


Revista da

CGU

ANO VI
Julho/2011
ISSN 1981-674X

Edição Especial - Direito Disciplinar

**CONTROLADORIA - GERAL
DA UNIÃO / PR**

The cover image shows a modern building facade with a grid pattern. Overlaid on the image is a circular graphic with a globe in the center and a map of Brazil. The text 'CONTROLADORIA - GERAL DA UNIÃO / PR' is visible on the building's facade.

Controladoria-Geral da União

Revista da CGU
Edição Especial - Correição

Brasília, DF
Julho /2011

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU
SAS, Quadra 01, Bloco A, Edifício Darcy Ribeiro
70070-905 - Brasília /DF
cgu@cgu.gov.br

Jorge Hage Sobrinho
Ministro-Chefe da Controladoria-Geral da União

Luiz Navarro de Britto Filho
Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União

Valdir Agapito Teixeira
Secretário Federal de Controle Interno

José Eduardo Elias Romão
Ouvidor-Geral da União

Marcelo Neves da Rocha
Corregedor-Geral da União

Mário Vinícius Claussen Spinelli
Secretário de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas

A Revista da CGU é editada pela Controladoria-Geral da União.

Tiragem: 1.500 exemplares

Diagramação e arte: Assessoria de Comunicação Social da CGU

Distribuição gratuita da versão impressa

Disponível também no site www.cgu.gov.br

É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte.
O conteúdo e as opiniões dos artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores e não expressam, necessariamente, as opiniões da Controladoria-Geral da União.

Revista da CGU Edição Especial - Correição / Presidência da República, Controladoria-Geral da União. - Ano VI, Julho/2011. Brasília: CGU, 2011.

376 p. Coletânea de artigos.

1.Prevenção e Combate da corrupção. I. Controladoria-Geral da União.

ISSN 1981- 674X
CDD 352.17

umário

O princípio da insignificância como requisito para formação do juízo de admissibilidade no processo administrativo disciplinar 14

Alessandra Lopes de Pinho

A formação do Estado patrimonialista português e a gênese da corrupção no Brasil 27

Alan Lacerda de Souza

Uma (re)leitura do poder correicional no Estado Democrático de Direito: prevenção versus repressão 37

Ana Cláudia de Moraes

Limites do controle judicial de proporcionalidade das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos federais regidos pela Lei nº 8112/92.... 50

André Luís Schulz

Publicação dos vencimentos dos servidores públicos na rede mundial de computadores: violação à privacidade ou um instrumento de controle social?..... 62

Darcy de Souza Branco Neto

Possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade em processos administrativos disciplinares cuja penalidade prevista seja a demissão..... 72

Débora Queiroz Afonso

Responsabilização disciplinar de diretores de empresas públicas e sociedades de economia mista à luz do sistema de correição do Poder Executivo Federal

Eduardo Athayde de Souza Moreira..... 88

| | |
|---|-----|
| Prescrição no processo administrativo disciplinar..... | 107 |
| <i>Emília Cássia de Sousa</i> | |
| O uso do sistema de videoconferência no processo administrativo disciplinar..... | 129 |
| <i>Érika Lemância Santos Lôbo</i> | |
| Processo administrativo disciplinar europeu: procedimento e formação de comissões..... | 140 |
| <i>Fernando Toledo Carneiro</i> | |
| O controle social e a transparência pública na democracia brasileira..... | 150 |
| <i>Ivo de Souza Borges</i> | |
| Demissão de servidor pela Administração Pública por prática de ato de improbidade sem a necessidade de atuação antecipada do judiciário..... | 160 |
| <i>José Olímpio Barbacena Filho</i> | |
| Improbidade administrativa: aplicação da lei, tendências e controvérsias..... | 171 |
| <i>Laurent Nancym Carvalho Pimentel</i> | |
| A inserção das empresas estatais no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal..... | 185 |
| <i>Marcelo Pontes Vianna</i> | |
| O Devido Processo Legal como direito fundamental em processos administrativos disciplinares implica necessariamente na obrigatoriedade de defesa técnica proferida por advogado?..... | 199 |
| <i>Maria do Rosário Ferreira</i> | |
| O monitoramento das reintegrações judiciais de servidores públicos como forma de verificar a efetividade do exercício da função disciplinar da Administração Pública Federal..... | 212 |
| <i>Marta Maria Vilela de Carvalho Gomes</i> | |
| A natureza jurídica da sindicância e seu papel no direito administrativo disciplinar..... | 224 |
| <i>Maxwell Novais Oliveira</i> | |

