

5 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FINKELSTEIN, Cláudio. **Direito Internacional**. São Paulo: Atlas, 2007.

JÚNIOR, Aloísio Zimmer. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

REFLEXIONS ABOUT BRAZILIANS LAW ADMINISTRATIVE IMPROBITY

Paulo Roberto Clementino Queiroz

Bacharel em Direito pela UNIFOR

Especialista em Administração Pública pela FIC

Técnico Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará

Advogado

E-mail: przen@ig.com.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 NOTA HISTÓRICA; 3 CONCEITO E POSITIVAÇÃO; 4 PRINCÍPIOS; 5 SUJEITO PASSIVO; 6 SUJEITO ATIVO; 7 TRÊS GRUPOS DE ATOS DE IMPROBIDADE; 7.1 ATOS QUE IMPORTAM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO; 7.2 ATOS QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO; 7.3 ATOS QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; 8 SANÇÕES; 9 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO; 10 PROCESSO JUDICIAL; 11 CONCLUSÃO; 12 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 HISTORICAL NOTE; 3 CONCEPT AND POSITIVE CONCEPT; 4 PRINCIPLES; 5 PASSIVE SUBJECT; 6 ACTIVE SUBJECT; 7 THREE GROUPS OF ACTS OF MISCONDUCT; 7.1 ACTS IMPORTING ILLICIT ENRICHMENT; 7.2 ACTS WHICH CAUSE INJURY TO THE PUBLIC TREASURY; 7.3 ACTS WHICH VIOLATE THE PRINCIPLES OF PUBLIC ADMINISTRATION; 8 SANCTIONS; 9 ADMINISTRATIVE PROCEDURE; 10 JUDICIAL PROCEEDINGS; 11 CONCLUSION, 12 REFERENCES.

Resumo: A construção do conceito de estado e a delimitação de seus poderes ensejaram o surgimento de normas para coibir atos de improbidade administrativa, aqui compreendida, em termos amplos, como a indevida utilização da coisa pública em proveito privado. A percepção de que sua prática é rejeitada pela população vai apenas até o limite em que esta mesma população não se beneficia ilicitamente com a coisa pública. O desconhecimento da lógica da improbidade, refletida no desconhecimento das normas que a regulam pode apontar a relevância de um estudo algo minudente, embora não exaustivo, de sua posituação. Nesse contexto, o presente trabalho objetiva apresentar e discutir alguns aspectos sobre a improbidade administrativa no direito brasileiro, especificamente nos termos da lei n.º 8.429/92, no que tange aos elementos que compõem seu conceito e trâmite processual. Para tanto, a partir de uma metodologia de pesquisa bibliográfica, por meio de consulta a livros, legislação e jornais impressos ou publicados na rede mundial de computadores (internet) buscou-se discorrer sobre essa legislação específica que tutela a moralidade pública, analisando-a também numa perspectiva crítica que possibilite confrontar a estrutura formal da norma e seu alcance social.

Palavras-chave: Improbidade. Atos. Sanções. Processo. Agente Público.

Abstract: The creation of the definition of State and the restriction of its powers brought new rules to restrain acts of administrative improbity, which is, in general terms, the use of public resources for private purposes. The public rejection of this practice is limited as the same public illegally benefits from public resources. The lack of knowledge about administrative improbity's logic, which reflect the ignorance about the laws that rule it, points to the importance of a careful study, although not exhaustive, of its regulation. In that context, this article intends to present and discuss some of the aspects about administrative improbity in the brazilian law, specifically the terms of the law n.º 8.429/92, in what concerns definitions and procedures. For that matter, using an bibliographical research in books, newspapers and websites, intends to discuss the specific legislation of the subject, which concerns the public morality, adding a critic perspective, in a way that permits a confrontation between the law's formal structure and its social realization.

Keywords: Improbity. Acts. Punishment. Procedure. Public Agents.

1 INTRODUÇÃO

O No Brasil, em 1992, foi sancionada a Lei n.º 8.429, dispondo sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade administrativa, estabelecendo procedimento judicial e administrativo para a sua apuração. Essa norma específica é reflexo do anseio popular em combater a corrupção arraigada na administração pública brasileira e reconhecida na mais generalizada

utilização da coisa pública em proveito privado.

Posta a norma, no entanto, seu desconhecimento redundava em desprezível falsete: o clamor popular pelo fim da corrupção nos mais altos escalões da República é o mesmo que ainda se queda silente em comunhão promíscua com as múltiplas e corriqueiras formas de utilização da coisa pública como se fosse privada.

As “pequenas” e “viciadas” práticas do cotidiano da administração pública, individualmente consideradas, certamente se valeriam do princípio da insignificância para escapar a qualquer responsabilização. Contudo, em conjunto, tais práticas não só corroem diuturnamente o patrimônio coletivo, como ensejam um hábito, uma esfera de aparente normalidade a envolver a perene dilapidação daquele. A sensação de que tirar proveito (mesmo indevido) é normal quando o benefício não é escandaloso deságua na inevitável e generalizada impunidade.

