

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

MATHEUS GENERALI CARGNIN

AS ESPÉCIES DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

PORTO ALEGRE
2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

MATHEUS GENERALI CARGNIN

AS ESPÉCIES DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Maria Isabel de Azevedo Souza.

PORTO ALEGRE
2008

*Aos meus pais, Daví e Taís,
cuja retidão em suas vidas
pessoais e profissionais
sempre me inspirou.*

*Agradeço a Deus, por
abençoar as minhas conquistas
e me iluminar nos momentos
difíceis;
a minha Família, pelo suporte
de toda ordem dado (e que
continua a ser concedido) ao
longo dessa trajetória;
à Professora Maria Isabel de
Azevedo Souza, por ter
acolhido a presente idéia;
aos meus amigos, pelo
incentivo constante.*

“Um povo que preza a honestidade terá governantes honestos. Um povo que, em seu cotidiano, tolera a desonestidade e, não raras vezes, a enaltece, por certo terá governantes com pensamento similar.”

Emerson Garcia.

RESUMO

Os agentes públicos encontram-se sujeitos a um regime de responsabilização cujo fundamento é representado pela inobservância da probidade no cotidiano da Administração Pública. Em face do comando constitucional, ocorreu o advento da Lei nº 8.429/92, na qual foram positivadas as três espécies de atos de improbidade administrativa, com as respectivas sanções cabíveis. Os atos de improbidade administrativa, com suas diferentes espécies e, conseqüentemente, diferentes requisitos para sua verificação, são o objeto precípua do presente Trabalho de Conclusão de Curso. Na primeira parte, observamos as relações existentes entre a probidade e a moralidade administrativa e o surgimento de um diploma legal com o fim de preservar uma gestão honesta e eficiente da *res publica* - a edição da Lei de Improbidade Administrativa. Na segunda parte desta monografia discorreremos sobre os sujeitos ativos e passivos dos atos de improbidade administrativa, analisamos as espécies de atos existentes, e finalizamos com considerações a respeito da aplicação das sanções. Valemo-nos da legislação e doutrina nacionais, além da jurisprudência, principalmente de julgados extraídos do corpo de decisões prolatadas pelos Tribunais locais.

Palavras-chave: Probidade administrativa, atos de improbidade administrativa, Administração Pública, Lei nº 8.429/92.

ABSTRACT

The public agents are under one specific system of accountability that has his bases in the non-obedience of probity in the Public Administration's day-by-day. Because of our Constitution, we now have the Statute number 8.429/92, and inside of it there are the three species of improbity' acts, with their respective sanctions. The different species of acts, with different conditions for their accomplishment, are the main goal of our study. In the first part, we discuss the relations between morality and probity related to the Public Administration and the birth of a Statute that aims to preserve an efficient and honest administration of the public patrimony – the Statute of improbity at Administration. In the second part, we have discussed about the individuals and the entities that can be part in a relation of improbity and the three species of acts, concluding with some thoughts about the sanctions and their application. We have used the national legislation and doctrine, besides of our jurisprudence, mainly from our local Courts.

Keywords: Probity in the Public Administration, acts of improbity, Public Administration, Statute number 8.429/92.

Lista de Abreviaturas

AC	Apelação Cível
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DETRAN	Departamento Estadual de Trânsito do RGS
EC	Emenda Constitucional
FAB	Força Aérea Brasileira
LIA	Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/92
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PL	Projeto de Lei
RDA	Revista de Direito Administrativo
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TJ/RS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região

SUMÁRIO

Introdução	10
1. DA PROIBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	13
1.1 Moralidade administrativa e proibidade administrativa: a busca pela delimitação da proibidade	13
1.2 Antecedentes históricos do combate à improbidade administrativa	20
1.3 O advento da Lei nº 8.429/92 – a Lei de Improbidade Administrativa	23
2. DAS ESPÉCIES DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	28
2.1 Da natureza do ato de improbidade e de seus sujeitos ativos e passivos	28
2.2 Dos atos de improbidade administrativa	36
2.2.1 Dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito	38
2.2.2 Dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário	49
2.2.3 Dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração pública	59
2.3 Sanções aos atos: dosimetria e cumulatividade	68
Considerações Finais	73
Referências	76
Anexo – Capítulo II da Lei de Improbidade Administrativa	82

Introdução

Convivemos com notícias de enriquecimento ilícito e má gestão da coisa pública, divulgadas por todo o país. A atividade exercida pelos agentes que lidam com a *res publica* sempre foi fonte de muita polêmica e de fatos escândalos. Nos últimos anos, tornou-se comum para a população conviver com manchetes de jornais estampando o resultado de diversas operações realizadas em conjunto pelas Polícias e pelo Ministério Público, cuja atuação tem sido imprescindível para que administradores públicos que fazem do espaço público seu espaço privado sejam devidamente punidos.