| | |
|--|-----|
| Controle social nos procedimentos administrativos disciplinares instaurados no âmbito do poder executivo federal..... | 236 |
| <i>Mileni Fonseca Krubniki Teodoro</i> | |
| Aplicação da teleaudiência em procedimentos disciplinares..... | 248 |
| <i>Oswaldo Fernandes de Araújo</i> | |
| O exame de constitucionalidade da norma de vedação definitiva de retorno do servidor ao serviço público federal por infringência do artigo 132, incisos I, IV, VIII, X e XI..... | 269 |
| <i>Patrícia Ramos e Silva Santos</i> | |
| Responsabilidade disciplinar de empregado público celetista quando do exercício de cargo em comissão na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional..... | 282 |
| <i>Rafael Oliveira Prado</i> | |
| Recuperação de recursos públicos malversados – uma alternativa para a ineficácia das tomadas de contas especiais..... | 292 |
| <i>Ricardo Cravo Midlej Silva</i> | |
| A Sindicância Patrimonial como instrumento de apuração no Direito Administrativo Disciplinar brasileiro..... | 305 |
| <i>Roberto Vieira Medeiros</i> | |
| Enriquecimento ilícito como modalidade de crime..... | 315 |
| <i>Rodrigo Vieira Medeiros</i> | |
| A aplicação da teoria do domínio do fato nos procedimentos administrativos disciplinares..... | 323 |
| <i>Sabrina Pitacci Simões</i> | |
| Estudo de caso: a perspectiva preventiva no controle das infrações administrativas..... | 341 |
| <i>Tatiana Spinelli</i> | |
| Enriquecimento ilícito: presunção absoluta, relativa ou necessidade de fato antecedente para a responsabilização administrativa..... | 354 |
| <i>Waldir João Ferreira da Silva Júnior</i> | |

Improbidade administrativa: aplicação da lei, tendências e controvérsias

Laurent Nancym Carvalho Pimentel, Bacharel em Direito. Especialista em Direito Administrativo Disciplinar. Analista de Finanças e Controle da CGU.

Introdução

A probidade é uma obrigação elementar imposta a todos, em especial àqueles que recebem, administram e aplicam o dinheiro público. É forma de combate à corrupção e aos problemas dela decorrentes.

A Lei nº 8.429/92 assume extrema relevância, pois ela resguarda a probidade administrativa daqueles que ocupam cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional, buscando garantir a incolumidade do patrimônio público e o respeito aos princípios da boa administração, assegurando ainda o ressarcimento ao erário, a punição dos culpados e sua retirada temporária dos quadros político-administrativos.

A improbidade é um mal de repercussões graves, pois gera efeitos nocivos para toda a estrutura social, sendo a Lei nº 8.429/92 um importante instrumento à disposição de toda a sociedade no combate à corrupção. Ciente desse papel é que o presente trabalho se propõe

a abordar problemas cruciais atinentes ao tema.

1. Breves considerações sobre a Lei nº 8.429/92

A Lei nº 8429/92, apesar de tipificar condutas e estipular sanções, não possui natureza penal, estabelecendo a aplicação de penalidades de caráter cível a agentes públicos e terceiros envolvidos na prática de atos de improbidade administrativa em qualquer das três modalidades estabelecidas nos seus artigos 9º, 10 e 11.

A própria Constituição Federal, quando, por meio do seu art. 37, § 4º, determinou a edição da Lei de

A improbidade é um mal de repercussões graves, pois gera efeitos nocivos para toda a estrutura social

Improbidade Administrativa (LIA), estabeleceu a natureza civil de suas sanções, estipulando que, além delas, os agentes ímprobos ainda se submetem à esfera criminal sempre que o ato de improbidade tipificar algum delito.

A única norma penal prevista por esta lei é a do seu art. 19, que versa sobre a denúncia inverídica ou difamatória em relação àquele que, mesmo sabendo ser o agente público ou o terceiro beneficiário inocente, o representa por ato de improbidade administrativa, causando prejuízo à sua reputação.

No mais, o art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92, veda a possibilidade de qualquer transação, acordo ou conciliação que implique a renúncia de responsabilização do acusado pela prática de ato ímprobo, impedindo assim qualquer tipo de compromisso de ajustamento de conduta, inclusive a suspensão do processo, que adie ou isente o réu de responder pelo ato praticado.

Também não se cogita, no âmbito da lei de improbidade, o benefício da contagem da prescrição pela penalidade concreta, tampouco a aplicação desse instituto de forma retroativa ou virtual.

2. Sujeitos da improbidade administrativa

2.1. Sujeito ativo

Considera-se sujeito ativo do ato de improbidade o agente público que o pratica. Para os efeitos da Lei nº 8.429/92, na forma do seu art. 2º, re-

puta-se “agente público” todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas em seu artigo 1º.

Nada impede que particulares colaborem para a execução desses atos ou deles se beneficiem na qualidade de coautores ou partícipes. É o que se depreende da leitura do artigo 3º da Lei nº 8.429/92, que dilatou ainda mais o conceito de sujeito ativo do ato de improbidade, determinando a aplicação do instituto legal, 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”*.

A Lei de Improbidade procura impor-se sobre todos aqueles que, de alguma forma, se relacionam com a Administração, buscando ampliar o conceito de “agente público”.

