ou as regras da lei, da moral e dos bons costumes, com propósitos maldosos e desonestos. O ímprobo é privado de idoneidade e de boa-fama.⁶

Portanto, pode-se dizer que a improbidade é o agir de maneira contrária à moralidade, à boa-fé. Contudo, a improbidade administrativa vai além disso, posto que deve ser qualificada tanto pela desonestidade quanto pelo prejuízo ao erário ou pelo benefício do agente público ou de terceiros, não bastando tão somente a violação ao princípio da moralidade insculpido no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

A importante ressalva realizada no parágrafo anterior é defendida por um dos mais conceituados constitucionalistas doutrinadores, José Afonso da Silva, dizendo que, pelo fato da Constituição da República Federativa do Brasil punir ferrenhamente os atos de improbidade administrativa, possibilitando até mesmo a suspensão dos direitos políticos do agente ímprobo, foi-se dada atenção especial a tal forma de moralidade administrativa, devendo ela ser *“qualificada pelo dano ao erário”* e pela *“correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”*.⁷

Conforme Aristides Junqueira Alvarenga, a conduta do agente pode ir até mesmo contra o princípio da moralidade, mas, por si só, não caracteriza o ato de improbidade, devendo haver dolo em sua conduta ou, em outras palavras, a existência da desonestidade, manifestadamente comprovada em sua vontade em obter vantagem para si ou para outra pessoa, e a lesão ao erário. Por se mostrar interessante ao tema, transcrevem-se excertos de seus ensinamentos:

É essa qualificadora da imoralidade administrativa que aproxima a improbidade administrativa do conceito de crime, não tanto pelo

⁶ DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 26. ed. São Paulo: Forense, 2005. p. 715.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo, 2001. p. 653.

resultado, mas principalmente da conduta, cuja índole de desonestidade manifesta a devassidão do agente.

É também de José Afonso da Silva a afirmação de que “todo ato lesivo ao patrimônio agrada a moralidade administrativa”, mas nem sempre a lesão ao patrimônio público pode ser caracterizada como ato de improbidade administrativa, por não estar a conduta do agente, causador da lesão, marcada pela desonestidade.

Assim, a conduta de um agente público pode ir contra o princípio da moralidade, no seu estrito sentido jurídico-administrativo, sem, contudo, ter a pecha de improbidade, dada a ausência de comportamento desonesto – atributo, esse, que distingue a espécie (improbidade) do gênero (imoralidade).

Se assim é, torna-se difícil, se não impossível, excluir o dolo do conceito de desonestidade e, conseqüentemente, do conceito de improbidade, tornando-se inimaginável que alguém possa ser desonesto por mera culpa, em sentido estrito, já que ao senso de desonestidade estão jungidas as idéias de má-fé, de deslealdade, a denotar presente o dolo.⁸

Esse também é o entendimento de Marino Pazzanglino Filho ao comentar a Lei nº. 8.429/92, que trata da Improbidade Administrativa, deixando claro que não basta somente a atuação do agente público de maneira contrária à legislação, pois a improbidade administrativa não se confunde com a ilegalidade administrativa, uma vez que aquele ato praticado deve ser necessariamente qualificado pela imoralidade e pela má-fé do agente público.⁹

Igualmente merece destaque a lição de Benedicto Pereira Porto Neto e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, aduzindo que deve ser verificado o elemento subjetivo contrário à moralidade e à ética administrativa:

A verificação de existência do ato ímprobo reclama não apenas a verificação dos resultados indicados na lei (arts. 9º e 10 da Lei 8.429, de 1992), mas também do móvel do agente; se ele deliberadamente pretendeu violar o Direito e alcançar resultados proibidos (arts. 37, § 4º, da CF e 11 da Lei 8.429, de 1992), comprometendo, dessa forma, a moralidade administrativa.

⁸ ALVARENGA, Aristides Junqueira. **Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro.** in BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais.** São Paulo: Malheiros, 2001. p. 88/89.

⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 19.

A Constituição Federal (bem como a legislação infraconstitucional) exige como elemento do tipo improbidade administrativa a intenção de praticar a ilegalidade. Elemento subjetivo, é, portanto, requisito inafastável para tipificação da conduta punível na forma da Lei 8.429, de 1992.

[...]

O que quer evitar (punir) é a prática de atos que atentem contra a moralidade administrativa.

Em resumo, a vontade do agente, o fim por ele almejado, é fundamental para a caracterização de ato de improbidade.¹⁰

Nesse momento, já se pode verificar que não deve ser punido o agente público com sanções tão aviltantes quanto aquelas delineadas nos artigos 15, inciso V e 37, § 4º da Constituição Federal – suspensão de direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário – pelo simples fato de ter ido contra a moralidade ou até mesmo praticado ato ilegal sem que ação cometida esteja maculada pela vontade do agente, seja por ação ou por omissão, em lesionar os cofres públicos ou em obter vantagem para si ou para outra pessoa, em função do cargo ou posição que ocupa.

Isso porque o objetivo da legislação pátria é de proteger o patrimônio público e punir aquele administrador desonesto e não a de punir o administrador desprovido de habilidade¹¹, concluindo-se assim que a improbidade administrativa vai além da violação à moralidade administrativa, qualificada pela má-fé do agente e sua pretensão subjetiva em auferir vantagem, para si ou para terceiros, causando, assim, dano ao patrimônio público.

A Lei nº. 8.429, de 02 de junho de 1992, em seus artigos 9º, 10 e 11, elenca os vários atos que incorrem na improbidade administrativa, sendo, respectivamente: i) atos que importem o enriquecimento ilícito, em que o agente público auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades para cuja criação ou custeio o

¹⁰ PORTO NETO, Benedicto Pereira; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. **Violação ao dever de licitar e a improbidade administrativa.** in BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais.** São Paulo: Malheiros, 2001. p. 96/97.

¹¹ FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade administrativa.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 42/43.

erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; ii) atos que importem na lesão ao erário, sendo qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que acarrete na perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; e iii) atos que atentem contra os princípios da administração pública sendo eles qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.¹²

Como o presente trabalho almeja investigar o abuso do Ministério Público no ajuizamento das ações de improbidade administrativa, tratar-se-á em tópicos próprios, cada uma das hipóteses elencadas pelo legislador, destacando as suas peculiaridades.

1.1.1 Atos de improbidade administrativa que resultam em enriquecimento ilícito do agente (artigo 9º, da Lei nº. 8.429/92)

A primeira modalidade de improbidade administrativa elencada na Lei 8.429/92 é aquela em que o agente público se utiliza dolosamente de seu cargo ou posição para conseguir vantagem patrimonial. Tal conduta é considerada pelos doutrinadores e pela jurisprudência pátria como sendo a mais grave de todas, uma vez que ela revela a falta de caráter do agente, agindo de maneira desonesta e imoral para proveito próprio ou alheio.

Dispõe o artigo:

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:

¹² BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial. Brasília/DF, 03 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 15 ago. 2016.

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.

Constata-se que o artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa, como dito e ilustrado por meio de seus incisos, tem por escopo a punição do agente que, em função do seu cargo ou posição que ocupa no âmbito da Administração Pública, obtém vantagem que engrandeça seu patrimônio ou de terceiros.

É importante destacar que o rol acima transcrito não escoa as hipóteses de enriquecimento ilícito em razão do múnus público, em outras palavras, trata-se de rol exemplificativo e não taxativo, podendo-se, então, configurar a improbidade administrativa por outro ato que não esteja ali contido desde que reconhecidos os seguintes elementos: i) a vontade dolosa do agente público; ii) aumento patrimonial ilegalmente obtido em decorrência de privilégio ou vantagem concedida em função do múnus público; e iii) a correlação entre os dois primeiros elementos, isto é, o nexo de causalidade entre o ilícito praticado pelo agente público e o ganho patrimonial.

Nesse sentido, registra Carlos Frederico Brito dos Santos:

Como podemos perceber pela redação do *caput*, os incisos são meramente exemplificativos e dispensam maiores comentários, bastando para a caracterização do ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito, a subsunção de qualquer fato à norma descrita no *caput* do art. 9º, pouco importando que não encontre encaixe em qualquer dos doze incisos elencados¹³.

A ampliação do rol decorre do fato de a ação de improbidade administrativa possuir natureza civil, podendo a lei descrever os fatos de forma genérica o que não aconteceria se sua natureza fosse estritamente penal, pois se esbarraria no princípio da reserva legal descrito no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição da República

¹³ SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 21.