Indispensável, portanto, analisar tecnicamente a norma, verificando possibilidades de sua aplicação no dia-a-dia e o alcance, em sua plenitude, da eficácia social a que se destina.

2 NOTA HISTÓRICA

Durante a formação do conceito ocidental de Estado, bem como da delimitação de seus poderes, foi constante a necessidade de se evitar a utilização da máquina pública em proveito pessoal. Digna de nota, por exemplo¹, a disputa entre as dinastias de Borgonha e Avis na Portugal do final do séc. XIV, geradora de uma revolução essencial ao estabelecimento da independência lusitana (então ameaçada pelo reino de Castela), bem como para sua famosa expansão marítima no séc. XVI.

De um lado a nobreza e o clero estavam interessados na anexação de Portugal pelo reino de Castela para manter seu poder político remanescente da dinastia de Borgonha; de outro, a

¹ A nítida ilustração da utilização da coisa pública como moeda de troca em negociatas políticas na gênese do Estado moderno português e, posteriormente, do Estado brasileiro justifica o comentário deste único episódio, em detrimento de uma completa evolução histórica do tema.

população simples, a burguesia e a pequena nobreza defendendo a independência portuguesa, liderados pela nascente dinastia de Avis.

Como estratégia para congregar aliados, “o mestre de Avis garantia suas alianças doando concessões comerciais à grande burguesia, terras aos seus partidários na nobreza e cargos públicos aos letrados e juristas que o apoiavam” (CÁCERES, 1994, p. 7).

Com a vitória da dinastia de Avis, nobres, que antes desfrutavam de imunidade fiscal, passaram a pagar impostos como todos e continuavam ocupando a cúpula militar e administrativa, na condição de funcionários do Estado. Tais nobres, na nova administração portuguesa, “transformaram-se em funcionários públicos, pois o serviço público era agora a única fonte que tinham para obter riquezas, poder, glória e honras” (CÁCERES, 1994, p. 7).

Esse fato histórico ofereceu uma nova feição ao serviço público português e foi contemporâneo do nascimento das Constituições e da transição do eixo econômico feudal para o comercial expansionista. No ensejo da expansão marítima do séc. XVI, foi iniciada a colonização brasileira e com ela a continuidade deste verdadeiro arquétipo de administração corrompida por interesses pessoais².

3 CONCEITO E POSITIVAÇÃO

Probo pode ser definido, em sentido amplo, como “de caráter íntegro; justo; reto; honrado” (FERREIRA, 1943, p. 990). Improbidade, portanto, pode ser compreendida como falta de caráter, de integridade, de justiça, retidão ou honradez. Pode-se definir improbidade administrativa como a distorção do fim último da administração (bem comum) em direção a fins particulares, individuais; é o aproveitamento da estrutura que o poder público

2 Como exemplo da reprodução desse modelo viciado na história do Brasil, basta lembrar que, dentre os vários fatores geradores da crise política que culminou com a abdicação do imperador D. Pedro I, em 7/4/1831, estava a atuação de um grupo informal composto, dentre outros, pela amante, Marquesa de Santos, e pelo guarda-costas de D. Pedro, incumbidos principalmente de favorecer os amigos do Império com a estrutura pública.

dispõe para atender o coletivo em proveito individualizado.

Eis, portanto, a corruptela, corrupção, distorção do ímprobo: utiliza o esforço de todos em proveito próprio; amplia sua liberdade à custa da limitação das liberdades alheias pela administração pública.

Percebe-se como é democrática a envergadura desse conceito, uma vez que pode ser aplicado ao grande empresário que assedia o fiscal de tributos para não ser multado como também se observa quando o servidor de uma prefeitura do interior do Estado usa o carro do órgão em que trabalha para buscar os filhos na escola. Ambos se utilizam da estrutura pública como se fosse sua. Popularmente designativa de qualquer ato de corrupção, em âmbito de direito administrativo brasileiro, a improbidade pode ser conceituada como qualquer desrespeito ao princípio constitucional da moralidade administrativa³.

Em termos positivos, o art. 15, V, da Constituição Federal de 1988, determina a improbidade como causa de perda ou suspensão dos direitos políticos⁴. O art. 37, caput, elenca a moralidade como princípio a ser observado pela administração pública e o § 4º do mesmo artigo chama de improbidade a lesão ao princípio da moralidade administrativa. O art. 85, V, estabelece como crime de responsabilidade do presidente da República a lesão à probidade administrativa⁵.

Em 2 de junho de 1992 foi sancionada a Lei n.º 8.429, dispondo sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos no caso de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional,

3 Existe na doutrina um debate acerca da diferença conceitual entre moralidade e probidade, definindo-se a probidade como espécie de moralidade ou mesmo como moralidade qualificada. Contudo, tal discussão não merece atenção neste ensejo.

4 Anteriormente previsto apenas pela CF/1967 (art.148, II) e pela CF/1969 (art.151, II), nesta última considerada ainda a vida pregressa do candidato, no tocante a condições de elegibilidade.