Em relação aos sujeitos ativos impróprios, em se tratando de beneficiamento de terceiro, não obstante parte da doutrina considerar desnecessária a existência de dolo para a caracterização da responsabilidade, prevalece entendimento de que deve existir um liame psicológico entre a atuação do agente público e do terceiro para a responsabilização deste pela prática do ato ímprobo ou pelo beneficiamento dele decorrente, não sendo necessário, porém, que o terceiro pratique o ato juntamente com o agente público, bastando a sua colaboração eficaz.

2.2. Sujeito passivo

A leitura do art. 1º revela que a Lei nº 8.429/92 considera como vítima do ato de improbidade a própria Administração Pública, de maneira bastante ampla, buscando proteger todas as entidades que desenvolvam atividade decorrente da descentralização do Poder Público, em todas as esferas.

Consideram-se em sentido próprio, como sujeitos passivos somente as pessoas jurídicas de direito público interno, sua administração direta e as autarquias e fundações.

As pessoas jurídicas de direito privado com participação de dinheiro público em seu patrimônio ou receita anual – caso das empresas incorporadas ao patrimônio público e todas as demais entidades referidas no texto do artigo primeiro e do seu parágrafo único – são tidas como sujeitos passivos impróprios.

No tocante aos sujeitos passivos arrolados no parágrafo único do art. 1º, a sanção patrimonial se limita à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Quanto ao alcance subjetivo dos atos de improbidade, pacificou-se entendimento de que a Lei de Improbidade se destina à proteção dos atos de natureza administrativa, não incidindo sobre os atos de natureza legislativa e jurisdicional por excelência, sendo certo que os integrantes de quaisquer dos Poderes podem praticar atos de improbidade, desde que tenham cunho administrativo típico.

3. Modalidades de atos de improbidade administrativa

A Lei de Improbidade Administrativa, em seus artigos 9º, 10 e 11, estabelece três categorias de atos e suas respectivas sanções (incisos I, II e III, do art. 12), dispostos no que considerou ser ordem decrescente de gravidade.

Constata-se que as condutas foram descritas de modo exemplificativo, sendo que a responsabilidade será sempre subjetiva, uma vez que a lei exige expressamente a configuração do dolo e da culpa – esta apenas nas hipóteses do art. 10, para a caracterização do ato de improbidade.

3.1. Atos que importam enriquecimento ilícito

Os atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito são tidos como a modalidade mais grave do sistema e estão dispostos no artigo 9º, incisos I a XII. A utilização da expressão “e notadamente”, pelo legislador, no caput do art. 9º, não deixa dúvidas de que os incisos fazem parte de um rol exemplificativo.

Para a tipificação dessa modalidade de ato de improbidade, basta que se caracterize o acréscimo de bens ao patrimônio do agente público de forma indevida e em razão do exercício da função pública, não importando se de grande ou de pequena monta, tampouco dependendo da existência de lesão ao erário, em regra.

Mesmo nas hipóteses dos incisos II e III, que parecem prever a lesividade, não é necessário que esta ocorra para a con-

sumação do ato de improbidade ali descrito; basta a percepção da vantagem econômica indevida por parte do agente público, não importando a ocorrência de lesão ou prejuízo ao erário para a consumação do ato ímprobo, excetuando-se unicamente a hipótese do art. XI, em que a lesividade da conduta está intrínseca à sua tipificação.

Apesar do art. 21, I, da Lei nº 8.429/92, estabelecer regra para todo o seu texto, não pretendeu o legislador dispensar totalmente a exigência de lesividade para a caracterização de todo e qualquer ato considerado ímprobo. Se a regra é aplicável às hipóteses do art. 11, como veremos, ela não se aplicará ao art. 10. Somente no âmbito do art. 9º, coexistem atos de improbidade lesivos e não lesivos.

O legislador limitou a consumação da conduta ímproba ao ato de auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício da atividade pública, não importando se por meio de conduta comissiva ou omissiva, por vezes exemplificada direta (incisos I, VIII e X), por vezes indiretamente (inciso V), pelo que CARLOS FREDERICO BRITO DOS SANTOS considera ser inquestionável que outros tipos de omissão, não previstos em alguns de seus incisos, poderão caracterizar infração ao próprio caput do art. 9º, possibilitando o enquadramento de outras condutas omissivas como improbidade administrativa.

O único tipo de vantagem capaz de originar ato de improbidade tipificado no art. 9º é a de cunho patrimonial. A obtenção de vantagem de outra estirpe, a exemplo da vantagem sexual, apesar de parte da doutrina entender possível,

não está amparada pelas disposições desse artigo. Conforme o caso, a conduta poderia ser enquadrada no art. 10 ou no art. 11.

A doutrina diverge em polêmica em relação ao inciso VII do art. 9º. Parte o considera como excepcional hipótese de incidência da responsabilidade objetiva, impondo ao agente público a inversão do ônus da prova, diante da simples constatação da evolução patrimonial incompatível – nessa corrente insere-se MARCELO FIGUEIREDO.