Não bastasse o fato de sérias denúncias de pagamento de propinas atingirem o Poder Público, o que é de interesse da persecução penal, temos assistido a uma verdadeira avalanche de ações de improbidade administrativa¹, muitas vezes resultando em condenações de seus respectivos réus, tais como prefeitos, secretários e outros, em virtude do cometimento de atos que importam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao Erário ou afrontam o arcabouço principiológico norteador da Administração Pública, de acordo com a sistematização definida pela Lei nº 8.429, de dois de junho de 1992 – a Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Diante desse quadro, buscamos encontrar algum instrumento que representasse um meio de combate à desonestidade crescente de boa parte dos agentes públicos, mas que fosse representativo de uma punição extra-penal. Deparamo-nos, então, com a Lei de Improbidade Administrativa. O estudo e as leituras efetuadas em torno do tema, bem como as aulas sobre a matéria, ministradas pela Professora Orientadora, fizeram com que decidíssemos por abordá-lo no presente Trabalho de Conclusão de Curso, analisando as características

¹ Basta que seja feita uma pesquisa de jurisprudência em nossos Tribunais de Justiça: no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, somente no período compreendido entre 28/06/2007 e 27/03/2008, ou seja, em torno de nove meses, foram julgadas mais de uma centena de ações de improbidade administrativa, em sede de apelação.

relacionadas ao atuar do agente ímprobo, bem como focando nossa pesquisa nas espécies de atos de improbidade administrativa.

Desde já, saliente-se que é tarefa difícil abordar qualquer aspecto relacionado à improbidade administrativa. Desde o advento da LIA, doutrina e jurisprudência têm se debruçado, de forma incansável, sobre os mais variados aspectos da improbidade. Apenas para que tenhamos uma breve noção dessas dificuldades, passados mais de 16 (dezesesseis) anos de sua entrada em vigor, ainda existe aguerrida discussão em torno da aplicação da LIA em relação aos agentes políticos. Nem mesmo a mais alta Corte do país, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, é unânime quanto ao tema.²

Não bastasse a complexidade do tema em questão, as espécies de atos configuradores da improbidade administrativa, agregue-se ainda um diploma legal recheado de conceitos jurídicos de difícil delimitação e cujas lacunas são evidentes – como na falta de critérios para a dosimetria das sanções. Dessa forma, acabou-se por exigir da jurisprudência um posicionamento mais atuante, no sentido de preencher as referidas lacunas e explicitar os conceitos utilizados, a fim de que houvesse menos dubiedade sobre quais condutas do dia-a-dia devessem ser enquadradas nas definições legais das espécies de atos de improbidade administrativa.

Buscamos, então, com o presente trabalho, verificar de que forma os atos de improbidade administrativa são analisados pela doutrina nacional e sua efetiva ocorrência em face da jurisprudência local, além dos pontos em que a presença da jurisprudência tem sido decisiva para uma melhor (leia-se, mais adequada aos ditames constitucionais) interpretação da LIA. Como já mencionado, a LIA é importante instrumento de combate ao enriquecimento ilícito e à má gestão do patrimônio público - no entanto, diante das possíveis sanções impostas, é necessário que se clarifique com a maior precisão possível seu âmbito de incidência.

² Conforme veremos adiante, o STF decidiu, em ação promovida contra ex-Ministro de Estado, que o âmbito de incidência da LIA não abarcava o agente político em questão. Por 6 (seis) votos a 5 (cinco), no entanto.

Assim, corrobora-se com os ideais de certeza jurídica e previsibilidade das decisões judiciais, tão caros ao Estado de Direito.

Abordaremos, então, os antecedentes históricos de combate ao enriquecimento ilícito por parte dos agentes públicos, o advento da Lei de Improbidade Administrativa, em face de exigência constitucional consagrada no § 4º do artigo 37, além da relação existente entre probidade na Administração e moralidade administrativa, em um primeiro momento. Após, identificaremos quem são os sujeitos que podem praticar e sofrer os atos de improbidade administrativa, para, enfim, chegarmos ao cerne de nosso trabalho: as três espécies de atos consagradas pela legislação, o entendimento doutrinário existente a seu respeito, além de 9 (nove) casos extraídos dos Tribunais locais, com vistas à verificação de como se dão as condutas caracterizadoras da improbidade.

A escolha do presente tema, por fim, motivou-se pela necessidade de lutarmos por uma Administração Pública mais honesta. É extremamente positivo que haja preocupação com a eficiência, tanto é que esta foi alçada a princípio constitucional pela EC nº 20/98. E assim não poderia deixar de ser, em virtude da essencialidade de muitos serviços prestados pelo Poder Público. Mas não devemos nos esquecer de algo muito mais básico e, por isso, talvez mais importante ainda: aquele que lida com a *res publica* deve pautar sua atuação pela honestidade. Não se coaduna com a administração de bens da coletividade um agir desonesto, envolto pela má-fé, ou ainda desidioso. Urge que nossos agentes públicos, na acepção da expressão tal como foi positivada pela LIA, promovam, em seu cotidiano, a probidade na Administração Pública.