5 Salvo a Constituição Imperial de 1824, pela qual a pessoa do imperador era inviolável e sagrada, não estando sujeito a responsabilidade alguma (art. 99), todas as constituições brasileiras previram a lesão à probidade administrativa como crime de responsabilidade do presidente da República: CF/1891 (art.54, 6º); CF/1934 (art. 57, f); CF/1937 (art.85, d); CF/1946 (art. 89, V); CF/1967 (art.84,V) e CF/1969 (art.82, V).

popularmente conhecida como lei de improbidade administrativa ou LIA.

Em âmbito eleitoral, a Lei n.º 9.504/97⁶, arts. 73 e 75, elenca um rol de condutas vedadas aos agentes públicos, servidores ou não, tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais. O art. 73, §7º desta norma, prevê expressamente que as condutas enumeradas em seu caput caracterizam atos de improbidade administrativa previstos pelo art. 11, I, da Lei 8.429/92.

4 PRINCÍPIOS

O art. 4º da Lei n.º 8.429/92 dispõe que os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia “são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”.

À exceção do princípio da eficiência, inserto no texto constitucional pela emenda n.º 19/1998, o legislador ordinário repetiu os mesmos princípios previstos pelo art. 37, caput, da Constituição Federal.

A administração pública brasileira existe sob o império da estrita legalidade, ou seja, somente é possível fazer ou deixar de fazer o que determinado por lei. Essa lei, saliente-se, deve ser entendida de forma ampla, ou seja, como norma ou ordenamento jurídico. Por outra, a administração pública deve seguir, acima de tudo, a Constituição Federal e toda a gama de valores e princípios por ela ameadados.

Além disso, o conceito de legalidade não se deve restringir à forma legal. Assim o fosse, seria razoável asseverar, como José Afonso da Silva, que a “lei pode ser obedecida moralmente ou imoralmente” (2002, p. 648). Entretanto, como ensinou Arnaldo Vasconcelos, “repele-se, por temerária ao regime democrático, toda teoria que conceba a norma jurídica como mera forma desprovida

⁶ Apenas as leis n.º 3.164/57 e 3.502/58 podem ser apontadas como legislação infraconstitucional específica e sistemática sobre o assunto antes da atual lei n.º 8.429/92.

de conteúdo” (2006, p. 26).

Ou seja, guardadas as devidas proporções, a moralidade é conteúdo intrínseco a qualquer norma jurídica que disponha sobre a administração pública, na medida em que, sem esse essencial valor, a correlação de fato e norma perde sentido na seara do direito público. Ainda assim, ou mesmo por reconhecer a importância desse conceito, optou o legislador por, para além da legalidade⁷, proteger, expressamente, a moralidade administrativa⁸.

Assim é que o direito positivo absorve fundamental aspecto jusnaturalista e tenta estabelecer contornos mínimos de enquadramento às situações em que não se observe a moralidade. Por conseguinte, para atuar em respeito à moral administrativa “não basta ao agente cumprir a lei na friez de sua letra. É necessário que se atenda à letra e ao espírito da lei, que ao legal junte-se o ético” (ALEXANDRINO, 2006, p. 120).

No esteio desse conceito de moral administrativa, pelo princípio da impessoalidade, os administrados devem ser tratados igualmente quando se encontrem em igual situação jurídica. Trata-se de verdadeira aplicação do princípio da isonomia (art. 5º, caput, CF/88), que, como ensina Bandeira de Mello (1998, p. 23), visa a duplo objetivo: “propiciar garantia individual contra perseguições” e “tolher favoritismos”.

Se a observância da isonomia visa impedir perseguições e tolher favoritismos, ela está sendo, naturalmente, impessoal, na medida em que adota como critério de ação não o cidadão demandante, mas o serviço demandado. A maior expressão prática

7 O estabelecimento da legalidade aqui como princípio revela, portanto, preocupação do legislador que vai além da simples formalidade. Estabelece-se pelo princípio da legalidade a necessidade de respeito a valores eleitos pelos representantes do povo como mais caros e necessários à defesa da moralidade, da ética e da credibilidade do Estado, a respeito do que comenta Pedro T. Nevado-Batalla Moreno: “Cuadro de compromisos legales cuyo cumplimiento hacen restar hasta su práctica desaparición los argumentos sobre la necesidad de códigos éticos o de conducta específicos. Y es que, cuando se reflexiona em torno a la ausencia de principios y valores éticos em la administración y por tantos em su personal, cuyo resultado es la erosión de la legitimidad y confianza de los ciudadanos, em no pocas ocasiones se esta errando em el planteamiento inicial ya que la falta de confianza y por tanto la merma de legitimidad traz su causa em un descuidado tratamiento y aplicación de la legalidad vigente frente al personal público” (2004, p.123).

8 Convém destacar, ademais, que a “denominada moral administrativa difere da moral comum, justamente por ser jurídica e pela possibilidade de invalidação de atos administrativos que sejam praticados com inobservância deste princípio” (ALEXANDRINO, 2006, p. 119-120).

do desrespeito a tal princípio é o vulgarmente conhecido “jeitinho brasileiro,” suficiente para superar qualquer obrigação legal a todos imposta indistintamente em favor de amizade, parentesco ou propinas.