Federativa do Brasil (“*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”¹⁴). Assim ensina Mauro Roberto Gomes de Mattos:

A tipificação dos atos de improbidade administrativa, por serem de natureza civil, pode ser mais genérica e conceitual do que a exigida pelo direito penal, bastando, portanto, a fixação da conduta do agente público se constituir em enriquecimento ilícito pela auferição de vantagem patrimonial indevida em razão da função pública exercida, pois a base é o que vem contido no art. 37, 4º, da CF. Esse é o tipo que se configura com o dolo do agente, ou seja, a vontade livre e consciente de realizar as condutas vedadas pela norma legal. Basta estar presente o enriquecimento ilícito em razão do cargo ou função pública exercido pelo agente público, independentemente das hipóteses exemplificativas dos incisos do art. 9º, para existir o delito, sem que haja ofensa ao princípio da reserva legal, em razão da determinação da Magna Carta.¹⁵

Ainda sobre os elementos tipificadores da improbidade administrativa, dispostos no artigo 9º, da Lei nº. 8.429/92, é importante destacar que, no caso do presente mandamento legal, é prescindível a ocorrência de dano ao erário, bastando que a vantagem patrimonial decorra de um ilícito cometido dolosamente pelo agente público, sendo condenável o seu ato ilegal, desleal e amoral.

Corroborando com essa ideia, Francisco Octávio de Almeida Prado afirma que:

Para a configuração do enriquecimento ilícito não é necessária a verificação de dano ou prejuízo ao erário. Na verdade, o bem jurídico protegido é a probidade na administração, e esse bem é agredido sempre que o agente público se desvia dos fins legais a que está atrelado, em contrapartida à percepção de vantagem patrimonial. Poderá, é certo, resultar em prejuízo ao erário de uma conduta tipificada pelo art. 9º. Esse prejuízo, no entanto, não compõe as figuras típicas de enriquecimento ilícito e será irrelevante para a caracterização das infrações, conquanto possa ter relevância para a dosagem das sanções cabíveis.¹⁶

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília/DF, 05 out. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicoocompilado.htm>. Acesso em 15 ago. 2016.

¹⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da lei nº 8.429/92**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 165/166.

¹⁶ PRADO. Francisco Octávio de Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 72.

Infere-se, então, que a ocorrência do ato de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito se dá quando o agente público utiliza seu cargo para auferir vantagem patrimonial ilícita para si ou para outrem, sendo necessária tão somente a demonstração do nexo de causalidade, sendo dispensável, nesse caso, a ocorrência de dano ao erário.

1.1.2 *Atos de improbidade administrativa que ocasionaram lesão ao erário (art. 10, da Lei 8.429/92)*

O segundo tipo de improbidade administrativo descrito na Lei de Improbidade Administrativa é aquele ato praticado pelo agente público, causando prejuízo aos cofres públicos. Diz o artigo:

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 de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los 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;

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;

XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

A leitura do dispositivo legal deixa transparecer que a subsunção do ato à norma somente acontecerá se houver dano/lesão ao erário, em decorrência de ato estritamente ilegal seja por i) perda patrimonial, que significa a diminuição dos bens públicos – decréscimo – ; ii) desvio, que representa a mudança de destinação da verba pública; iii) apropriação, quando o agente público se apodera dos bens pertencentes à Administração Pública; iv) malbaratamento, caracterizado pela fixação de valores irrisórios para aquisição dos bens públicos; e v) dilapidação, que nada mais é do que o uso desregrado e irresponsável dos recursos públicos.¹⁷

Nessas hipóteses, mostra-se inaplicável a disposição contida no artigo 21, inciso II, da Lei de Improbidade Administrativa, dispondo que “a aplicação das sanções previstas nesta lei independe a efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público”¹⁸, pois, conforme ensina Mauro Roberto Gomes de Mattos, nesta modalidade de improbidade administrativa deve ser reconhecido o prejuízo ao erário, seja por lesão, desvio, dilapidação, malbaratamento ou apropriação, sendo, portanto, “requisito básico ao enquadramento do dispositivo [...] independentemente

¹⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 78.

¹⁸ BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial. Brasília/DF, 03 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 15 ago. 2016.

se houve ou não recebimento ou obtenção de vantagem patrimonial do agente".¹⁹

Da mesma maneira, assinala Wallace Martins Júnior, sustentando que não configura improbidade administrativa *"a lesão sem repercussão patrimonial [...], podendo consistir, conforme o caso, em enriquecimento ilícito ou atentado aos princípios da Administração Pública"*.²⁰ Ainda sobre essa questão, é importante destacar o ensinamento de Pedro da Silva Dinamarco:

Assim como para o enquadramento no artigo anterior é necessária a prova da vantagem ilícita, aqui a demanda jamais poderá ser julgada procedente para declarar a ocorrência de improbidade administrativa sem a prova cabal do dano ao erário, decorrente de ação ou omissão ilegais.

Não se trata de provar o *quantum*, que poderia eventualmente ser remetido à liquidação de sentença, mas a própria existência do dano (*an debeatur*). Afinal, o dispositivo legal em comento é expresso em exigir a "lesão ao erário" como requisito do "tipo". Por isso, sequer o pedido de declaração de existência de improbidade administrativa pode ser acolhido sem essa prova. Essa prova, saliente-se, ordinariamente não é de difícil produção.²¹

Sobre a conduta dolosa e culposa do agente público, nos rendemos aos ensinamentos de Marino Pazzaglini Filho, explicando que:

A improbidade lesiva ao erário dolosa acontece quando o autor do ato ilícito catalogado como ato ímprobo está consciente da antijuridicidade de sua ação ou omissão funcional e do resultado danosos ao erário que dela sobrevirá.

A improbidade lesiva ao patrimônio público financeiro culposa se dá quando o resultado danoso involuntário, porém previsível, é consequência de comportamento voluntário do agente público, denotativo de má-fé, pela deslealdade funcional, pelo desvio ético (falta de probidade).

Assim, a culpa civil, no âmbito da improbidade administrativa, configura-se com a ação ou a omissão do agente público, resultante de descumprimento consciente de obrigação jurídica, por má-fé,

¹⁹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da lei nº 8.429/92**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 283.

²⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 250.

²¹ DINAMARCO, Pedro da Silva. **Requisitos para a procedência das ações de improbidade administrativa**. in BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 334/335.

causando involuntariamente resultado antijurídico que poderia ele ter evitado (lesão ao erário), caso tivesse empregado a diligência devida pelo seu dever de ofício.

A culpa, em síntese, fundamenta-se no descumprimento inescusável pelo agente público da *obligatio ad diligentiam*.²²

Conclui-se, com isso, que para haver o ajuizamento da ação de improbidade administrativa em função do artigo 10, da Lei nº. 8.429/92, devem estar presentes tanto a ilegalidade do agente que, conscientemente, causa lesão aos cofres públicos e a comprovação do prejuízo, sob pena de atipicidade da conduta.

1.1.3 *Atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11, da Lei 8.429/92)*

A última hipótese de improbidade administrativa é quando o agente público atenta contra os princípios que regem a Administração Pública, praticando atos que impliquem em ilegalidade, desonestidade, incompetência.

Os princípios que regem a Administração Pública estão devidamente listados no artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, repetidos pela Lei de Improbidade Administrativa, trazendo ainda em seu bojo alguns exemplos de violação dos princípios que se mostram mais importantes, contudo, sem esgotar outras hipóteses, tratando-se de rol exemplificativo, vejamos:

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;

²² PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 79.

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.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.²³

É importante começar a tratativa acerca do tema com o alerta realizado pela doutrina no sentido de que deve ser olhado com cautela o caráter aberto da norma ao dizer “*ato que afronta aos princípios da Administração Pública*”, uma vez a regra não é a de que todo ato que infringe a legalidade ou a imparcialidade deve ser punido nos rigores da Lei de Improbidade Administrativa, pois cabe, em vários casos, a punição/correção administrativa.

Portanto, aplica-se o referido artigo somente àqueles atos que violem a moralidade administrativa, ou seja, em que haja a má-fé do agente, caminhando em sentido contrário aos princípios éticos, bem como todos aqueles que devem ser observados pelo agente público para manutenção da moralidade administrativa, como, legalidade, publicidade, impessoalidade, imparcialidade²⁴. É o que ensina Waldo Fazzio Júnior, tratando cuidadosamente da matéria, em seu estudo acerca da improbidade administrativa nos atos realizados pelos prefeitos:

É necessário que se adote muita cautela na compreensão das regras

²³ BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial. Brasília/DF, 03 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 15 ago. 2016.