1. DA PROBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 Moralidade administrativa e probidade administrativa: a busca pela delimitação da probidade

Das leituras e pesquisas efetuadas em torno do tema-objeto de nosso trabalho de conclusão de curso, umas das questões mais polêmicas que surge das discussões doutrinárias diz respeito à definição conceitual da probidade administrativa, e de que forma ela se relaciona ao princípio constitucional da moralidade, expresso no *caput* do artigo 37.³ Não tenhamos dúvida de que se trata de tarefa árdua e de difícil execução: no entanto, humildemente e de forma objetiva, tentaremos expor as linhas gerais problematizadas pela doutrina, a fim de que possamos verificar as melhores posições sobre o tema.

Já se disse muito sobre a (in) existência de relação entre moral e Direito, com argumentações de autorizadas vozes tanto em um sentido como em outro. No entanto, não há de se negar, hodiernamente, a vinculação entre essas duas áreas do conhecimento, uma vez ocorrida a positivação do princípio da moralidade no *caput* do artigo 37 de nossa Constituição Federal, alçando-o a princípio regente da Administração Pública. A questão sobre a qual perquire a doutrina, então, diz respeito ao conteúdo dessa moralidade – ou seja: de que “tipo” de moral estamos falando.

A doutrina é uníssona ao conceder a Maurice Hauriou a titularidade da expressão “moralidade administrativa”. O estudioso francês, em seus apontamentos aos acórdãos do Conselho de Estado da França, no início do século XX, afirmava que uma das formas de controle dos atos jurídicos administrativos devia ocorrer por meio de sua adequação aos princípios da “boa administração”, no âmbito da

³ Artigo 37 da CRFB: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte. [...]”.

moralidade administrativa. Assim, definiu o conteúdo dessa moralidade como o “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.⁴

Do conceito lançado por Maurice Hauriou, nos idos de 1917, já podemos notar a preocupação existente com relação à conduta, ao comportamento do agente público quando da consecução de suas atividades. Parece-nos que a assertiva seguinte, de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, aprofunda ainda mais a noção do que seja “moralidade administrativa”. Aduz o renomado administrativista que

De um modo geral, a moralidade administrativa passou a constituir pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública. **Não se trata, contudo, da moral comum, mas sim da moral jurídica.** E para a qual prevalece a necessária distinção entre o bem e o mal, o honesto e o desonesto, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, o legal e o ilegal.⁵ (grifo nosso).

Dessa colocação, grifamos aquilo que entendemos representar o cerne da problemática envolvendo a definição do conteúdo da moralidade administrativa. Não estamos a tratar da penetração de conceitos morais comuns (ou religiosos) na atividade administrativa estatal, e sim da configuração de uma moral jurídica que impõe um padrão de conduta aos agentes públicos. Nesse exato sentido, colacionamos excerto de voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Eros Roberto Grau que, de forma direta - sem rodeios - observa que a consagração do princípio da moralidade

não significa uma abertura do sistema jurídico para a introdução, nele, de preceitos morais. O que importa assinalar, ao considerarmos a função do direito positivo, o direito posto pelo Estado, é que este o põe de modo a constituir-se a si próprio, enquanto suprassume a sociedade civil, a ela conferindo, concomitantemente, a forma que a constitui. Nessa medida, o sistema jurídico tem de recusar a invasão de si próprio por regras estranhas a sua eticidade mesma, advindas

⁴ Conforme BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 76-97, e também GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, 3ª Ed.2ªtir, pp. 71-75.

⁵ FRANCO, Manoel de Oliveira Franco *apud* PAZZAGLINI FILHO, Marino e outros. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1997, 2ª edição, p. 52.

das várias concepções morais ou religiosas presentes na sociedade civil, ainda que isto não signifique o sacrifício de valorações éticas.⁶

A moralidade administrativa, positivada pelo Constituinte originário, trata da denominada “moral jurídica”, não devendo deixar que adentre em suas cercanias preceitos da moral comum, estranhos à sua “*eticidade mesma*”, como bem coloca o Ministro Eros Roberto Grau. Ainda, com o intuito de tentarmos delimitar um pouco mais o princípio constitucional da moralidade, acreditamos na sua vinculação à idéia de efetivação das finalidades relacionadas ao interesse público – interesse esse supremo para a Administração Pública.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em análise à contribuição do já referido mestre francês, assinala que se deve reconhecer à Administração Pública um caráter de instituição finalisticamente orientada, cujos agentes, além de obediência à legislação vigente, devem apresentar uma específica honestidade profissional.⁷ Henri Welter, discípulo de Hauriou, segue na mesma linha de raciocínio, ao acrescentar a necessidade de, na efetuação do controle da moralidade administrativa, verificar-se não só a ocorrência de afronta à lei, mas também se subsistem os motivos de fato escolhidos pela Administração e os fins do agente ao exercitar sua competência.⁸

O festejado jurista José Afonso da Silva, por sua vez, corroborando a referida vinculação entre moralidade e finalidade da Administração Pública, observa que nem todo ato legal será adequado, necessariamente, à moralidade administrativa: aduz que “*quando sua execução é feita, por exemplo, com intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com intuito de favorecer alguém, por certo que se está*

⁶ STF. ADIN 3.026-4/DF. Relator Min. Eros Grau. DJ 29.09.2006. Nesse julgamento, nosso Tribunal Maior não reconheceu a necessidade de concurso público para a admissão de servidores no âmbito da OAB – pertencente, segundo o STF, a uma “categoria ímpar” no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade Administrativa: do Conceito à Efetivação*. RDA, n.190, p. 1-44. A idéia de uma “específica honestidade profissional” torna-se bastante interessante a partir do momento em que temos consciência da importância e da responsabilidade existentes no exercício de funções que afetam a coisa pública. Acreditamos que honestidade profissional deva sempre existir, mesmo quando analisamos os diversos ramos da atividade privada - no entanto, a exigência torna-se ainda maior quando o patrimônio (possivelmente) afetado for da coletividade.