Finalmente, indispensável para verificação da legalidade, moralidade e impessoalidade dos atos administrativos, que os mesmos sejam públicos, razão pela qual o caput do art. 37 da CF/88 estabelece a publicidade como princípio norteador da administração pública. Contudo, melhor seria se, ao invés da publicidade, a norma estabelecesse a transparência como princípio, entendida esta não como a simples divulgação de dados, mas como uma publicidade clara e compreensível pelo cidadão comum.

A publicação de um cabedal numérico referente a determinada licitação, v.g., só fantasiosamente atende a finalidade da norma; os termos da dita licitação foram formalmente publicados, mas passam longe da efetiva compreensão pública. Por fim, o art. 4º da Lei n.º 8.429/92 determina que estes quatro princípios, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, devem ser estritamente observados pelos agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia.

5 SUJEITO PASSIVO

Uma vez que o sujeito ativo da improbidade é definido a partir do sujeito passivo, comecemos por este a análise dos elementos caracterizadores da improbidade administrativa. O ato de improbidade administrativa pode ser praticado contra a administração direta, indireta (até mesmo entidades de classe constituídas como autarquia) ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios, de território, de empresa incorporada ao patrimônio público, entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício de órgão público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra.

Nesse último caso, contudo, se a participação pública for inferior a 50% (cinquenta por cento), a sanção patrimonial será

limitada à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. Podem ser sujeitos passivos de improbidade, ademais, os sindicatos, “pelo simples fato de serem os destinatários finais dos recursos angariados com as denominadas ‘contribuições sindicais’” (GARCIA, 2006, p. 201), por sua natureza de benefício fiscal.

Da mesma forma, organizações sociais regidas pela Lei n.º 9.637/98, organizações da sociedade civil de interesse público - OSCIPs e serviços sociais autônomos, por se tratarem de entidades “em relação às quais o Estado exerce função de fomento, por meio de incentivos, subvenções, incentivos fiscais ou creditícios, ou mesmo contribuição para criação e custeio” (DI PIETRO, 2004, p.706).

Por fim, podem constituir-se como sujeitos passivos de improbidade administrativa os partidos políticos, vez que beneficiários do fundo partidário. A norma não poderia ser mais abrangente nesse aspecto, posto que qualquer manuseio de verbas públicas é suficiente para o enquadramento como sujeito passivo.

6 SUJEITO ATIVO

A Lei n.º 8.429/92 é bastante ampla também ao delimitar os prováveis agentes ou praticantes da improbidade administrativa. Seu art. 1º determina que os atos de improbidade podem ser praticados por qualquer agente público (sujeito ativo próprio), servidor ou não, conceituando, logo em seguida, agente público como 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.

Até mesmo quem não se enquadre nesse vasto conceito de agente público pode ser penalizado pela norma, ou seja, o terceiro que, não sendo agente público, induz, concorre ou se beneficia direta ou indiretamente do ato de improbidade administrativa (sujeito ativo impróprio), nos termos do art. 3º da Lei n.º 8.429/92.

Há possibilidade de se aplicar a LIA também ao agente de

fato, ou seja, ao agente que não tenha ingressado no serviço público de forma regular. Trata-se de situação excepcional em que se deve verificar o vínculo existente entre o agente e o sujeito passivo, de modo que se constate a anuência deste no exercício das funções realizadas por aquele. Quando não verificada essa anuência, o agente responde apenas pelo crime de usurpação de função (art. 328 do Código Penal).

Quanto à possibilidade de se aplicar a lei de improbidade a advogados e juízes arbitrais⁹, deve-se apontar que, apesar de ambos exercerem atividade de interesse público, a ausência de qualquer vínculo com a administração impede sua submissão a essa norma. Por outro lado, aplica-se a LIA aos notários e registradores regidos pela pelo art. 236 da CF/88 e pela Lei n.º 8.935/94, delegatários das serventias do registro público, posto que evidente o vínculo mantido com o poder público.

A caracterização de pessoa jurídica como sujeito ativo só é admissível na modalidade imprópria, ou seja, como terceiro que induz, concorre ou se beneficia. Em tais casos, admite-se a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica quando a entidade for utilizada como instrumento para a prática do ilícito.

Em 2006, importante debate surgiu no âmbito do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da reclamação n.º 2.138¹⁰, sobre a aplicação da Lei n.º 8.429/92 aos agentes políticos. Impende salientar que são “agentes políticos, no direito brasileiro, porque exercem típicas atividades de governo e exercem mandato, para o qual são eleitos, apenas os chefes dos poderes Executivos federal, estadual e municipal, os ministros e secretários de Estado, além de senadores, deputados e vereadores” (DI PIETRO, 2004, p.

9 O art. 17 da Lei 9307/96 equipara os juízes arbitrais a funcionários públicos apenas para efeito da legislação penal, sem qualquer menção às condutas da Lei de Improbidade.