Para outros, tal exigência entra em conflito com os princípios constitucionais balizadores da seara sancionadora, pelos quais não se pode ignorar a presença de culpa ou dolo ante a presunção de inocência – destacando-se JUAREZ FREITAS, JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO e CARLOS FREDERICO BRITO DOS SANTOS.

De qualquer forma, a aquisição de bens pelo agente público de valor superior à sua renda, mesmo que em nome de terceiros, configura forte indício de improbidade administrativa. Caberá ao agente público fazer prova da ocorrência de algum fator que possa justificar esse acréscimo patrimonial incompatível; caso contrário, será inevitável a procedência da ação, podendo culminar em condenação do demandado nas penas do art. 12, I, da Lei nº 8.429/92.

3.2. Atos de improbidade que causam prejuízo ao erário

Os atos definidos no art. 10 da Lei nº 8.429/92 são tidos como de gravidade intermediária. Também nesse caso, os incisos constituem rol exemplificativo,

bastando, para a sua tipificação, que o fato se coadune à norma contida no caput desse artigo.

Atente-se para fato de que o artigo se reporta à conduta dolosa ou culposa, sendo essa a única modalidade de ato de improbidade que estabelece a culpa como nexu subjetivo necessário à sua caracterização – observação que também se emprega à lesividade, que deverá ser concreta e material, o que torna esse artigo evidente exceção ao art. 21, I, da Lei nº 8.429/92.

Em que pese a prevalência do entendimento supra, HUGO NIGRO MAZZILLI e WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR admitem a existência da lesividade presumida – a lesão estaria presumida na prática das condutas descritas nos incisos, dispensando prova do efetivo dano patrimonial. O dolo a que o artigo se refere é o dolo comum.

O conceito de Erário deve ser interpretado restritivamente como a Fazenda Pública, no aspecto econômico-financeiro, divergindo, pois, do conceito de Patrimônio Público, que é mais abrangente, albergando valores históricos, estéticos, culturais, artísticos e turísticos. A conduta omissiva ou comissiva do agente deve ter como efeito a perda patrimonial.

3.2.1. Agentes políticos e a responsabilidade por culpa em face do art. 10 da Lei nº 8.429/92

A conduta contida no art. 10 da Lei nº 8429/92 é a única modalidade de improbidade administrativa que admite a responsabilização do agente público pela sua prática na forma culposa. Tanto

o art. 9º quanto o 11 exigem que se caracterize o dolo na conduta, para a aplicação da sanção.

Como já dito, com o fito de promover uma maior proteção ao patrimônio público e à moralidade administrativa, a lei definiu “agente público” de forma ampla, indo além do conceito de “servidor público”. A amplitude do conceito não importa em isonomia de tratamento de todos os agentes considerados públicos nos termos do art. 2º da LIA. De fato, os agentes políticos exercem funções de natureza especial, diferenciando-se dos chamados agentes administrativos.

A responsabilidade por culpa prevista no art. 10 da Lei nº 8.429/92 não atinge todos os agentes públicos da mesma forma. Algumas autoridades não podem ser tolhidas de sua liberdade de ação, ou coagidas pela possibilidade de coação porventura decorrente da culpa comum ou erro técnico, sob pena de limitar o desempenho de suas atividades soberanas.

Para HELY LOPES MEIRELLES, em entendimento adotado pela maior parte da doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, e para tanto ficam a salvo de responsabilização civil por seus erros de atuação, salvo tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder.

Nessa categoria se enquadram o Chefe do Executivo e seus auxiliares imediatos; os membros das Casas Legislativas; os membros do Poder Judiciário; os membros do Ministério Público; os membros dos Tribunais de

Contas; os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário.

O privilégio dá-se aqui em função do cargo, em nome das elevadas funções desempenhadas, preservando-se o caráter impessoal e a isonomia.

Somente por lei há de serem estabelecidas essas vantagens e esses benefícios aos agentes políticos, tal como ocorre no caso dos membros da Magistratura e do Ministério Público, os quais, por previsão legal específica (art. 85 e art. 133, I, do CPC c/c art. 49, II, parágrafo único, da LOMAN), apenas se sujeitam à responsabilização por dolo – fraude, má-fé ou abuso de poder –, não sendo possível alcançá-los civilmente por culpa grave.

Quanto aos demais agentes políticos, somente poderão ser responsabilizados civilmente quando, no exercício de suas atribuições tipicamente estatais, causarem prejuízo à entidade pública ou a terceiros, agindo com dolo ou culpa grave. Não poderão ser responsabilizados por erros decorrentes da culpa simples.

A doutrina diverge em relação à subjetividade do conceito de “culpa grave”. Para alguns, a exemplo de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ela seria equiparada ao dolo, não distinguindo uma utilidade prática na gradação da culpa.