⁸ HENRI WELTER *apud* CORRÊA BITTENCOURT, Marcus Vinícius. *Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 227.

*produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa.*⁹

A fim de ilustrarmos com maior nitidez nosso esboço de definição de moral jurídica, devemos nos socorrer de um exemplo de ordem prática. Assim, buscamos auxílio em Humberto Ávila, que brinda-nos com hipótese assaz esclarecedora.¹⁰

Imaginemos uma autoridade pública que tenha deixado escoar o prazo de validade de um concurso público para o preenchimento de determinado cargo, nomeando 33 dos 50 aprovados, publicando novo edital para a mesma finalidade. Intimada a esclarecer os motivos de sua inércia, a autoridade dá a entender que não fez a devida prorrogação simplesmente porque não quis. No presente exemplo, segundo o autor, fica evidenciado um comportamento atentatório da moralidade administrativa – drible a normas imperativas, malícia despropositada, ausência de motivos sérios, uma vez que fere a seriedade e a veracidade necessárias à promoção do princípio da moralidade.

Adentrando na relação entre moralidade e probidade, existem autores que sustentam ser a probidade um dever (e não um princípio dotado de autonomia) a ser cumprido, quotidianamente, pelo agente público. Por conseguinte, seria uma forma de manifestação do princípio da moralidade administrativa. Nesse sentido milita, por exemplo, Márcia Noll Barboza.¹¹ Para a autora, a LIA, ao expor as condutas contrárias à boa realização da função administrativa, estaria efetivando o próprio princípio da moralidade, fazendo surgir o dever de probidade perante a *res publica* para os agentes que lidam com o patrimônio da coletividade.

Acreditando ser a Lei de Improbidade um verdadeiro instrumento de concretização do princípio da moralidade, afirma a autora:

A moralidade administrativa, como um *standard* exigido da Administração, se coloca, assim, como um bem jurídico, i.e., como

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 668.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 94-97.

¹¹ Barboza, Márcia Noll. *O princípio da moralidade administrativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 133-136.

um bem juridicamente protegido nas diversas instâncias de responsabilização. Mas, com toda a certeza, é a aplicação da Lei de Improbidade a via mais adequada à responsabilização por violação ao princípio da moralidade administrativa, achando-se tal responsabilização prevista já na Constituição (art. 37, § 4º), onde aparece como complemento do princípio da moralidade e como peça fundamental do regime que ora se impõe à Administração em nosso país.¹²

Dessa perspectiva de conceber a probidade no ordenamento pátrio, cabe ressaltar que a autora não nega a importância dada pelo Constituinte ao princípio da probidade na Administração Pública, muito embora não o veja especificamente como um princípio autônomo¹³, e sim como um dever explicitado (manifestado) de acordo com os ditames do princípio da moralidade.

Uma visão diferente é trazida à baila por Maria Sylvia Zanella Di Pietro.¹⁴ Para a autora, tratando-se moralidade administrativa e probidade administrativa como princípios, ambos se confundiriam. Não haveria, a rigor, uma distinção marcante entre esses dois conceitos, chegando a autora a afirmar que “*pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a idéia de **honestidade** na Administração Pública*”.¹⁵

Mais instigante ainda é a posição fornecida por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves.¹⁶ Os autores compartilham de uma visão única quanto à delimitação dos atos de improbidade em nosso sistema jurídico. Para os autores, as ações dos agentes públicos devem estar em consonância com o princípio da juridicidade (uma espécie de “super-princípio” que abarcaria tanto as regras como os princípios aos

¹² BARBOZA, Márcia Noll. *O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 134.

¹³ Adotamos, aqui, a visão estabelecida por CANOTILHO, de que o ordenamento jurídico é um sistema dinâmico de normas, sendo que essas normas se revelam sob a forma de princípios ou de regras. Quanto à distinção entre essas duas formas de normas jurídicas, o renomado autor português apresenta uma série de critérios, dentre os quais gostaríamos de destacar o *grau de abstração* – mais elevado nos princípios do que nas regras. É tema de nobilíssima discussão doutrinária, envolvendo as mais autorizadas vozes (ALEXY, DWORKIN, CANARIS). Sobre essa problemática, conferir o instigante ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007, 20ª edição, pp. 743-750.

¹⁵ DI PIETRO, *ibidem*, p.743.