10 A Reclamação n.º 2.138, julgada em 13/06/2007, foi proposta pela Advocacia-Geral da União contra decisão do juízo da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que condenara Ronaldo Sardemberg, Ministro de Ciência e Tecnologia do governo Fernando Henrique Cardoso, por uso indevido de aeronave da Força Aérea Brasileira em viagem de férias a Fernando de Noronha. Assentou-se o entendimento de que “O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei n.º 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei n.º 1.079/1950).”

433).

Por seis votos contra cinco, entenderam os ministros do STF que a lei de improbidade administrativa não se aplica a agentes políticos, vez que os mesmos devem submeter-se ao regime especial da Lei n.º 1.079/50 (crime de responsabilidade).

7 TRÊS GRUPOS DE ATOS DE IMPROBIDADE

A LIA apresenta três grupos de atos que configuram improbidade administrativa, a saber, atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

As condutas especificadas nesses artigos são exemplificativas (*numerus apertus*). Assim, quaisquer atos que importem enriquecimento ilícito, causem prejuízo ao erário ou atentem contra os princípios da administração podem ser considerados como de improbidade administrativa, mesmo quando não descritos nos incisos dos artigos em questão.

7.1 Atos que importam enriquecimento ilícito

São definidos pelo art. 9º da Lei n.º 8.429/92 como ato de auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade em qualquer das entidades que podem ser sujeito passivo.

Para configurar o enriquecimento ilícito não é necessário que exista prejuízo ao erário, ou seja, o “patrimônio da administração, apenas secundariamente, poderá interessar, uma vez que o enriquecimento ilícito nem sempre implica golpeamento às finanças públicas” (COSTA, 2005, p. 97), na medida em que pode ser auferido em desfavor de terceiro. Ademais, essencial para configurar tal ilícito é a presença do dolo como elemento subjetivo, não se admitindo a modalidade culposa.

As várias condutas elencadas nos incisos exemplificam

basicamente a percepção de dinheiro, bens, valores para que o agente público aja ou se omita com relação a fins lícitos ou ilícitos (incisos I, II, III, V, VI, IX, X) e utilizar bem público em interesse próprio (incisos IV, XI, XII). Os incisos VI e VIII representam uma preocupação do legislador em tipificar indícios de atos de improbidade.

Dentre esses exemplos apontados pela norma, interessante destacar o inciso VII, qual seja, “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”. Ou seja, a simples aquisição de bem incompatível com a evolução patrimonial do adquirente já é suficiente para enquadrá-lo na conduta de improbidade administrativa¹¹.

Não é sem razão que se exige do servidor público, com fundamento no art. 13 dessa lei, declaração anual de bens, condicionando mesmo a apresentação desta declaração à posse e exercício do agente público. O §3º do referido artigo estabelece a pena de demissão a bem do serviço público ao servidor que se recusar apresentar anualmente declaração de bens ou prestá-la falsa. Trata-se de forma legal e legítima, portanto, de verificar a evolução patrimonial e mesmo a probidade dos servidores.

Mas não é só aos grandes desfalques que se aplica a tipificação em comento, ou seja, não apenas contas em “paraísos fiscais” para desvio de verbas públicas evidenciam conduta do ímprobo porque também é desonesto, por exemplo, o servidor que abastece sua residência com material de limpeza proveniente do almoxarifado do órgão público em que trabalha.

7.2 Atos que causam prejuízo ao erário

O art. 10 define como atos que causam prejuízo ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda

¹¹ Vide, por exemplo, AgRg na MC 13.353/RJ, julgado pelo STJ, em que se constatou: “Fundado indício de enriquecimento ilícito: valor depositado em conta na Suíça, em muito excedente dos rendimentos líquidos do servidor público, segundo demonstrado pelo laudo pericial”.

patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades apontadas acima como sujeitos passivos. Preliminarmente, é importante lembrar que “erário e patrimônio público não designam objetos idênticos, sendo este mais amplo do que aquele, abrangendo-o” (GARCIA, 2006, p. 265).

Assim, o conceito de erário limita-se apenas aos bens de natureza econômico-financeira, enquanto que patrimônio público concentra além dos interesses econômico-financeiros os de natureza moral, estética, histórica, turística, ambiental e artística, na forma do art. 1º, Lei n.º 4.717/65.

Os quinze incisos do art. 10 da LIA tipificam condutas que tratam da aquisição de bens pela administração pública por preço superior ao de mercado ou na perda de bens da administração por meios ilícitos por meio de operações com preços inferiores aos de mercado ou mesmo doações, repasses, subtrações desses bens. Tais condutas podem ser diretas e expressas ou mesmo indiretas e sutis.

A fraude à licitação (inciso VIII), por exemplo, demonstra a tentativa de se burlar a lei dilapidando o patrimônio público pelo particular. Por vezes, tais tentativas se utilizam de verdadeiros engenhos, como é o caso da compra de materiais com fracionamento de notas fiscais objetivando não atingir a faixa de valores dentro da qual se obriga a licitar ¹².