CARLOS FREDERICO BRITO DOS SANTOS lembra que, no Brasil, os elementos que compõem a “culpa grave” foram elencados por HUMBERTO

THEODORO JÚNIOR no âmbito das indenizações de acidentes de trabalho, com base no direito comum, estabelecendo-se três requisitos para a sua caracterização: “a) vontade de agir ou de omitir, por parte do patrão; b) o conhecimento do perigo que pode resultar de sua ação ou omissão; e c) a falta de causa elisiva, isto é, a ausência de qualquer explicação aceitável para a sua conduta perigosa”.

Em posição isolada, MARINO PAZZAGLINI FILHO admite a responsabilização dos agentes públicos em geral na seara da improbidade administrativa fundamentada na culpa simples – imprudência e negligência.

3.3. Atos que atentam contra os Princípios da Administração Pública

Para CARLOS FREDERICO BRITO DOS SANTOS, essa modalidade de ato de improbidade é tida como a de menor gravidade do sistema, mas é inegável que o art. 11 constitui a grande inovação da Lei nº 8.429/92. Ele tipifica como improbidade administrativa a violação dos princípios que regem a Administração Pública e dos deveres impostos aos agentes públicos em geral, atingindo toda e qualquer conduta que revele um desvio ético ou vício moral do agente.

Pelo art. 11, a simples inobservância dos princípios acarreta responsabilidades, daí a sua relevância. Tutela-se aqui não só a moralidade administrativa e os demais princípios explícitos ou implícitos da Administração, mas também a tutela patrimonial, como no caso em que se verifique lesão dessa estirpe, devendo esta ser ressarcida (STJ, 1ª Turma,

REsp 10.338 – SC, Rel. Min Milton Luiz Pereira, 5-1-1996, DJU, 14 out. 1996).

CARLOS FREDERICO BRITO DOS SANTOS entende que, ao contrário dos arts. 9º e 10, na hipótese do art. 11, as condutas não acarretam dano material, pelo que não há o que se falar em ressarcimento de dano, afastando-se a possibilidade das cautelares de indisponibilidade de bens do indiciado e do sequestro (art. 7º, caput, parágrafo único e art. 16, caput e §§ 1º e 2º). Nessa concepção, se a violação a princípio administrativo ocasionar dano ao erário ou enriquecimento ilícito, a conduta deverá ser enquadrada nos artigos anteriores.

Em sede cautelar, nos termos do parágrafo único do art. 20, a violação ao art. 11 poderá ensejar o afastamento provisório do agente do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, desde que necessário à instrução processual.

Os incisos do artigo 11 também são exemplificativos, valendo as considerações anteriormente tecidas em relação aos artigos 9º e 10.

A conduta deve ser dolosa ou culposa (entenda-se culpa grave), comissiva ou omissiva dolosa. O comportamento do agente deve ser consciente, no sentido de não observar determinado princípio. Inserem-se nesse preceito também as tentativas de enriquecimento ilícito ou de causar prejuízo ao erário.

O artigo 11 é tido como norma residual, amparando qualquer violação de princípio que não tipifique as hipóteses dos artigos antecessores.

4. Sanções

O Capítulo III da Lei nº 8.429/92 estabelece, em seu art. 12, as sanções a serem aplicadas aos atos de improbidade administrativa. O preceito regulamenta norma contida no art. 37, § 4º, da CF/88, que preconiza que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos públicos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A legislação pune severamente a prática de atos de improbidade, impondo penalidades que, em tese, deveriam ser aplicadas cumulativamente. Nem todas as consequências legalmente previstas possuem natureza jurídica de sanção – como é o caso do ressarcimento integral do dano, que, apesar de não ensejar a propositura de ação própria, deve ser determinado por sentença judicial.

Nos casos das condutas enquadradas nos artigos 9º e 10 da Lei nº 8.429/92, estipula-se a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente ímprobo em decorrência do seu ato. Exige-se nexo de causalidade entre aquisição ilícita e o exercício da função pública.

A prática do ato de improbidade também acarreta a perda da função pública que o agente estiver exercendo na época da condenação, não tendo relevância o cargo ocupado pelo agente quando da prática do ato.

No que tange à suspensão dos direitos políticos, o art. 12, nos seus incisos I, II e III, estabelece limites mínimos e

máximos relativos aos artigos 9º, 10 e 11, respectivamente, punindo, nesse quesito, de forma mais rigorosa os atos de improbidade que acarretam enriquecimento ilícito, e de forma mais branda aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Na sequência, prevê-se o pagamento de “multa civil”, também estipulada de acordo com a natureza e a gravidade do ato. Além da conduta, também devem ser considerados o tamanho do dano sofrido pelo erário, a capacidade econômica do agente e o enriquecimento por ele experimentado.

O agente público que pratica o ato de improbidade tem ainda a sua atividade profissional limitada, mediante a proibição de contratar com o Poder Público por determinado prazo, estipulado de acordo com a natureza e a gravidade do ato praticado.