²⁴ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 283.

do art. 11, da LIA. Sua evidente amplitude constitui sério risco para o intérprete porque enseja radicalismos exegéticos capazes de acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, cometidas sem a má-fé, que arranha os princípios éticos ou critérios morais. Práticas sem maiores repercussões no universo administrativo, ditadas, eventualmente, pelo despacho intelectual e pela ausência da habilidade do Prefeito, se examinadas à luz de legalismo preciosista, podem assumir a configuração de atos de improbidade, quando, de fato, não contêm tanta gravidade. As deficiências pessoais, culturais e profissionais do Chefe do Executivo municipal podem promover irregularidades e, até mesmo, ilegalidades formais, mas é só o desvio de caráter que faz ilegal o sinônimo de ímprobo.²⁵

Não obstante o exemplo acima destacar atos do Chefe do Executivo municipal, deve-se estender as considerações formuladas pelo autor a todos os agentes públicos, mantendo-se a análise de sua boa-fé e de seu *animus dolandi* quando da realização do ato. Nessa esteira dita a jurisprudência pátria, podendo citar Acórdão proferido pelo Tribunal da Cidadania:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS. TRANSFERÊNCIA, DE OFÍCIO, PARA UNIVERSIDADE PÚBLICA FEDERAL. IRREGULARIDADES. OFENSA DO ART. 11 DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DOLO GENÉRICO. REVISÃO DOS PRESSUPOSTOS FÁTICOS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A orientação jurisprudencial sedimentada no Superior Tribunal de Justiça estabelece que a configuração do ato de improbidade por ofensa a princípio da administração depende da demonstração do chamado dolo genérico.

2. No particular caso dos autos, é impossível extrair do acórdão recorrido qualquer referência - ainda que indireta - à presença desse elemento subjetivo. Sobre o tema, ponderou o Tribunal local: "nada obstante os argumentos expendidos pelo apelante, tenho, contudo, a partir da análise do conjunto probatório que, apesar das irregularidades apontadas pelo MPF, não foi possível constatar, a partir dos documentos, que houve ato de improbidade por parte dos réus, na medida em que o elemento subjetivo necessário para sua caracterização não está presente, consubstanciado no dolo, na desonestidade e na má-fé do agente público em cometer um ato ímprobo. Ademais, inexistiu obtenção de proveito patrimonial" (fl.1.294, e-STJ).

²⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 179/180.

3. Nesse contexto de limitação cognitiva, a alteração das conclusões firmadas pelas instâncias inferiores somente poderia ser alcançada com o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

4. Ademais, a decisão recorrida está em conformidade com precedentes do STJ no sentido de não sujeitar meras irregularidades às sanções da Lei 8.429/92.

5. Recurso Especial não conhecido.²⁶

Verifica-se por meio do julgado acima que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conhecendo a gravidade de se considerar um agente ímprobo, impôs ressalvas quanto à aplicação do artigo 11 a toda e qualquer situação que atente contra a legalidade, registrando, ao final, que os precedentes daquela r. Corte prelecionam a não sujeição de meras irregularidades dos agentes públicos aos ditames da Lei de Improbidade Administrativa.

Nessa mesma linha de pensamento caminha Mauro Roberto Gomes de Mattos:

Portanto, equívocos leves que não comprometam a moralidade (honestidade) ou que não invadam indevidamente o erário público, não se enquadram no raio de atuação do art. 11, pois senão teríamos a séria insegurança de que qualquer ato que ferisse o princípio da legalidade, por exemplo, seria ímprobo.

Esta não é a finalidade da Lei de Improbidade Administrativa, que por possuir no art. 11 caráter bem amplo deverá ser interpretado com as devidas moderações [...]

Irregularidades formais sem ardil ou má-fé descartam a configuração da improbidade administrativa [...]

Nesse contexto, as ilegalidades (irregularidades) sanáveis, não dolosas e que não gerem prejuízo aos cofres públicos, são sanadas, em homenagem à estabilização das relações jurídicas, afastando-se, via de consequência, da improbidade administrativa.

A boa-fé e a falta de prejuízo para a Administração Pública, mesmo

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Violação de princípios. Transferência, de ofício, para universidade pública federal. Irregularidades. Ofensa do art. 11 da lei 8.429/92. Ausência de dolo genérico. Revisão dos pressupostos fáticos. Inviabilidade. Súmula 7/STJ..REsp 1512831/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2a Turma, julgado em 13 dez. 2016, publicado em 19 dez. 2016.

que haja vício de legalidade, autorizam a sanatória do ato tido irregular.²⁷

Nessa seara, infere-se que a mera inobservância dos princípios administrativos não caracteriza o ato de improbidade a menos que esteja presente a má-fé, desonestidade ou deslealdade do agente público, de modo a evitar a banalização da Lei de Improbidade Administrativa, acarretando em diversas ações desnecessárias para questões que poderiam ser resolvidas/tolhidas pelas vias administrativas, evitando-se gastos excessivos com a movimentação do Poder Judiciário.

1.2 Agentes passíveis de responsabilização nos termos da Lei nº. 8.429/92

Conforme será aprofundado a seguir, o conceito de agente público trazido pela Lei de Improbidade Administrativa é o mais amplo e abrangente possível, nos termos do artigo 2º. Além disso, a lei também estende a sua aplicação para aqueles que não são considerados agentes públicos, mas participaram e concorreram (art. 3º) para ato que importe enriquecimento ilícito; lesão ao erário e/ou violação aos princípios da Administração Pública.

Para uma análise detida, transcreve-se teor dos referidos artigos:

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.²⁸

²⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da lei nº 8.429/92**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 432/433.

²⁸ BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial. Brasília/DF, 03 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 15 ago. 2016.

Percebe-se que agente público no contexto legal é todo aquele indivíduo que exerce atividade que esteja representando a Administração Pública, ainda que sem receber qualquer contraprestação pecuniária, e esteja exercendo o cargo momentaneamente, podendo-se destacar excelente colocação formulada por Wallace Paiva Martins Júnior:

Com o conceito amplo do art. 2º, a lei atinge todo aquele que se vincula com à Administração Pública, com ou sem remuneração, definitiva ou transitoriamente, abrangendo servidores e funcionários públicos, civis e militares, agente políticos, administrativos, honoríficos, delegados e credenciados, quer sejam pessoas físicas, quer jurídicas, ou seja, todo aquele que exerce função pública (mandato, cargo, emprego ou função pública), independentemente do modo de investidura (nomeação, designação, eleição, contratação, credenciamento, delegação de serviço público, convocação, requisição, parcerias e contrato de gestão.²⁹

Merece destaque também a visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, tratando brilhantemente sobre o tema, explicitando a extensão do termo agentes públicos para a lei de improbidade administrativa, de modo a garantir a responsabilização desses agentes:

Esta expressão – agentes públicos – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente. Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público. Por isso, a noção abarca tanto o chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas) como os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração Direta dos Três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos.³⁰

Os textos citados demonstram claramente que a lei quer punir aquele

²⁹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 299.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11a. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 175/176.

indivíduo que, ao invés de representar o Estado, mantendo a impessoalidade, utiliza-se de seu cargo ou função agir desonestamente, deixando de observar os princípios que regem a Administração Pública, entre eles aqueles listados no artigo 4º da Lei 8.429/92 (princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade) para obter vantagem para si ou para outrem, causando ou não lesão ao erário.

Assim, conclui-se que agentes públicos, no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, compreendem os agentes políticos, servidores estatutários, empregados públicos, funcionários públicos, particulares colaboradores e agentes públicos de fato.³¹

Para fins do estudo proposto, percebe-se que, a princípio, os membros do Ministério Público também poderiam ser responsabilizados pelos atos de improbidade administrativa por eles cometidos, desde que presentes os requisitos citados nos tópicos anteriores, isto é, agir dolosamente contra os princípios que regem a Administração Pública, podendo causar lesão ao erário ou auferir vantagem indevida.

A observância e cuidado dos membros do Ministério Público para não recaírem em atos de improbidade administrativa deveria ser ainda maior pelo fato daquele órgão possuir a legitimidade para autuar nos processos de Improbidade Administrativa, seja como parte, seja como fiscal da lei, conforme será devidamente abordado nos tópicos seguintes.

Voltando aos ditames legais, tem-se ainda a responsabilização de terceiros – aqui entendidos como aqueles que não são enquadrados como agentes públicos, nos termos do artigo 1º da lei – quando concorrem para a ocorrência do ato de improbidade administrativa ou, até mesmo, induzem o agente público a fazê-lo, obtendo proveito (auferindo benefício) da ação desonesta.³²

Nesse viés, tem-se a imputação de ato de improbidade administrativa à terceiro quando este i) induzir o agente público descrito no artigo 1º da Lei para a prática do ato ilícito ou que concorra para sua ocorrência; ii) obtenha

³¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da lei nº 8.429/92**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 19.

³² FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade administrativa**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 53.

vantagem/benefício direta ou indiretamente; e iii) tenha realizado os atos acima (indução ou concorrência) com o animus de lesar o patrimônio público em sentido lato, ou de se beneficiar de ato vedado/proibido pela legislação e direito pátrio³³.

1.3 Sanções previstas na Lei 8.429/92

O artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa veio para regulamentar as disposições contidas no artigo 37, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, que determina a imposição das sanções de suspensão de direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento dos bens, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Assim, a fim de determinar a forma e gradação das penalidades para o ato de improbidade administrativa, a Lei nº. 8.429/92, dispõe:

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:

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

³³ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da lei nº 8.429/92**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 19.

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.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

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.³⁴

Uma análise perfunctória do referido artigo nos revela que o tipo das sanções previstas para cada ato de improbidade administrativa (enriquecimento ilícito, lesão ao erário e violação dos princípios da Administração Pública) são objetivamente os mesmos. Dessa forma, o que irá mudar de um para o outro é a sua graduação em virtude da gravidade de cada ato.

Portanto, como dito, verifica-se mais grave o ato de improbidade previsto no artigo 9º da Lei, qual seja, atos que importem da obtenção de vantagem indevida; seguido do artigo 10, que trata da lesão ao patrimônio público e do artigo 11, princípios da Administração.

É possível visualizar, ainda, que para imposição das sanções previstas no artigo 9º e 11, deve estar, obrigatoriamente, caracterizado o dolo do agente público ou de terceiros. Em outras palavras, deve estar provado que o ato se deu com a existência da vontade de obter a vantagem ilícita ou a de violar os princípios da Administração Pública. Já o artigo 10, permite a condenação em razão de grave culpa (negligência, imprudência e imperícia) na realização do ato³⁵.

³⁴ BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial. Brasília/DF, 03 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 15 ago. 2016.

³⁵ DINAMARCO, Pedro da Silva. **Requisitos para procedência das ações por improbidades in** BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 337.

Corroborando com esse entendimento, manifestou-se o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos autos da Ação de Improbidade Administrativa nº. 30/AM:

Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429Q92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10.³⁶

A primeira sanção que aparece no dispositivo legal é a perda dos bens e/ou valores adquiridos indevidamente acrescidos ao patrimônio do agente público e de terceiros como forma de punir o enriquecimento ilícito do agente ou terceiro ocorrido por meio da desonestidade e má-fé, devidamente caracterizada.

Ensina Wallace Paiva Martins que nesta hipótese há o pressuposto do enriquecimento ilícito de alguém (agente público ou terceiro) em detrimento do outro (Poder Público), impondo-se, conseqüentemente o perdimento desses bens obtidos de maneira ilícita, podendo ser determinado, inclusive, naqueles casos em que obteve a vantagem negativa, ou seja, pelo proveito econômico obtido pelo agente público ou terceiro por ter deixado de arcar ou pagar algo, isto é, em cima da economia realizada.³⁷

Há de se registrar, ainda, que vários doutrinadores não enxergam a perda dos bens ou vantagem obtida ilicitamente como verdadeira sanção, posto que está somente levando o agente ou terceiro ao *status quo ante*. Por todos, destaca-se a lição de Emerson Garcia:

Em rigor técnico, a perda de bens ou valores não representará verdadeira sanção, pois buscará unicamente reconduzir o agente à situação anterior à prática do ilícito, mantendo imutável o seu patrimônio legítimo. Sobre a importância da restituição, observou Padre Antônio Vieira que “a salvação não póde entrar sem se

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação de improbidade originária contra membros do Tribunal Regional do Trabalho. Lei 8.429s92. Legitimidade do regime sancionatório. Edição de portaria com conteúdo correccional não previsto na legislação. Ausência do elemento subjetivo da conduta. Inexistência de improbidade. AIA 30/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Julgado em: 21 set. 2009. Publicado em 28 set. 2009.

³⁷ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 347.

perdoar o pecado, e o pecado não se póde perdoar sem se restituir o roubado: *Non dimittitur peccatum, nisi restituatur ablatum*". Em outras palavras "a Lei da restituição é Lei natural e Lei divina".³⁸

A perda dos bens não se confunde com o ressarcimento do dano causado, sob pena de se vislumbrar eventual *bis in idem* quando tais sanções forem cumuladas. Em verdade, o ressarcimento integral do dano se traduz na devolução aos cofres públicos do valor que lhe foi tirado indevidamente, ou seja, nessa hipótese deve existir necessariamente a lesão ao erário ou patrimônio público, diferentemente da perda dos bens ou vantagem.

Sobre o ressarcimento integral do dano, registra Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Quanto ao ressarcimento do dano, constitui uma forma de recompor o patrimônio lesado. Seria cabível, ainda que não previsto na Constituição, já que decorre do artigo 159 do Código Civil, que consagra, no direito positivo, o princípio geral de direito segundo o qual quem quer que cause dano a outrem é obrigado a repará-lo.

Por isso mesmo, só é cabível o ressarcimento se do ato de improbidade resultou prejuízo para o erário ou para o patrimônio público (entendido em sentido amplo). Onde não existe prejuízo, não se pode falar em ressarcimento, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do Poder Público. Essa conclusão decorre de norma expressa da lei, contida no artigo 5º, segundo o qual "ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento ao dano".³⁹

Dessa forma, não há em que se falar de ressarcimento de dano presumido, devendo o agente ou terceiro reparar exatamente o que foi tirado indevidamente da Administração Pública sem acréscimos ou excessos, cabendo a comprovação da lesão causada, evitando a "*injustiça tanto para o lesado, como para quem lesou*".⁴⁰

Outra sanção imposta pela Lei de Improbidade é a perda da função pública,

³⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 427.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 677.

⁴⁰ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da lei nº 8.429/92**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 544.

resultando, como já se pode perceber, na “*ruptura ou cessação compulsória do vínculo jurídico do agente público – englobado pelo art. 2º da Lei – com o órgão ou entidade pública (ou assemelhada) decorrente de sentença condenatória em ação civil por improbidade administrativa que a decretou*”.⁴¹

Fato importante e interessante a destacar é que com a perda da função pública se dá ainda que o vínculo seja diferente daquele da data de ocorrência do fato, tendo em vista que o direito que se pretende resguardar é o da Administração Pública, ceifando de seus quadros aquele agente público imoral, desonesto, com tendências corruptíveis. Registra Mauro Roberto Gomes de Mattos que a perda da função pública:

Decorre do desdobramento do princípio da moralidade (*caput*, art. 37, da CF) e também da razoabilidade (art. 1º da CF), pois não é admissível que o agente público condenado pelo grave delito de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito possa continuar a desempenhar suas atividades no ente público lesado.⁴²

Isso porque era dever do agente público agir com honradez, zelo e lealdade à Administração Pública, exercendo de maneira esplêndida o seu mister. Também é o entendimento de Wallace Paiva Martins Júnior afirmando que com a perda da função pública:

Extirpa-se da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício de função pública, expandindo-se para qualquer uma, mesmo se em nível de governo diferente da executada quando praticado o ato ímprobo. De fato, não há limitação: se o agente público era ímprobo quando exercia seu cargo efetivo na Administração Pública estadual, não foi a sentença que o constituiu na improbidade, mas a sua atuação, de forma que, se ao tempo do trânsito em julgado ele exerce cargo em comissão na Administração Pública federal ou outro cargo efetivo, a perda da função pública incidirá.⁴³

⁴¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 150.

⁴² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 544.

⁴³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 363/364.

A perda da função pública atinge, ainda, o agente público que já teve concedida sua aposentadoria, podendo ser anulada para, posteriormente, ser decretada a perda da função exercida à época do fato motivador da condenação por improbidade administrativa, hipótese em que o agente público perderá seus benefícios.⁴⁴

É imperioso destacar que se trata de sanção gravíssima, assim como a suspensão dos direitos políticos, devendo ser aplicada somente à casos extremos e que caracterizem a impossibilidade na manutenção do vínculo com a Administração Pública, inexistindo qualquer confiança nos atos do agente público. Por esse motivo, essas sanções somente podem ser efetivas com o trânsito em julgado da ação de improbidade administrativa, nos termos do artigo 20, da Lei 8.429/92: “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”⁴⁵.

Ainda tratando sobre as sanções, outra penalidade imposta pela legislação é a suspensão dos direitos políticos, tolhendo o direito do agente público ou terceiro de participar da vida política do país, direito de votar e ser votado, ajuizar ação popular, filiar-se a um partido, ser investido em cargo público etc.