Destaque-se que, nessa modalidade de improbidade, os incisos não prevêm o enriquecimento do agente público, mas de terceiros com a facilitação deste. O foco do artigo está na perda de valores pela administração e no enriquecimento de terceiros. Verifica-se, quanto ao agente público, apenas sua conduta facilitadora, independentemente dos motivos que o levaram a incorrer em improbidade. Caso haja enriquecimento do agente, aplica-se o art. 9º, por ser o de sanções mais graves.

¹² Analisando caso de compra de materiais com fracionamento de notas fiscais, Resp 685.325/PR, apontou o STJ o desrespeito direto a diversos princípios da administração pública: “restou comprovado, de acordo com o circunlóquio fático apresentado no acórdão recorrido, que houve burla ao procedimento licitatório, atingindo com isso os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade.”

A percepção da improbidade é flagrante quando o servidor usa a coisa pública como se fosse coisa própria; quando ao invés de portar-se como um gestor ou gerente de patrimônio coletivo, dispõe da estrutura estatal a seu bel prazer, agraciando, favorecendo discricionariamente alguém. Não se pode omitir a aplicação de multa, v.g., por irrisória que seja, sem respaldo legal, por mero compadecimento ou falsa magnanimidade.

7.3 Atos que atentam contra os princípios da administração pública

Definido pelo art. 11, o ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública pode ser qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Fiel ao conceito da probidade, o legislador ressalta a honestidade e lealdade, além dos já normatizados valores da legalidade e imparcialidade (como extensão da impessoalidade). Os sete incisos deste artigo detalham, exemplificativamente, condutas que podem não importar em enriquecimento do agente público ou de terceiros, mas que violam importantes valores da administração pública, como o sigilo de atos oficiais, a publicidade dos atos oficiais, a licitude de concurso público, a obrigatoriedade de prestação de contas.

Ou seja, tais atos podem até mesmo resultar em enriquecimento do agente público ou de terceiro, mas o objetivo da norma não é tipificar tais resultados, mas proteger os princípios administrativos mencionados. Sobre esse aspecto, interessante a perspectiva apresentada por Fazio Junior:

Assim, todo ato de improbidade administrativa atenta contra os princípios da Administração Pública. Se produzir enriquecimento ilícito do agente público, incide o art. 9º; se não beneficiar patrimonialmente o agente público, mas causar lesão ao erário, vale o art. 10. Se não produzir nenhum daqueles efeitos, então sim, configurada está a conduta característica do art. 11 (2000, p.174).

Como mencionado anteriormente, é possível a utilização de medidas acautelatórias, como a indisponibilidade dos bens, seqüestro, investigação, exame e bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas no interior ou afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função.

À guisa de exemplo, em março de 2007, “pela primeira vez no país, uma ação judicial bloqueia papéis de uma transação no mercado de capitais por suspeita de vazamento de informações¹³”. Trata-se do caso da compra do grupo Ipiranga pelas empresas Petrobras, Braskem e Ultra que, segundo a Comissão de Valores Mobiliários, apresentou indícios de favorecimento pelo vazamento de informações privilegiadas (insider trading).

Em decisão liminar proferida em 21/03/2007, apesar de não se obstruir a venda da empresa, impediu-se que dois investidores recebessem o valor de R\$ 4 milhões obtidos com a venda das ações. Para apuração desse caso foi proposta ação civil pública atualmente em trâmite na 1ª Vara Federal do Rio de Janeiro, em segredo de justiça.

8 SANÇÕES

O art. 37, § 4º, da CF/88 já apresentava genericamente como sanções à improbidade administrativa a suspensão de direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário sem prejuízo da ação penal cabível. A Lei n.º 8.429/92 apenas detalhou sua aplicação, ressaltando-se a obrigação de se levar em conta a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente. O art. 12 da LIA as enumera:

- perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio;
- ressarcimento integral do dano, quando houver;

¹³ Justiça bloqueia venda de ações do grupo Ipiranga. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/53934,1>>. Acesso em: 12 jun. 2008.

- perda da função pública após trânsito em julgado da sentença condenatória;

- suspensão dos direitos políticos, após trânsito em julgado da sentença condenatória de oito a dez anos nos casos que importem enriquecimento ilícito; de cinco a oito anos nos casos de atos que causem prejuízo ao erário; de três a cinco anos nos casos de atos que atentam contra os princípios da administração pública.

- pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial nos casos que importem enriquecimento ilícito; de até duas vezes o valor do dano nos casos de atos que causem prejuízo ao erário; de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente nos casos de atos que atentam contra os princípios da administração pública.

- 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 nos casos que importem enriquecimento ilícito; de cinco anos nos casos de atos que causem prejuízo ao erário; de três anos nos casos de atos que atentam contra os princípios da administração pública.

Observe-se apenas que a aplicação destas sanções especificamente aos casos de improbidade do art. 9º independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público. Também não é pressuposto para aplicação das sanções a aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas (art. 21).

O rigor destas sanções já seria suficiente para coibir qualquer desvio. Não obstante, entre o ser e o dever-ser jurídico há extensa lacuna referente à aplicação da norma. A despeito das crônicas limitações da ação fiscalizadora do Estado, o legislador pecou principalmente ao reduzir o rol de legitimados a propor ação específica para apuração da improbidade, como será comentado adiante.