4.1. Da cumulatividade das sanções do artigo 12

Não obstante a interpretação literal do art. 12 e de seus incisos denotar que os atos de improbidade devem ser reprimidos pela aplicação cumulada de todas as sanções ali previstas, pacificou-se, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que a aplicação de tais penalidades deve se dar à luz do princípio da proporcionalidade.

Assim, conforme o caso concreto, será facultado ao Poder Judiciário, em sua discricionariedade, determinar, dentre as sanções previstas no artigo 12, aquelas que serão aplicadas, deixando de lado aquelas que se mostrem excessivas.

Não se privilegia, com isso, a impunidade. O magistrado, ao determinar a aplicação conjunta ou parcial dessas penalidades, deve ponderar as circunstâncias de cada caso – tais como a gravidade da conduta, o dano provocado e as vantagens percebidas pelo agente –, mensurando a sanção de acordo com o limite que considerar justo, excluindo as mais graves, em face da necessária adaptação aos elementos fáticos.

Comungam dessa corrente que admite a mitigação do art. 12 da Lei de Improbidade doutrinadores como FABIO MEDINA OSORIO, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, MARCELO FIGUEIREDO, MARINO PAZZAGLINI FILHO, JUAREZ FREITAS, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, LUCIA VALLE FIGUEIREDO, dentre outros.

Diversos tribunais do País, em especial o Superior Tribunal de Justiça, vêm adotando essa tese em seus reiterados julgados, ex vi o teor dos acórdãos referentes aos Recursos Especiais nº 439280/RS, nº 505068/PR e nº 29.1747/SP, da Primeira Turma, bem como os Recursos Especiais nº 242632/MG e nº 300184/SP, da Segunda Turma.

Contudo, nomes de grande peso defendem a tese da cumulatividade obrigatória das sanções decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa, como é o caso de ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA, WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR e JOSÉ ANTÔNIO LISBOA NEIVA.

CARLOS FREDERICO BRITO DOS SANTOS elucida que, em tese, a cumulatividade obrigatória poderia ser aceita

apenas em relação aos atos de improbidade de maior gravidade, ou seja, aqueles previstos pelo art. 9º da Lei nº 8.429/92. Entretanto, o ordenamento estendeu o conceito de improbidade aos atos de menor gravidade, albergando, por exemplo, a lesão culposa ao erário, tornando plausível e justa, inclusive com fundamento no princípio constitucional da proporcionalidade, a aplicação alternativa das sanções em pauta.

5. Do processo administrativo

A Lei nº 8.429/92, em seus artigos 14 e 15, estabelece um procedimento administrativo a ser observado em uma fase pré-judicial, investigando-se, no âmbito da própria Administração, os fatos denunciados como ímprobos, evitando-se o acolhimento na via judicial de eventuais denúncias caluniosas e salvaguardando a honra dos agentes públicos.

A despeito do erro terminológico – uma vez que seria mais adequada a utilização do termo “processo administrativo” para indicar essa fase pré-judicial, por designar sequência de atos encadeados lógica e juridicamente –, essa etapa processual busca ainda fornecer elementos informativos necessários para que o Ministério Público ou a Procuradoria do órgão possam pleitear em juízo a aplicação judicial das penalidades previstas no art. 12.

Também será nessa fase que serão levantados os indícios de responsabilidade, os quais servirão de base à eventual representação da comissão ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão, para requisição ao juízo competente da decre-

tação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público, na forma do art. 16.

Embora as conclusões da Comissão, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa, possam ensejar a aplicação das penalidades disciplinares previstas na Lei nº 8.112/90 em face de conduta tipificada na Lei de Improbidade também como ímproba, as sanções previstas no art. 12 da LIA são privativas do Poder Judiciário e somente poderão ser aplicadas por sentença.

Entretanto, a autoridade administrativa poderá aplicar a medida cautelar de afastamento provisório do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual – no caso do processo administrativo, conforme disposto no parágrafo único do art. 20, da Lei nº 8.429/92.

Da mesma forma e com as devidas adaptações, essa fase administrativa pré-judicial funcionará, no âmbito criminal, como inquérito policial, fornecendo ao Ministério Público os indícios de autoria e materialidade para a propositura da ação penal.

Em suma, por ausência de previsão legal, a autoridade administrativa não pode determinar o ressarcimento do dano e a perda de bens e valores acrescidos ilícitamente ao patrimônio do agente ou de terceiro, não obstante poder aplicar as sanções de perda da função pública e de suspensão de direitos políticos dos agentes públicos não vitálícios em processos administrativos, des-

de que por grave violação de dever funcional estatutário.

Nos moldes do art. 14, que corrobora o direito constitucional de petição previsto no art. 5º, XXXIV, da CF, qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar prática de ato de improbidade administrativa, desde que observados os seguintes requisitos: a) representação escrita ou reduzida a termo; b) deverá ser assinada; c) o representante deverá estar devidamente qualificado; e d) deverá indicar as provas de que o representante tenha conhecimento.