Segundo José Afonso da Silva, os direitos políticos:

Garantem a participação do povo no poder de dominação política por meio das diversas modalidades de direito de sufrágio: direito de voto nas eleições, direito de elegibilidade (direito de ser votado), direito de voto nos plebiscitos e referendos, assim como por outros direitos de participação popular, como o direito de iniciativa popular, o direito de propor ação popular e o direito de organizar e participar de partidos políticos.⁴⁶

⁴⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 150.

⁴⁵ BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial. Brasília/DF, 03 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 15 ago. 2016.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 351.

Repita-se que, em virtude da gravidade desta sanção, ela somente poderá ser efetiva com o trânsito em julgado da sentença. Após seu cumprimento, o agente público ou terceiro readquire seus direitos políticos, podendo exercê-los plenamente.

Outra consequência trazida pela Lei de Improbidade Administrativa é a imposição de multa civil, que constitui sanção pecuniária pelo dano moral acarretado à Administração Pública. Quanto a esta penalidade havia bastante discussão na doutrina acerca da sua constitucionalidade, visto que as punições pelos atos de improbidade administrativa estão elencadas na Constituição Federal, devendo a Lei, a princípio, apenas regular a sua aplicabilidade e não trazer novas modalidades.

Nesse interim, transcreve-se entendimento externado por Mauro Roberto Gomes de Mattos:

Ocorre que ela não possui reserva de constituição, uma vez que taxativamente o Texto *Mater* é uníssono em estabelecer (art. 37, § 4º): a suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário. [...] Ocorre que o legislador infraconstitucional avançou mais do que o permitido, pois a multa, mesmo que decorrente de um ilícito, tendo o caráter intimidativo, não se abriga em princípio constitucional. Como a matriz das sanções vem grafada na CF, que contempla o ressarcimento integral do dano, o acessório, que é revestido pela multa se abriga em um excesso não previsto. O ressarcimento ao erário, pela disposição constitucional, deve se dar em toda a sua plenitude, sem que isto implique enriquecimento para o ente lesado, destinatário do recebimento do pagamento da lesão. Mas a multa é um excesso não previsto na CF, incluído pelo legislador infraconstitucional.⁴⁷

Entretanto, a Corte Suprema já se manifestou acerca do assunto, dizendo que as sanções civis previstas na Lei de Improbidade Administrativa estão de acordo com a Constituição Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº. 598.588, sustentando: “as sanções civis impostas pelo artigo 12 da Lei n. 8.429/92 aos atos

⁴⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da lei nº 8.429/92**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p.554 .

de improbidade administrativa estão em sintonia com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública”.⁴⁸

Desta forma, é devidamente cabível a multa possuindo, para tanto, caráter sancionatório, buscando evitar a ocorrência de atos ímprobos e comportamentos desonestos por parte do agente público e/ou terceiro, sendo ela revertida inteiramente em proveito da Administração Pública, ora lesada.

Finalizando as sanções previstas, tem-se a proibição do agente público e/ou terceiro em contratar com a Administração Pública ou, ainda, de receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, por intermédio de pessoa jurídica de que seja sócio majoritário.

A sanção acima se revela válida ao ponto em que deve ser garantida a idoneidade da pessoa (física ou jurídica) que irá se vincular à Administração Pública. Nas palavras de Emerson Garcia:

No que concerne ao pólo oposto da relação obrigacional, deverá ser ocupado por quem demonstre possuir retidão de conduta compatível com a natureza do contrato e do seu destinatário final. Essa característica, *prima facie*, não será encontrada naquele que infringiu os princípios da legalidade e da moralidade, vindo a praticar atos de improbidade em detrimento do interesse público. Assim, é plenamente justificável que lhe seja defeso contratar com o Poder Público.⁴⁹

Portanto, ante os argumentos do doutrinador, mostra-se plausível a restrição a ponto de evitar que o agente público ou terceiro declarado ímprobo contrate com a Administração Pública, uma vez que já se mostrou indigno em manter relações com o Poder Público.

Para finalizar o estudo acerca das sanções é imperioso registrar que todas as penalidades podem ser cumuladas (note-se que há discricionariedade na sua cumulação) de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade,

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravos Regimentais no Recurso Extraordinário. Improbidade administrativa. Multa civil. Artigo 12, III, da lei 8.429/92. Rel. Ministro Eros Grau. 2a Turma. Julgado em: 15 dez. 2009. Publicado em: 26 fev. 2010.

⁴⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 471.

levando-se em consideração o ato praticado pelo agente e/ou terceiro e do dano causado ou vantagem obtida, cabendo ao magistrado tal análise, conforme dita Marino Pazzaglini Filho:

Deduz-se desses princípios que a imposição das sanções elencadas para os atos de improbidade administrativa deve ser razoável, isto é, adequada, sensata, coerente em relação ao ato ímprobo cometido pelo agente público e suas circunstâncias, e proporcional, ou seja, compatível, apropriada, pertinente com a gravidade e a extensão do dano causado por ele.

Portanto, a aplicação cumulativa, parcial ou isolada das sanções arroladas no art. 12 da LIA subordina-se aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade. Assim sendo, exigem que o Magistrado, no momento da aplicação das sanções previstas na LIA, à luz do caso concreto, limite-se àquelas estritamente necessárias (razoáveis e proporcionais) para alcançar, com justiça, os fins almejados pela LIA, sendo defeso a ele, pois, a mera aplicação objetiva e automática de sanções em bloco.⁵⁰

Em complementariedade, é importante dizer que o princípio da razoabilidade se traduz na limitação da discricionariedade da Administração Pública. Significa dizer que o ato praticado deve estar em conformidade com o interesse público, adequando-se os meios adotados com os fins buscados pela administração.⁵¹

De outro lado, tem-se o princípio da proporcionalidade, buscando evitar o excesso de poder que se dá, nesse caso, pela aplicação de penalidade que ultrapasse os limites adequados para se atingir a finalidade administrativa. Assim, deve a penalidade imposta ser necessária e exigível não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para se alcançar o fim público.

Tratando do tema da cumulatividade, razoabilidade e proporcionalidade quando se abordam as questões atinentes ao art. 12, da Lei 8.429/92, decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. ART. 23, I, DA

⁵⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 156.

⁵¹ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 101.

LEI 8.429/1992. SÚMULA 284/STF. ART. 12 DA LIA. CUMULATIVIDADE DAS SANÇÕES AUSÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Não se pode conhecer da irresignação quanto à suposta ausência de apreciação da tese de que o dolo e culpa não teriam sido demonstrados, pois tal alegação consiste em inovação recursal. O Recurso Especial interposto questionou apenas a proporcionalidade das penas e o art. 12, III, da Lei 8.429/1992, tendo sido fundamentado na alínea "c" do inciso III do art. 105 da CF.

2. O art. 23 da LIA regula o prazo prescricional para a propositura da ação de improbidade administrativa. O agravante defende que teria ocorrido a prescrição intercorrente pelo transcurso do prazo de cinco anos entre a publicação do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a decisão de não conhecimento do Recurso Especial e também entre a decisão de provimento do Agravo de Instrumento e a de não conhecimento do Recurso Especial. Incidência, por analogia, do óbice da Súmula 284/STF, segundo a qual "é inadmissível o Recurso Extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

3. O Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão de que não há impedimento à aplicação cumulativa das sanções previstas no art. 12 da LIA, bastando que a dosimetria respeite os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade. A pena fixada em juízo não pode ser revista por esta Corte em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ, pois não é manifesta a sua desproporcionalidade.

4. Agravo Interno parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.⁵²

Conclui-se, dessa forma, que o artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa elenca todas as sanções cabíveis ao agente público e ao terceiro declarados ímprobos, podendo ser cumulativamente impostas as sanções equivalentes à perda da função pública; ressarcimento do dano ao erário; suspensão dos direitos políticos; multa civil; proibição de contratar com o Poder Público; e o perdimento dos bens.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno. Improbidade administrativa. Inovação recursal. Não conhecimento. Art. 23, I, da lei 8.429/1992. Súmula 284/STF. Art. 12 da LIA. Cumulatividade das sanções ausência de desproporcionalidade. Súmula 7/STJ. Relator Min. Herman Benjamin. 2a Turma. Julgado em: 13 dez. 2016. Publicado em: 02 fev. 2017.

2 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Constatado o ato de improbidade cometido pelo agente público ou por terceiro, a Lei de Improbidade Administrativa prevê a instauração de procedimento administrativo e/ou ajuizamento de ação civil pública por meio do Ministério Público ou pessoa jurídica interessada, conforme delineado em seu artigo 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”.⁵³

Por pessoas jurídicas interessadas se entende por todas aquelas listadas no artigo 1º da Lei 8.429/92, qual sejam: União, Estados, Distrito Federal, Municípios, etc. Como o presente estudo está voltado à atuação do Ministério Público, manter-se-á o foco somente nele.