¹⁶ Conferir GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, 3ª Ed.2ªtir, pp. 37-51.

quais estão submetidos os agentes públicos). Ocorrendo violação a esse princípio – com o uso de critérios adequados na análise – estaríamos diante de ato de improbidade administrativa. A partir desse raciocínio, consideram não ser possível vincular a probidade na Administração apenas à observação do princípio da moralidade administrativa.

Concluindo de forma inovadora, apontam os autores que “*quando muito, será possível dizer que a probidade absorve a moralidade, mas jamais terá sua amplitude delimitada por esta*”.¹⁷ Acreditam que o conceito de improbidade é amplo, abarcando tanto os aspectos morais como também os demais princípios regentes da atividade estatal. Dissemos que é uma forma inovadora de pensar a probidade, pois veremos, a partir de agora, que a maior parte da doutrina não comunga do mesmo entendimento dos renomados juristas.

Majoritariamente, a doutrina entende ser o princípio da moralidade administrativa o gênero, do qual teríamos o princípio da probidade administrativa como uma espécie. Em linhas simples: a moralidade administrativa seria princípio jurídico do qual a probidade seria subprincípio. Compartilham tal posicionamento um grande número de doutrinadores¹⁸, como apontam os antes referidos Emerson Garcia e Rogério Alves (muito embora estes não se coadunem com tal linha de raciocínio).

Marcelo Figueiredo, Wallace Paiva Martins Júnior e Juarez Freitas, exemplificativamente, apresentam esse entendimento, cada um apresentando roupagens diferentes para suas proposições.¹⁹ Das leituras realizadas, a percepção de Juarez Freitas parece-nos demonstrar com melhor exatidão o *locus* da probidade administrativa em nosso ordenamento jurídico, bem como sua relação com o princípio constitucional da moralidade.

¹⁷ Conferir GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, 3ª Ed.2ªtir, p. 48.

¹⁸ *Ibidem*, p. 47, nota de rodapé nº 91. Nessa nota, os autores apresentam um rol gigantesco de conceituados autores (em número superior a vinte) que possuem esse mesmo entendimento, ressalvadas algumas particularidades.

¹⁹ BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 102-105. O primeiro remete à idéia de relação de gênero e espécie, enquanto o segundo traz a noção de improbidade como imoralidade – qualificada, no entanto, pelo resultado.

Aduz o Professor Juarez Freitas²⁰ que o princípio da probidade administrativa encontra-se intrinsecamente associado ao princípio da moralidade administrativa, representando mais uma especificação do que uma mera qualificação subsidiária daquele. Após discorrer sobre a moralidade e seus reflexos na exigência de uma atuação proba pelos agentes públicos, oferece um conceito para a probidade: o princípio consistiria

na proibição de atos inequivocamente desonestos ou desleais para com o Poder Público, praticados por agentes seus ou terceiros, concretizado por tipificações e mecanismos sancionatórios inscritos na Lei nº 8.429/92, que exigem aplicação cercada das devidas cautelas para não transpor os limites finalísticos traçados pelo próprio princípio.²¹

No mesmo sentido, temos o posicionamento de Marcello Caetano, citado pelo já referido José Afonso da Silva. Vê o autor, na probidade administrativa, a exigência de o funcionário servir a Administração Pública com honestidade, sem se aproveitar dos poderes que detenha ou de facilidades decorrentes de seu cargo para usufruir de benefícios pessoais ou favorecer que terceiro venha a se locupletar em face dessa circunstância.²²

Ressaltam dessa visão traços característicos da probidade que a própria origem do termo já anuncia. *Probus*, palavra de origem latina, remete à idéia de honestidade, ou seja: atuação honesta no desempenho da atividade administrativa estatal. Dessa forma, não estamos falando de qualquer ato meramente irregular, e sim de situações que provocam verdadeiro sentimento de repulsa por parte da

²⁰ Conferir em FREITAS, Juarez. *O princípio jurídico da moralidade e a lei de improbidade administrativa*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 133-144.

²¹ *Ibidem*, p. 142.

²² CAETANO, Marcello *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 669. Interessante notar que os autores costumam referir-se sempre àquela espécie de improbidade que nos causa mais perplexidade, envolta por condutas desonestas ou desleais. No entanto, não seria só de corrupção que consistiria o agir ímprobo: em uma percepção inovadora, Fábio Medina Osório, ao conceituar a improbidade, coloca que “*estamos diante de uma categoria ético-normativa superior que abarca tanto a corrupção (equivalente a uma espécie peculiar de desonestidade funcional extremamente grave) quanto a grave ineficiência funcional*”. Conferir OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade dos Fiscalizadores*, p. 03. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1211290033174218181901.pdf>.

sociedade, instigando o legislador, inclusive, a positivar sanções extremamente severas para o agente que vier a incorrer em improbidade administrativa.²³

Com essas breves linhas, podemos afirmar a estreita relação de descendência existente entre a moralidade administrativa, da forma conceitual em que foi esboçada (moral jurídica), e o princípio da probidade administrativa, cujos anseios de efetivação de uma Administração Pública mais correta (proba) devem ser observados, em face de o comando Constitucional e ainda da legislação infraconstitucional vigente.