Caso a representação não satisfaça aos requisitos acima elencados, conforme o § 2º do art. 14, a autoridade administrativa, em despacho fundamentado, rejeitará a representação. O mesmo dispositivo estabelece que a rejeição não impede a representação ao Ministério Público, que poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

Na lição de SÉRGIO FERRAZ, “o requerimento inicial que se apresente com falhas estruturais não deve ser liminarmente rejeitado: impõem-se à Administração orientar ao administrado no sentido da correção e recuperação formal do requerimento (...), indicando concreta e minuciosamente os pontos a serem reformulados (imperativo dos princípios da boa-fé e do devido processo legal)”.

Atendidos os requisitos da representação, estabelece o § 3º do art. 14 que

a autoridade administrativa determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, serão processados na forma dos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112/90.

Conforme dispõe o art. 15, *caput* e parágrafo único, a comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade, os quais poderão, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo. Note-se que não é facultado à comissão deixar de dar conhecimento aos aludidos órgãos desse tipo de procedimento.

No tocante à conduta do agente público em face da Lei de Improbidade, presentes os indícios de autoria e materialidade, o relatório da comissão que irá pôr termo ao processo administrativo estará adstrito à remessa dos autos à procuradoria do órgão ou ao Ministério Público, para a adoção das medidas que entenderem cabíveis.

Alerte-se para a possibilidade da autoridade administrativa instaurar ex officio o processo administrativo para a apuração de fato reputado ímprobo de que venha a tomar conhecimento, sob pena de tipificar crimes previstos no art. 319 e no art. 320 do Código Penal, bem como, se a inação visar a satisfazer interesse ou sentimento pessoal, caracterizar, em qualquer hipótese, a conduta descrita no art., 11, II, da lei em comento.

6. Do processo judicial

Sobre a natureza jurídica da ação de improbidade, prevalece o entendimento de que se trata de espécie de ação civil pública. Nos termos do caput do art. 17 da Lei nº 8.429/92, a legitimidade ativa pertence exclusivamente ao Ministério Público e à entidade interessada. O cidadão, para proteger o patrimônio e a moralidade pública, deve valer-se da ação popular.

Ainda conforme o art. 17, caput, tem-se a possibilidade de propositura da medida cautelar – em geral, arresto de bens. No caso, a ação principal deve ser proposta no prazo de 30 dias da efetivação da cautelar. Ressalte-se que, se o arresto for requerido como medida cautelar durante a ação de improbidade, torna-se inaplicável o prazo de 30 dias.

O § 1º, do art. 17, da Lei nº 8.429/92, com base no princípio da indisponibilidade do interesse público, inviabiliza a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de improbidade.

Caso a ação de improbidade seja proposta pelo Ministério Público, a entidade pública, com base no art. 17, § 3º, poderá figurar como sujeito ativo ou passivo, defendendo o agente público, ou mesmo ficar inerte, nos termos da Lei de Ação Popular – Lei nº 4.717/65, art. 6º, § 3º. Perceba-se que o Ministério Público é tido como sujeito processual necessário nas ações de improbidade. Tal como no processo penal, se ele não intervier no processo como parte, deverá atuar como fiscal da lei.

Por se tratar de ação civil, a competência é determinada pelas regras gerais

do Código de Processo Civil. Os dispositivos do art. 84 do Código de Processo Penal que determinavam a aplicação do foro privilegiado às ações de improbidade administrativa foram considerados inconstitucionais pelo STF, pois essa matéria é reservada à Constituição Federal. O art. 17, § 5º, da lei traz norma específica, ao determinar que a competência por prevenção se dará sempre que forem intentadas ações com a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

A fase inicial do processo judicial por improbidade administrativa é similar à do processo penal – CPP, art. 513/518 –, em crimes cometidos por funcionários públicos contra a Administração Pública.

A petição inicial deverá ser instruída com documentos que demonstrem indícios suficientes da prática de ato de improbidade administrativa ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentar esses documentos, sob pena de se caracterizar litigância de má-fé (art. 17, § 6º).

Em seguida, no prazo de 15 dias, o requerido será notificado a se manifestar por escrito, ocasião em que deverão ser juntados documentos e justificações – art. 17, § 7º. Preenchidos os requisitos e recebida a manifestação, o juiz tem o prazo de 30 dias para decidir se rejeita a petição inicial – o que poderá fazer em decisão fundamentada, caso se convença da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita (art. 17, § 8º).

Recebida a petição, o réu será citado para apresentar a contestação (art. 17, § 9º), cabendo dessa decisão a interpo-

sição de agravo de instrumento. Na forma do § 11 do art. 17, o processo poderá ser extinto em qualquer fase, sem julgamento do mérito, caso o juiz considere inadequada a ação.