O Capítulo IV da Constituição da República Federativa do Brasil trata das funções essenciais à justiça e se inicia dispondo das atribuições do Ministério Público (artigo 127), destacando que é seu mister “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Logo em seguida, em seu artigo 129, a Carga Magna determina quais são as funções institucionais do Ministério Público, dizendo, taxativamente, que ele deve promover o inquérito civil e a ação civil pública com o fito de proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e qualquer outro interesse difuso ou coletivo.⁵⁴

Na mesma esfera, tem-se a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei nº. 8.625/93, elencando no rol de competências do Ministério Público a promoção de inquérito civil e público:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao

⁵³ BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial. Brasília/DF, 03 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 15 ago. 2016.

⁵⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília/DF, 05 out. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 ago. 2016.

meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem;⁵⁵

Pela análise da letra da legislação, vários autores possuíam o entendimento que ao Ministério Público caberia o ajuizamento da ação de improbidade, posto que, ela seria um meio para se alcançar/atingir o interesse difuso ao proteger o patrimônio público.

Contudo, existe doutrina contrária a esse pensamento, sustentando a ilegitimidade do Ministério Público no ajuizamento das ações de Improbidade Administrativa por não poder defender direitos patrimoniais da União, da Fazenda Nacional, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, uma vez que não se trataria aqui de interesses difusos. Nessa linha de raciocínio não poderia a legislação ordinária (Lei de Improbidade Administrativa) ampliar o leque de atribuições do referido Órgão ditadas pela Constituição da República Federativa do Brasil. Nesse viés, afirma Adilson Abreu Dallari:

Os dispositivos constitucionais acima transcritos circunscrevem as atribuições do Ministério Público. Nenhuma ampliação a esse extenso universo pode ser feita por lei ordinária, pois isso acarretaria invasão do espaço constitucionalmente reservado a outros órgãos ou entidades, quebrando a harmonia institucional. Cabe ao Ministério Público, exclusivamente, a defesa de “interesse difusos ou coletivos”.

Nem cabe examinar, quanto a isso, o texto da legislação ordinária, uma vez que, sabidamente, a lei deve amoldar-se à Constituição, e não o contrário. O legislador ordinário não pode alterar o equilíbrio estabelecido pelo constituinte. Lei não muda a Constituição.

O interesse público que cabe ao Ministério Público defender é o da coletividade, do conjunto de cidadãos, na medida em que se configure como um interesse público coletivo ou difuso – o que não acontece com os interesses patrimoniais de determinada pessoa

⁵⁵ BRASIL. Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Diário Oficial. Brasília/DF, 15 fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 18 out. 2016.

jurídica.⁵⁶

Esse ponto de vista é cabalmente rebatido pela outra parte da doutrina que vislumbra a possibilidade no ajuizamento das ações de Improbidade Administrativa pelo Ministério Público, rebatendo os argumentos acima transcritos:

O equívoco reside em considerar que ao agir em vista de ato lesivo ao erário municipal, por exemplo, estaria o Ministério Público a veicular interesse público secundário da administração em conservar os seus bens, direitos e valores – atribuição que recai sobre os respectivos Procuradores da pessoa jurídica lesada –, quando, na verdade, o que se busca é a tutela do interesse público primário consistente na conservação daquilo que à toda coletividade, por intermédio das gerações atuais e futuras, pertence (*res publica*). [...] legitima-se também o Ministério Público à guarda dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência da administração pública, estampados no art. 37, da CF, cuja violação encontra-se na base de todas as condutas de improbidade previstas na Lei nº 8.429/92. Realmente, não haverá enriquecimento ilícito do agente público ou mesmo de terceiro (art. 9º) sem a violação dos cânones da legalidade e moralidade administrativas. De igual forma, a causação de dano ao patrimônio público (art. 10) também decorrerá da violação da principiologia constitucional, hoje enriquecida com a previsão do princípio da eficiência. Assim, vem compreendida a lógica inaugurada pela Lei nº 8.429/92, que, inclusive, erige a violação a princípios como hipótese autônoma de improbidade (art. 11), tudo está a indicar que a atuação do Ministério Público, volta-se, precipuamente, à reafirmação de eficácia do estabelecido pelo art. 37 da Carta Política, o que o legitima em definitivo ao manejo de toda e qualquer ação com vistas a tal desiderato, haja, ou não, violação ao “erário”.⁵⁷

Dado o contexto acima, não podemos nos olvidar que a discussão foi objeto de Enunciado Sumular do Superior Tribunal de Justiça nº. 329, fixando o entendimento que “o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.⁵⁸

⁵⁶ DALLARI, Adilson Abreu. *Limitações à atuação do ministério público*. in BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 28/30.

⁵⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 623.

⁵⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 329. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27329%27>>. Acesso em: 18 out. 2016.

A legitimidade ativa do Ministério Público também é tratada com muita propriedade por Wallace Paiva Martins Júnior, em obra que comenta a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa:

É inegável que a legitimidade ativa do Ministério Público tem substrato constitucional, não padecendo do vício de representação judicial das pessoas jurídicas da Administração Pública, na medida em que exerce o direito de ação em nome da coletividade para alcance e prevalência do interesse público primário. De outra parte, essa legitimação concorrente à pessoa jurídica de direito público interessada assume o contorno de evitar que a legitimação de um único órgão ou pessoa levasse a indesejáveis efeitos, principalmente a impunidade. É mais do que óbvio que será muito difícil a pessoa jurídica interessada promover ação civil de improbidade administrativa contra seus próprios dirigentes ou outras pessoas ligadas ou por eles protegidas. Justamente para evitar essas inidôneas barganhas, concebeu-se a legitimação concorrente, expressando a jurisprudência a legitimidade ativa do Ministério Público e a adequação da ação civil pública, tanto que editada no Superior Tribunal de Justiça a Súmula 329, com possibilidade de dedução de quaisquer provimentos tendo em vista a natureza difusa do interesse em jogo.⁵⁹

A atuação do Ministério Público também está estampada no artigo 17, § 4º, da Lei de Improbidade Administrativa, determinando a participação daquele Órgão como fiscal da lei (*custos legis*), naqueles processos em que não estiver atuando na condição de parte, para que garanta a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Percebe-se, portanto, que a doutrina e a jurisprudência colocam o Ministério Público em elevado patamar de importância com vistas a assegurar os princípios que regem a Administração Pública, principalmente a tutela da moralidade administrativa, bem como proteger o patrimônio público de eventuais transgressões cometidas pelos agentes públicos e/ou terceiros.

Pela sua importância e seu múnus público, não pode o Ministério Público, guardado pelo manto de suas prerrogativas, ajuizar indistintamente ações de improbidade administrativa, buscando a condenação todo e qualquer ato que saia da

⁵⁹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 410.

linha da normalidade da rotina administrativa e perseguindo, dessa forma, os agentes públicos. É o que diz Hely Lopes Meirelles:

Mas esses poderes atribuídos ao Ministério Público para a propositura da ação civil pública não justificam o ajuizamento de lide temerária ou sem base legal, nem autorizam a concessão de liminar suspensiva de obras e serviços públicos ou particulares, regularmente aprovados pelos órgãos técnicos e administrativos competentes.⁶⁰

Sobre os limites do Ministério Público, preleciona Adilson Abreu Dallari:

O Ministério Público não é e não pode ser um Superpoder, acima da lei e da ordem, dotado de prerrogativas especiais para ser o árbitro absoluto de todas as questões a respeito do interesse público e da moralidade pública. Quem já viveu períodos de exceção sabe que é extremamente perigoso conferir a um segmento qualquer da coletividade prerrogativas excepcionais, até para “corrigir” eventuais ou supostos desvios dos agentes e das instituições democráticas, por meios que extrapolam os limites das competências legalmente estabelecidas, chegando a comprometer o equilíbrio institucional e invadir a esfera dos direitos e garantias dos cidadãos.

A vida real cotidiana, da Administração Pública é um constante surgir de situações nas quais o agente público precisa resolver, de imediato, um determinado problema da melhor maneira possível. Muitas vezes o agente público, o agente do Executivo, o funcionário, o prefeito (que é o agente político mais vulnerável), recebe uma pressão direta da coletividade, e tem que tomar uma atitude que não é muito ortodoxa, da qual acaba tendo como resultado a propositura de uma ação civil pública, que seria perfeitamente evitável se ele fosse pelo menos ouvido, se ele fosse consultado, se houvesse um mínimo de verificação preliminar.

É um constrangimento, de qualquer maneira, para qualquer pessoa, ser processado. Uma autoridade pública, quando é processada, tem um desgaste muito maior que qualquer cidadão, porque o simples fato de ser processado tem grande repercussão política, afeta seriamente a vida publicada pessoa. Esse risco, bastante concreto, desestimula gente decente, honesta, correta, a ousar trabalhar na Administração Pública.⁶¹

⁶⁰ WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade**. 22a. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 162/163.