1.2 Antecedentes históricos do combate à improbidade administrativa

A fim de que possamos compreender os fins colimados pela Lei de Improbidade Administrativa, faz-se necessário uma breve investigação acerca de suas influências legislativas. Afinal, não foi só a partir do comando normativo²⁴ estabelecido no parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 que se passou a pensar em sancionar de forma adequada àqueles que cometessem atos ímprobos. Nesse sentido,

é aconselhável encetar um rápido retorno aos modelos normativos anteriores, não como resgate conveniente de um suposto passado exemplar, mas como recuperação dos primeiros passos consistentes, no caminho da probidade administrativa.²⁵

Apesar de termos iniciado nosso período republicano há mais de um século, somente a partir de 1957 passamos a ter, em nosso plano infraconstitucional, uma legislação reguladora das punições aos atos de enriquecimento ilícito praticados por agentes públicos, em detrimento da *res publica*: com o advento da Lei nº 3.164/57, denominada Lei Pitombo Godói-Ilha, os bens adquiridos pelo servidor público, por

²³ Estabelecidas no artigo 12 da LIA. Sobre uma possível excessividade na fixação das penas, bem como em sua escolha, Juarez Freitas, no artigo supracitado, faz acertada crítica.

²⁴ “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

²⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 52.

influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, estavam sujeitos a seqüestro e perda em favor da Fazenda Pública.²⁶

Em seqüência, no ano de 1958, tivemos a edição da Lei nº 3.502/58 – Lei Bilac Pinto, que veio para regular o seqüestro e o perdimento de bens nas situações já referidas pela Lei anterior. Inovou ao inserir na categoria de atos que ensejam enriquecimento ilícito diversos atos que seriam alocados na vigente LIA; no entanto, não cogitava das outras espécies de improbidade administrativa existentes, hoje reguladas nos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/92²⁷.

No plano constitucional, no entanto, a preocupação com a previsão de sanção para os considerados crimes de responsabilidade, em virtude de condutas que afrontassem a probidade na Administração, é mais antiga. Nossa primeira Constituição²⁸, jurada pelo Imperador a 25 de março de 1824, apesar de não referir expressamente à “probidade administrativa”, declarava a responsabilidade dos Ministros em casos de peita, suborno, concussão ou por qualquer dissipação dos bens públicos,²⁹ no artigo 133, incisos II e VI.

As Constituições republicanas que se seguiram, no entanto, sempre reservaram um espaço destinado à proteção do patrimônio público, tornando usual a expressão “atentado contra a probidade na administração” ou, mais recentemente, improbidade administrativa: na Constituição de 1891, coube ao artigo 54, § 6º definir como crime político o recém referido atentado contra a probidade na Administração; a Carta de 1934 continuou a tratar a violação da probidade como crime de responsabilidade³⁰; a Constituição outorgada por Getúlio Vargas em 1937, por sua vez, distinguia entre moralidade administrativa e integridade do erário, mas continuava a incluir no plano político as ações caracterizadas sob a rubrica da

²⁶ Conforme BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 24-29.

²⁷ FAZZIO JÚNIOR, *Atos*. 2007, p.53 e seguintes.

²⁸ A fim de que se possa observar a evolução jurídica ocorrida através de nossas Constituições, precipuamente no tocante ao contexto em que se inserem, recomenda-se SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002.

²⁹ BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.19. O autor relembra que o Imperador era considerado irresponsável (artigo 99).

³⁰ No artigo 57, letra f.

improbidade administrativa³¹; na Carta de 1946 tivemos o artigo 89, inciso V, reservado à responsabilidade do Presidente da República por atos que atentassem contra a probidade na Administração; na Constituição de 67, essa previsão ocorria no artigo 84, V, ao passo que na EC 1/69 tais atos, ainda vistos como crimes de responsabilidade, encontravam seu sancionamento no artigo 82, V.³²

A grande mudança veio em 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, nossa Carta Magna atualmente em vigor, e o tratamento que passou a ser dado ao tema da improbidade administrativa. Nela, “a improbidade administrativa foi tratada como ilícito de responsabilidade e ilícito extrapenal, num movimento inovador e despreendido da tradição constitucional”.³³

Diferentemente de nossas Constituições anteriores, que colocavam no plano da responsabilidade a prática de atos violadores da probidade na Administração, a CF de 1988 inovou ao transferir do plano político para o plano administrativo as infrações enquadradas sob a categoria “improbidade administrativa”, fazendo com que sua regulação pela legislação infraconstitucional fosse possível – o que efetivamente ocorreu com a edição da Lei nº 8.429/92, nascida para regulamentar o já aludido comando estabelecido no § 4º do artigo 37 da Carta Magna.³⁴

Realizando uma leitura mais atenta de nossa CF de 1988, notamos que ela mantém a improbidade administrativa como um dos crimes de responsabilidade do Presidente³⁵ da República (inciso V do artigo 85), mas, no Capítulo reservado à Administração Pública (Capítulo VII), artigo 37, § 4º, positiva as sanções referentes

³¹ Conferir o artigo 85, letra d.