9 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

A investigação administrativa para verificação de prática de improbidade, nos termos do art. 14, pode ser iniciada por representação apresentada por qualquer pessoa, sendo, contudo, vedada denúncia anônima, sob pena de rejeição da representação. Trata-se de verdadeiro direito inerente a qualquer cidadão e que “poderia ser exercido mesmo que não previsto nessa lei, já que assegurado pelo art. 5º, inciso XXXIV, a, da Constituição” (DI PIETRO, 2004, p. 717).

A apresentação de representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário quando o autor da denúncia o sabe inocente constitui crime punível com detenção de seis a dez meses e multa, além do pagamento de indenização por danos materiais, morais ou à imagem (art. 19).

Quando não pretender se identificar, entretanto, qualquer pessoa pode ainda, ao invés de representar à autoridade administrativa, apresentar informações ao ministério público, cabendo a este apresentar representação nos termos do art. 22.

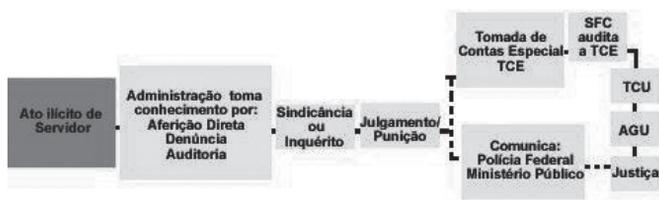
Quanto ao trâmite do procedimento administrativo, uma vez atendidos os requisitos formais da representação, determinar-se-á imediata apuração dos fatos a ser realizada por comissão processante específica, sendo informados o ministério público e o Tribunal de Contas, que poderão, a requerimento, designar representante para acompanhar esse trâmite.

No decorrer da apuração, havendo indícios fundados de responsabilidade, necessário se faz que a comissão processante represente ao ministério público ou à procuradoria do órgão para que se requeira judicialmente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro investigado. Se necessário, o pedido de decretação desse seqüestro pode incluir investigação, exame e bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo investigado até mesmo no exterior (art. 16, § 2º).

No que tange à responsabilização do agente público

propriamente dito, o procedimento adotado pela LIA é muito similar ao padrão estabelecido pela Lei 8.112/92 e que influenciou boa parte das normas apuradoras de infrações disciplinares, assegurando-se sempre garantias à mais ampla defesa do servidor.

Adiante, fluxograma simplificado de procedimento administrativo no âmbito de atuação da corregedoria-geral da União, iniciado a partir de representação, auditoria ou aferição direta e que pode resultar na constatação de improbidade administrativa:



10 PROCESSO JUDICIAL

A lei de improbidade não foi expressa quanto à ação cabível judicialmente para apuração do ilícito. Contudo, o art. 1º da Lei n.º 7.347/95, ao proteger qualquer interesse difuso ou coletivo com base no art. 129, III, da CF/88, tornou a ação civil pública instrumento ideal para este desiderato, sem prejuízos de ações penais específicas (concessão, prevaricação, corrupção ativa e passiva etc.).

Ao compatibilizar as leis n.º 8.429/92 e lei n.º 7.347/85, pertinente acentuar que a “Lei da Ação Civil Pública é de natureza essencialmente processual, limitando-se a disciplinar os aspectos processuais da tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos” (MORAES, 2004, p. 351). Ou seja, os aspectos materiais da improbidade são regulados pela lei n.º 8.429/92 e os processuais, salvo raras exceções, pela lei n.º 7.347/85.

Assim, nos termos do art. 17 da Lei de Improbidade, a ação principal seguirá o rito ordinário e deve ser proposta no prazo de trinta dias da efetivação de medida cautelar (indisponibilidade dos bens; seqüestro; investigação, exame e bloqueio de bens,

contas bancárias e aplicações financeiras mantidas no interior ou afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função). A partir da propositura da ação, é vedada a transação, acordo ou conciliação (art. 17, §1º).

A ação pode ser proposta somente pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada – sujeito passivo (art. 17, caput). Quando o autor for aquele, esta poderá atuar como litisconsorte. Quando proposta pela pessoa jurídica, o Ministério público deve atuar como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

Apesar de ser ação civil pública, esse rol de legitimados foi determinado pela LIA, ou seja, associações, partidos políticos ou sindicatos não a podem propor. Quando se compara referida restrição com a legitimação conferida a tais entidades na ação popular e na própria ação civil, impressiona a verdadeira má-fé do legislador, conhecedor do real poder da norma em detrimento das limitações do poder público aplicá-la, ou seja, estabeleceu-se a norma materialmente poderosa, mas com limitação processual suficiente para tolher o efetivo alcance desse poder moralizador.

Verdadeiro embuste quando se aprova uma lei, mas impede-se o seu mais amplo uso. O ministério público conta com estrutura reconhecidamente deficitária em relação à demanda, a ponto de indevidamente fundamentar sua inação ao princípio da inércia, inerente ao Judiciário, mas incompatível com a missão do parquet.