⁶¹ DALLARI, Adilson Abreu. **Limitações à atuação do ministério público**. in BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 21.

Ora, como demonstrado ao longo do presente estudo, somente pode haver a caracterização e condenação pelo ato de improbidade administrativa quando o agente público e/ou terceiro age em desacordo com a moralidade administrativa, qualificando-se, para tanto, pela má-fé, pela intenção desonesta e amoral do agente público em obter a vantagem ilícita, lesar o erário (patrimônio público) ou ir contra os princípios da Administração Pública.

Portanto, caso o Ministério Público não vislumbre a qualificação necessária para obter a condenação do agente público ou terceiro como incurso nas penas de improbidade administrativa, deve buscar sua responsabilização por outros meios, ao invés de ajuizar ações infundadas e várias vezes sem qualquer sustentáculo, conforme lição de Mauro Roberto Gomes de Mattos:

Há que estar configurada a devida tipicidade para que se prospere a ação de improbidade administrativa, sem a qual fica comprometida a via eleita pelo autor da ação, que não poderá enfraquecer a respectiva ação, alargando o seu leque para a contemplação de algo que a lei não atinge. Dado o seu caráter aberto, a Lei de Improbidade Administrativa deve ter a sua aplicação sobrepesada, para que em nome da moralidade administrativa não sejam perpetrados abusos do direito de ação, trazendo constrangimento ilegal para agentes públicos sérios e honestos, que, quando deixam de exercer cargos de chefias com destaque, quase sempre sofrem perseguições políticas pelos novos agentes empossados nos respectivos cargos. A lei em comento não se presta para atender fins pessoais ou políticos, pois o indistinto ajuizamento de ações de improbidade, sem um mínimo indício ou tipicidade, poderá ensejar a devida reparação moral por parte do acusado.⁶²

Isso porque que em todas as hipóteses elencadas existe a necessidade de se ter a comprovação da vontade do agente em causar dano ao erário, auferir vantagem ou violar os princípios da administração, rememorando, portanto, que a demonstração de má-fé é crucial para a ocorrência da improbidade administrativa, conforme trecho do voto do Exmo. Ministro Luiz Fux, nos autos do Recurso Especial nº. 909.446/MG, afirmando que:

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

⁶² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da lei nº 8.429/92**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 287.

antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.⁶³

Com isso, tem-se que a ilegalidade do ato se traduz automaticamente em ato de improbidade, não se podendo inferir que o ato ilegal por si só deve ser classificado como um ato de improbidade administrativa, uma vez que deve estar maculado pela má-fé do agente público, por sua desonestidade e falta de probidade, para então pressupor a violação dos princípios administrativos tutelados pela Lei nº. 8.429/92.

A mesma linha de raciocínio é seguida por Marino Pazzaglini Filho, sustentando que:

Os atos administrativos ilegais que não se revestem de inequívoca gravidade, que não ostentam indícios de desonestidade ou má-fé, que constituem simples irregularidades anuláveis (e não atos nulos de pleno direito), que decorrem da inabilitação ou despreparo escusável do agente público, não configuram improbidade administrativa.⁶⁴

Igualmente, Alexandre de Moraes consigna que o objetivo da lei não somente o de punir o agente público que tenha praticado ato ilegal, mas sim, aquele que praticou ato ilegal caracterizado pela imoralidade e desonestidade:

Afastou-se, portanto, a responsabilização objetiva do servidor público, pois a finalidade da lei é responsabilizar e punir o administrador desonesto.

A Lei de Improbidade, portanto, não pune a mera ilegalidade, mas a conduta ilegal ou imoral do agente público e de todo aquele que o auxilie voltada para a corrupção.

O ato de improbidade administrativa exige para a sua consumação um desvio de conduta do agente público que no exercício indevido de suas funções afaste-se dos padrões éticos morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público mesmo que não obtenha sucesso em suas

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Administrativo. Ação civil pública. Improbidade Administrativa. Lei 8.429/92. Ressarcimento de dano erário. Imprescritibilidade. Contratação de servidores sem concurso público. Ausência de dano ao erário e de má-fé (dolo). Aplicação das Penalidades. Princípio da proporcionalidade. Divergência indemonstrada. REsp 909.446/RN, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 06 abr. 2010, publicado em 22 abr. 2010.

⁶⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 113.

intenções, como ocorre nas condutas tipificadas no art. 11 da presente lei.⁶⁵

Nessas hipóteses, portanto, deve o Ministério Público se abster em buscar a condenação do agente como incurso nas penalidades da improbidade, sugerindo-se a punição do agente por meio das vias administrativas ou pela medida judicial cabível, pois, além de se mostrarem mais eficazes nessas hipóteses irão gerar economia processual e celeridade, traduzidas em menos custo para o Estado, uma vez que o ajuizamento de uma ação inócua, ao final de todas as instâncias somente resultará em gastos desnecessários ao erário, daí o surgimento da afirmação ensejadora do tema do presente estudos: *“algumas ações de improbidade são o próprio ato de improbidade”*.

Entretanto, se ainda assim o Ministério Público insista em manter a utilização excessiva das ações de improbidade administrativa, ajuizando-as indistintamente para todos os casos, deve-se destacar que ele, apesar de suas prerrogativas funcionais, pode ser responsabilizado por tais atos.

Acerca da possibilidade dos membros do Ministério Público incorrerem nas penalidades da Lei nº. 8.429/92, expõe Wallace Paiva Martins Júnior:

A Lei Federal n. 8.429/92 aplica-se contra atos de improbidade administrativa de qualquer dos Poderes, abrangendo, pois, a improbidade não somente no Executivo, mas também no Legislativo e no Judiciário, sejam atos administrativos, legislativos ou jurisdicionais.⁶⁶

Mantendo o entendimento sobre a responsabilização do Ministério Público naqueles casos em que agir com excesso, manifestou-se também Emerson Garcia:

A independência funcional possui natureza essencialmente instrumental, permitindo seja alcançado um fim. *In casu*, uma atuação livre de pressões exógenas, que reflita o juízo valorativo realizado pelo membro do Ministério Público a respeito de

⁶⁵ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 2611.

⁶⁶ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 307.

determinada situação fática ou jurídica. Essa instrumentalidade, à evidência, somente estará presente enquanto norteadas por referenciais de juridicidade, vale dizer, enquanto o objetivo visado for funcionalmente lícito. Daí ser possível afirmar que a influência de fatores exógenos, como o *animus* de favorecer ou de prejudicar, permitirá seja rompida a instrumentalidade da independência funcional, autorizando a punição do agente sempre que aja ao arrepio da ordem jurídica. [...] Enquanto a atuação dos magistrados é analisada, primordialmente, sob a ótica dos atos decisórios, a atuação dos membros do Ministério Público pode ser objeto de críticas em momento antecedente, mais especificamente quanto à deflagração da própria demanda. Constatando-se, por exemplo, que o membro do Ministério Público ajuizou uma ação penal ou civil por mero espírito de emulação, sem qualquer suporte probatório, será plenamente factível a sua responsabilização pessoal, já que, como dissemos, a independência funcional é uma garantia adstrita à consecução de objetivos lícitos, não um estímulo à proliferação de atos dolosos e lesivos à esfera alheia. Em situações desse tipo, será plenamente possível a incidência da tipologia do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, em especial por violação ao dever de imparcialidade.⁶⁷

Mauro Mattos Gomes igualmente possui o entendimento que é abusivo o ajuizamento da ação pelo Ministério Público ou por outra pessoa legitimada quando aciona sem qualquer elemento que demonstre a vontade do agente público em agir com má-fé. Por oportuno ao estudo, transcreve-se excerto:

Portanto, não havendo desonestidade por parte do administrador, mas por mero equívoco, sem que ocorram o dolo e o prejuízo para o Poder Público, não há em que falar em improbidade administrativa.

Essa visão tem que estar bem focada, pois ingressar com ação de improbidade administrativa, sem estar presente um mínimo de lesividade ao erário, retira o requisito básico que a lei exige como fator *sine qua non* para a propositura de lides como a ventilada.

O inábil ou desastrado nunca poderá ser rotulado de desonesto, se não lesar os cofres públicos. Acionar por acionar configura abuso de direito. Haverão sempre de estar presentes requisitos mínimos para tal desiderato, sob pena de excesso de poder do autor da ação.⁶⁸

Portanto, quando não há indícios necessários para o ajuizamento de ação de improbidade administrativa, deve o Ministério Público optar pela

⁶⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 323.