³² Conferir GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, 3ª Ed.2ªtir, pp. 173-184.

³³ MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 118.

³⁴ De acordo com FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Editora Atlas, 2007, pp. 57-60.

³⁵ Ver MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, páginas 197 e seguintes. Para o autor, nem o Presidente da República estaria a salvo da incidência da Lei nº 8.429/92.

aos atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível – nunca é demais lembrar.³⁶

Acreditamos que essa mudança de perspectiva, demonstrada com a preocupação de sujeitar os agentes públicos a sanções severas, como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública, faz-se necessária. Comungamos do entendimento esposado por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

Na senda de inúmeros Estados erguidos por sobre sólidos alicerces democráticos, onde os agentes públicos, além de exercerem a atividade finalística inerente à sua posição no organismo estatal, são efetivamente fiscalizados e conseqüentemente responsabilizados por seus desvios comportamentais, teve o Constituinte originário o mérito de prever a necessidade de criação de um microssistema de combate à improbidade.³⁷

Através desse breve panorama histórico, notamos que sempre existiu, com relação ao plano constitucional, preocupação no sentido de classificar como crime (muito embora atrelado ao plano da responsabilidade) os atos que viessem a afrontar a probidade na Administração. Com relação à legislação ordinária, havia preocupação apenas - a partir da década de 50, com a Lei Pitombo Godói - Ilha - com os possíveis casos de enriquecimento ilícito por parte dos servidores públicos, não contemplando as referidas leis editadas nos anos de 1957 e 1958 as outras espécies de atos de improbidade administrativa – atos que causam prejuízo ao Erário ou que violam os princípios da Administração Pública. Por conseguinte, muito embora tenha os seus defeitos (que não são poucos, como veremos – somente a título exemplificativo, citamos a falta de critérios para a adequada dosimetria na aplicação das sanções), a nossa atual Lei de Improbidade Administrativa deve ser saudada como um diploma legal representativo de um novo rumo em nossa sociedade: o do combate à má gestão da coisa pública.

³⁶ Também encontramos previsão constitucional referente às poucas hipóteses em que pode se dar a perda ou a suspensão dos direitos políticos, incluindo, entre elas, os casos de improbidade administrativa: artigo 15, inciso V, CF/88.

³⁷ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, 3ª Ed. 2ª tiragem, p. 192.

1.3 O advento da Lei nº 8.429/92 – a Lei de Improbidade Administrativa

Quando tratamos do surgimento de determinada legislação, acreditamos ser importante destacar alguns aspectos relacionados ao contexto em que se insere a inovação do legislador. Como vivemos em sociedade, tudo aquilo que acontece ao redor nos afeta, em maior ou menor intensidade. Isso é, em tese, óbvio – daí a necessidade de investigarmos o ambiente que provocou a vinda da nova Lei, bem como a *voluntas legislatoris*. Situando-nos no tempo, remetemos ao início da conturbada década de noventa, para analisarmos a concepção da LIA em vigor.

O país viveu, durante um período aproximado de vinte anos, sob o regime de um governo militar. A partir de 1985, teve início a chamada fase da “redemocratização” – fase essa que estamos vivendo e tentando consolidar.³⁸ Dentro desse contexto, é natural que exista muita discussão em torno dos caminhos que devem ser adotados para alcançarmos, quem sabe em um futuro não muito distante, o pleno desenvolvimento econômico e social.³⁹

A Administração Pública e sua gestão, assim, acaba também fazendo parte das discussões que visam tornar o aparelho estatal mais eficiente. Cabe lembrar, inclusive, a edição posterior no ano de 1998 de uma Emenda Constitucional – EC 19/98 – que agregou o princípio da eficiência ao *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Iniciada a “Nova República”, sérias denúncias de corrupção⁴⁰ – que acabaram, como sabemos, provocando a renúncia de Fernando Collor de Mello – realizadas de forma intensa corroboravam a necessidade de um diploma legal que punisse de forma adequada condutas que não estivessem de acordo com os princípios regentes da atuação das pessoas que lidam com o patrimônio público.

³⁸ Conferir o sítio do Senado Federal, <http://www.senado.gov.br/comunica/historia/rep25.htm>.

³⁹ Ver PAIVA, Paulo. *Sobre Ética, Economia e Boa Governança*. Palestra proferida no Terceiro Encontro de Representantes Setoriais da Comissão de Ética Pública. In: Seminário Internacional sobre Ética como Instrumento de Gestão Pública. Brasília, 11 de setembro de 2002. Disponível em www.iadb.org/etica. Afirma o autor: “*Mercado e democracia são as bases sobre as quais estão se edificando as novas sociedades*”.

⁴⁰ Ver o sítio da Presidência da República, www.presidencia.gov.br, acessando o link “Informações Históricas”.

Ironicamente, coube ao próprio ex-presidente – eleito inicialmente para um mandato de quatro anos – sancionar a Lei nº 8.429, aos dois dias do mês de junho de 1992.