O sujeito passivo, por sua vez, nem sempre está livre da perniciosa influência do ímprobo contra quem deveria demandar, razão pela qual a exclusão de associações, partidos políticos e sindicatos do pólo ativo da ação específica fulmina o pleno alcance dos benefícios materiais estabelecidos pela norma. Paradoxal definir tão amplamente os sujeitos ativo e passivo da improbidade quando tão poucos a podem reclamar. Preciosa a verificação de Martins Júnior, para quem:

Foi infeliz a opção legislativa brasileira, que se aparta da moderna tendência processual civil de outorgar legitimidade ativa ampla em casos de interesses meta-individuais, incentivando a participação popular organizada através dos denominados

corpos intermediários. Sem embargo, podem aforar ação civil pública para a defesa da moralidade administrativa (arts. 1º, IV, e 5º da Lei Federal n.7.347/85) (2001, p.309)

O prazo prescricional para propositura das ações destinadas às sanções por improbidade é de até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança ou dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego (art. 23).

11 CONCLUSÃO

O estudo da Lei n.º 8429/92, a lei de improbidade administrativa (LIA), leva à conclusão de que, por sua própria aprovação, lentamente se opera uma mudança de paradigma na sociedade brasileira. A previsão constitucional da tipificação da improbidade administrativa, não sem razão, constitui-se marco na tentativa da preservação da moralidade no trato com a coisa pública. Qualquer afronta a essa moralidade torna-se passível de severas sanções (perda de bens ou valores; ressarcimento do dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; proibição de contratar com o poder público).

Os agentes públicos, em sua mais ampla conceituação, na condição de sujeitos ativos da improbidade administrativa, bem como o terceiro beneficiário, são responsabilizados por suas condutas. A prática de tais desvios, ademais, não se restringe ao âmbito da administração direta (como sujeito passivo), mas também da indireta ou de quaisquer entidades, mesmo privadas, que sejam permeadas por verba pública, diretamente ou ainda que por meros subsídios.

A apuração do ato de improbidade, visando aplicação de sanções também previstas pela LIA, pode ocorrer em âmbito administrativo (controle interno) e judicial, legitimados ativamente, por covardia do legislador, apenas o ministério público e a pessoa jurídica, sujeito passivo do ato.

A Lei 8.429/92 concentrou assim direito material e processual, previu condutas e sanções. Tornou-se meritória por disciplinar de maneira sistemática o ato de improbidade administrativa. Como qualquer lei, posta no mundo jurídico, sofre alterações em seu entendimento, mas se aperfeiçoa sempre pela dialética entre a permissividade dos que ainda confundem público e privado e a necessidade social de aplicação justa do Estado em favor do coletivo.

O estudo dessa positivação da improbidade administrativa, voltado ao debate dos seus elementos caracterizadores, é imprescindível para se alcançar a plenitude de sua eficácia social. A sociedade precisa conhecer as entranhas da norma, explorar seu potencial e compreender que não somente os grandes desvios e as mais espalhafatosas fraudes que pululam os noticiários são objeto de justa crítica.

Ainda hoje, quando não ignorados os pequenos vícios, tais corruptelas são mesmo estimuladas e aplaudidas, numa deplorável inversão de valores que confunde a desonestidade que vitima a todos com esperteza individual sem maiores conseqüências. O grande mal não está no pequeno erro, mas no erro em si, independente de sua monta, quando errar torna-se um hábito.

Essa percepção pode não ocorrer tão veloz. Há quase duas décadas da aprovação da lei de improbidade, seus conceitos ainda são amadurecidos por uma população que aprende a se organizar. Como um grande impacto social de sua aprovação, a LIA tem ensinado a arregimentação de cidadãos em entidades na luta contra a corrupção. A imprensa nacional também se reeduca e tem fiscalizado e cobrado a probidade dos gestores públicos. Amadurecimento tão lento quanto profundos e deturpados são os hábitos que se pretende corrigir.

A superação desses venenosos hábitos pode ser encontrada nas palavras de Bertold Brech (2001, p. 113): “Sintam-se perplexos ante o cotidiano. Tratem de achar um remédio para o abuso. Mas não se esqueçam de que o abuso é sempre a regra.”

Enquanto essa regra de abuso estiver legitimada pelas

aparentemente insignificantes corruptelas de locupletamento, será a coisa pública alvo natural da dilapidação praticada pelos operadores da estrutura comum, como meros reflexos catalisados de seus pares.

É indispensável, portanto, compreender que também os pequenos atos, os pequenos desvios, devem ser encarados com reprovação. Somente da perfeição moral individual do representado surgirá a consciência plena para reclamar a probidade do representante e para que, de fato, como uma nova regra, a coisa pública esteja completa e exclusivamente voltada para o bem de todos.

12 REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

BRECHT, Bertold. **Teatro completo 6**. 4^a ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

CÁCERES, Florival. **História do Brasil**. São Paulo: Moderna, 1994.

COSTA, José Armando da. **Contorno jurídico da improbidade administrativa**. 3^a ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17^a ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos**. São Paulo: Atlas, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa**. 9^a ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 1943.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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