⁶⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da lei nº 8.429/92**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 11/12.

punição/responsabilização do agente por outros meios ou pode, ainda, instaurar inquérito administrativo para tentar obter novas provas ou indícios mais robustos que ensejem, ou pelo menos legitimem, o ajuizamento da ação de improbidade administrativa.

Com isso, evita-se que o agente público ou terceiro sejam acusados indevidamente de ato ímprobo, manchando sua imagem e honra pública, passando por constrangimento desnecessário e colocando a sua credibilidade e boa-fé em xeque.

Já dizia Adilson Abreu Dallari que:

Não é dado à Administração Pública, nem ao Ministério Público, simplesmente molestar gratuitamente e imotivadamente qualquer cidadão por alguma suposta eventual infração da qual ele, talvez, tenha participado.

Vale também aqui o princípio da proporcionalidade inerente ao poder de polícia, segundo o qual só é legítimo o constrangimento absolutamente necessário e, na medida do necessário.

Repugna a consciência jurídica aceitar que alguém possa ser constrangido a figurar como réu numa ação civil pública perfeitamente evitável. Configura abuso de poder a propositura de ação civil temerária, despropositada, não precedida de cuidados mínimos quanto à sua viabilidade.

A realização ou não do inquérito civil, como providência preliminar à promoção da ação civil pública, pode ser um importantíssimo indicador do nível de correção da conduta do agente do Ministério Público, da sua maior ou menor diligência no exercício de suas funções.

A experiência prática tem revelado a ocorrência desagradavelmente frequente de ações civis públicas totalmente despropositadas, que poderiam ter sido perfeitamente evitadas se o promotor público tivesse tido a mais mínima e elementar das cautelas, que é simplesmente ouvir o suposto infrator.⁶⁹

Percebe-se, assim, que o Ministério Público deve agir com cautela quando se trata de ações civis de improbidade administrativa, devendo obter o mínimo de

⁶⁹ DALLARI, Adilson Abreu. *Limitações à atuação do ministério público*. in BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 38.

elementos que possam embasar e demonstrar a ocorrência do ato ímprobo, lembrando que, para tanto, não basta somente a ocorrência de lesão ao erário, recebimento de vantagem ou violação simples e pura a algum princípio da Administração Pública. Pelo contrário, tem que se demonstrar o dolo do agente ou a culpa (nos casos do artigo 10), sempre comprovando a inclinação do agente público para a realização de ato desonesto e imoral que atentam contra o Poder Público.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho foi possível abordar os pontos principais da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº. 8.429/92), desde seu conceito até o dever e legitimação do Ministério Público para o ajuizamento da Ação Civil de Improbidade Administrativa. Iniciou-se, então pelo conceito de improbidade administrativa que se traduz no ato praticado pelo agente público (em sentido lato) caracterizado pela sua falta de moralidade e ética administrativa, desonestidade e má-fé, com intuito de praticar ilícito que: i) assegure aquele agente ou a terceiro vantagem indevida – seja ela positiva, por aumento de patrimônio, seja negativa, pela economia realizada –; ii) lesão ao patrimônio público, não se limitando às verbas, mas englobando tudo o possa ser considerado bem do Poder Público; e iii) viole os princípios da Administração Pública que deveriam ser observados religiosamente por aquele agente, destacando, principalmente, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Em seguida, pode-se vislumbrar a abrangência da legislação em relação dos agentes que devem observá-la para não incorrer nas penalidades/sanções de improbidade administrativa, podendo ser elas: ressarcimento ao erário, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público, perda da função pública e suspensão dos direitos políticos; ressaltando que essas duas últimas caracterizam punições mais gravosas.

Por fim, tratou-se da legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, atualmente reconhecida pela doutrina majoritária e pelos tribunais pátrios, sendo advento inclusive de enunciado

sumular do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Dessa maneira, constatou-se que aquele órgão ministerial, verificando a existência de ato de improbidade administrativa deve agir para coibir tal ação, bem como salvaguardar o patrimônio público.

Todavia, não pode extrapolar os lindes do seu dever de ação, a ponto de inverter a presunção de boa-fé do agente público e ajuizar indistintamente e imprudentemente várias ações de improbidade sem que esteja constatado o dolo do agente ou sua índole voltada para a desonestidade. Isso porque, como visto, o ato ilegal por si só não é capaz de configurar a improbidade administrativa, devendo estar necessariamente presente a desonestidade do agente, a sua falta de caráter e moralidade, de modo a não servir para atuar junto ao Poder Público.

Caso contrário, sendo verificado o excesso nos atos do Ministério Público, independentemente das suas prerrogativas, poderá se vislumbrar a improbidade administrativa no abuso do próprio ajuizamento da ação civil de improbidade administrativa, uma vez que o Promotor, mesmo tendo ciência de que o ato não está incurso nas penalidades daquela legislação, constrange o agente público a responde-la, utilizando, assim, indevidamente os recursos públicos, causando dano ao erário e indo contra os princípios que regem a Administração Pública.

Conclui-se, então, que a assertiva realizada pelo Excelentíssimo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ari Pargendler no sentido de que *“algumas ações de improbidade, são a própria ação de improbidade”*, constatando-se que o Ministério Público, ao ajuizar as ações de improbidade administrativa sem qualquer fundamento e embasamento capaz de demonstrar a ocorrência do ato ímprobo, extrapola sua competência e utiliza-se indevidamente das verbas públicas, movendo todo o aparato do Poder Judiciário para tentar condenar ato que, quando muito, seria considerado ilegal por inabilidade do agente público.

Portanto, nessas hipóteses, deve o Ministério Público optar por outra forma de responsabilização do agente público, mostrando-se mais eficiente, menos oneroso e mais célere a tentativa de punição pelas vias administrativas.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Aristides Junqueira. **Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro.** in BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais.** São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília/DF, 05 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicoocompilado.htm>. Acesso em 15 ago. 2016.

_____. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial. Brasília/DF, 03 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 15 ago. 2016.

_____. Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Diário Oficial. Brasília/DF, 15 fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 18 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 329. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27329%27>>. Acesso em: 18 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ação de improbidade originária contra membros do Tribunal Regional do Trabalho. Lei 8.429/92. Legitimidade do regime sancionatório. Edição de portaria com conteúdo correccional não previsto na legislação. Ausência do elemento subjetivo da conduta. Inexistência de improbidade. AIA 30/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Julgado em: 21 set. 2009. Publicado em 28 set. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Administrativo. Ação civil pública. Improbidade Administrativa. Lei 8.429/92. Ressarcimento de dano erário. Imprescritibilidade. Contratação de servidores sem concurso público. Ausência de dano ao erário e de má-fé (dolo). Aplicação das Penalidades. Princípio da proporcionalidade. Divergência indemonstrada. REsp 909.446/RN, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 06 abr. 2010, publicado em 22 abr. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravos Regimentais no Recurso Extraordinário. Improbidade administrativa. Multa civil. Artigo 12, III, da lei 8.429/92. Rel. Ministro Eros Grau. 2ª Turma. Julgado em: 15 dez. 2009. Publicado em: 26 fev. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Violação de princípios. Transferência, de ofício, para universidade pública federal. Irregularidades. Ofensa do art. 11 da lei 8.429/92. Ausência de

dolo genérico. Revisão dos pressupostos fáticos. Inviabilidade. Súmula 7/STJ..REsp 1512831/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2a Turma, julgado em 13 dez. 2016, publicado em 19 dez. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno. Improbidade administrativa. Inovação recursal. Não conhecimento. Art. 23, I, da lei 8.429/1992. Súmula 284/STF. Art. 12 da LIA. Cumulatividade das sanções ausência de desproporcionalidade. Súmula 7/STJ. Relator Min. Herman Benjamin. 2a Turma. Julgado em: 13 dez. 2016. Publicado em: 02 fev. 2017.

DALLARI, Adilson Abreu. **Limitações à atuação do ministério público**. in BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 26. ed. São Paulo: Forense, 2005.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade administrativa**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco *apud* COSTA, Márcia Bittencourt da. **Corrupção, improbidade administrativa e o tribunal de contas da união**. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0ADC685D4369>>. Acesso em 15 ago. 16.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da lei nº 8.429/92**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11a. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PORTO NETO, Benedicto Pereira; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. **Violação ao dever de licitar e a improbidade administrativa**. in BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

PRADO, Francisco Octávio de Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo, 2001.

TOURINHO, Saul. **STJ debate, com humor, abusos no ajuizamento de ações de improbidade**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/fio-da-meada/3446842/stj-debate-com-humor-abusos-no-ajuizamento-de-acoes-de-improbidade>>. Acesso em 27 jul 2016.

WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade**. 22a. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.