7. Da disposição penal prevista na Lei nº 8.429/92

O art. 19 da Lei de Improbidade Administrativa tipifica como crime a representação por ato de improbidade feita quando o representante tem ciência da inocência do representado. A norma contida nesse artigo, apesar de bastante semelhante, diferencia-se da denúncia caluniosa contida no art. 339 do Código Penal. Contudo, a denúncia caluniosa só se consuma quando o falso relato dá origem a processo – inclusive por improbidade – ou a inquérito.

O crime do art. 19 consuma-se com a simples representação falsa ao Ministério Público ou à autoridade administrativa, não sendo necessária qualquer consequência posterior.

8. Da prescrição

Da leitura do inciso II, art. 23, da Lei nº 8.429/92, depreende-se que o prazo determinado para a prescrição da sanção de demissão a bem do serviço público, conforme a Lei nº 8.112/90, será de cinco anos, a contar da data em que o fato se tornou conhecido.

Assim, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, a ação de ressarcimento dos danos causados ao erário será imprescritível.

Quanto ao prazo prescricional para ajuizar ação de improbidade contra o particular que colaborou com o agente público ou que se beneficiou do ato, em que pese haver quem considere a ocorrência de omissão do legislador, não se pode ignorar o fato de que, como o terceiro somente pôde praticar o ato de improbidade em concurso com o agente público, ou na qualidade de beneficiário deste, a condição de “agente público” necessariamente se comunicará a ele, aplicando-se também as mesmas penalidades, desde que cabíveis.

Conclui-se, pois, que ao terceiro se aplica o mesmo prazo prescricional do agente público com o qual tenha concorrido para a prática do ato ilícito, ou de cuja ação ou omissão o ímprobo se tenha beneficiado.

Conclusão

A Lei nº 8.429/92 representou um enorme avanço legislativo, não obstante as dúvidas que eventualmente surgem na interpretação de alguns de seus dispositivos.

Uma das grandes contribuições dessa lei reporta-se à legitimidade ad causam para propositura da Ação de Improbidade. Conforme dispõe em seu art. 17, a ação para aplicação das sanções pela prática de atos dessa estirpe será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, ampliando, destarte, o leque de legitimados e, por conseguinte, a própria proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa, não deixando a titularidade da ação, como fez o legislador na Lei de Ação Popular, residir

tão somente em um único legitimado, o cidadão.

A Lei de Improbidade não previu, sequer, a figura do cidadão como autor, embora estabeleça que qualquer pessoa – cidadã ou não – poderá representar à autoridade competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade, respeitados os requisitos e o procedimento estabelecidos pelos parágrafos 1º e 2º do art. 14.

No âmbito do art. 17, ao se referir à pessoa jurídica interessada, a lei estabelece a legitimidade ativa, ao lado do Ministério Público, das próprias entidades públicas dotadas de personalidade jurídica e de algumas empresas privadas também prejudicadas pela prática do ato de improbidade, aumentando as chances de se garantir a efetiva aplicação da lei.

A regra estabelecida no art. 21, inciso I, da Lei de Improbidade, também pode ser ressaltada como um avanço, em especial por estabelecer que a aplicação das sanções decorrentes do ato de improbidade administrativa independente da lesividade, ou seja, da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio.

Com a Lei nº 8.429/92, tornou-se possível a condenação de agente público e de terceiros conluídos pela prática de improbidade administrativa por pura e simples violação de qualquer dos princípios da Administração Pública, por meio da ação ou omissão dolosa que viole os deveres da honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições, dentre outros, conforme previsto em seu art.11.

Muito além da decretação da invalidade do ato administrativo impugnado por sua ilegalidade e por sua lesividade ao patrimônio público, com a responsabilização do agente público e dos beneficiários diretos por perdas e danos, a lei de improbidade ampliou o leque de sanções, em número e intensidade, como se depreende da leitura do art. 12 e de seus incisos.

Ressalte-se, por fim, as procedências cautelares estabelecidas pela Lei de Improbidade Administrativa, como a indisponibilidade dos bens do indiciado pela prática do ato ímprobo, o sequestro de bens e o afastamento provisório do agente público do cargo, emprego ou função, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

Referências Bibliográficas

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. Improbidade Administrativa: reflexões sobre a Lei nº 8.429/92. 2ª ed. revista, atual., ampl. E com jurisprudência – Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade Administrativa – Comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar, 4ª edição atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Edições, 2000.

FREITAS, Juarez. Do Princípio da Probidade Administrativa e de sua Máxima efetivação, in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Editora Renovar e Fundação Getúlio Vargas, nº 204, abr./jun. 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo – Meio Ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos, 13ª edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa. 4ª Ed – São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 33ª edição atualizada pela Constituição Federal de 1988, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, volume I, 11ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias e FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade administrativa: observações sobre a lei 8429-92.

- 2.ed., ampl. e atual. - Porto Alegre: Síntese, 1998.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro. Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 25ª edição revista e ampliada, São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

FERRAZ, Sérgio. Aspectos Processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa, in Improbidade Administrativa – questões polêmicas e atuais, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.