Diante desse quadro, podemos notar que muitas vezes os objetivos almejados pelas políticas governamentais, permeadas por valores necessários a fim de que seja aumentado o bem estar de todos sem comprometer o bem estar das gerações futuras, acabam não se tornando realidade devido a atos de improbidade administrativa realizados por pessoas que, infelizmente, buscam locupletar-se ilicitamente, causando prejuízos que serão suportados, ao cabo, pela coletividade.

Para investigarmos o que motivou o legislador a editar a LIA naquele período, é interessante a leitura da Exposição de Motivos que acompanhou o anteprojeto de Lei. Seu berço foi o Poder Executivo Federal, através de seu Ministério da Justiça.⁴¹ Precipuamente, a LIA veio para dar execução ao comando constitucional estabelecido no § 4º do artigo 37. Além disso, exibem-se claramente os seus objetivos: nas exatas palavras utilizadas pelo Ministro da Justiça à época, o texto legal veio para combater *“uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País... a prática desenfreada e impune de atos de corrupção”*.⁴²

Diante desse contexto, poderíamos pensar que a tramitação legislativa do PL nº 1.446/91 não enfrentaria maiores problemas; mas não foi o que ocorreu. O processo legislativo foi extremamente conturbado – iniciou na Câmara Federal, onde o referido PL foi aprovado. Da sua leitura, constatamos que havia previsão de punição apenas aos atos de improbidade que importassem enriquecimento ilícito. Além disso, um problema até hoje enfrentado pela jurisprudência já aparece: a falta de critérios para a dosimetria das penas. Apenas a título exemplificativo, o PL trazia somente um prazo máximo para a pena de suspensão dos direitos políticos (até dez anos); entretanto, não indicava os elementos que deveriam ser levados em conta pelo Magistrado para estabelecer o prazo adequado ao caso concreto.

⁴¹ Exposição de Motivos nº EM.GM/SAA/0388, de 14 de agosto de 1991 – Projeto de Lei nº 1.446 – Ministério da Justiça.

⁴² Ibidem, no quarto parágrafo da referida Exposição. Conferir também em MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Após, o projeto foi encaminhado ao Senado Federal (Casa Revisora), que aprovou um Substitutivo ao Projeto original. A Casa Iniciadora (Câmara dos Deputados), então, submeteu este Substitutivo a modificações substanciais, aprovando-o e remetendo-o à sanção do Presidente da República, sem tê-lo devolvido ao Senado. Segundo uma parcela da doutrina, teria havido afronta ao que se encontra disposto nos artigos 65 e seguintes da Carta Magna⁴³ - dispositivos reguladores do processo legislativo no Congresso Nacional.⁴⁴ Assim, estaria a LIA eivada pela mácula da inconstitucionalidade formal.

No entanto, entendeu o Supremo Tribunal Federal⁴⁵ pela rejeição dessa argüição de inconstitucionalidade. Nas palavras do Ministro Relator, Maurício Corrêa:

Se o Senado Federal apresentou emenda substitutiva ao projeto originário da Câmara dos Deputados, **não o rejeitou. Apenas o alterou.** Voltando à Câmara, foi o substitutivo rejeitado, mantida a redação originária, com os destaques da proposição substitutiva, que foram devidamente analisados pelas Comissões Técnicas respectivas. Cumprido dessa forma o iter procedimental, o projeto subiu à sanção. Não há qualquer ofensa ao art. 65 do Texto Fundamental. Completado o ciclo de elaboração legislativa na Câmara Iniciadora (Câmara dos Deputados), não poderia mesmo o projeto voltar à Câmara Revisora (Senado Federal). (grifo nosso)

Restou, portanto, consubstanciado o entendimento de que a aprovação de uma Emenda Substitutiva, pelo Senado Federal, apenas alterou o projeto original – não teria rejeitado-o em sua totalidade. Nesse ínterim, quando a Casa Iniciadora (Câmara dos Deputados) não aceita o Substitutivo, mantendo a redação originária com as alterações da proposição substitutiva, não haveria necessidade de enviar novamente o Texto legal ao Senado, uma vez que já *“cumprida a plena realização do processo legislativo, com a manifestação de vontade das duas Casas do Congresso Nacional”*.⁴⁶

⁴³ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p.61.

⁴⁴ Sobre o processo legislativo e suas nuances, convém lembrar a obra de MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 19ª ed., 2006, pp 578-633.

⁴⁵ STF – ADIn 2.182-6 – Relator Ministro Maurício Corrêa – J. 31-5-2000.

⁴⁶ *Ibidem*. Voto do Relator.

Outras inúmeras polêmicas foram e continuam sendo geradas pela LIA; algumas delas, as que consideramos mais relevantes para a confecção desta monografia, serão abordadas no decorrer de nossos trabalhos. Mas um passo importante em direção a uma maior preocupação com o patrimônio público foi dado. Apesar das críticas, já passam mais de 16 (dezesesseis anos) do advento da Lei nº 8.429/92. Contamos assim, com um forte instrumento de combate à improbidade na seara administrativa. Dadas as imperfeições da referida Lei⁴⁷, a doutrina passou a se debruçar em torno das questões – digam-se de passagem, muito tormentosas – relativas aos atos de improbidade e sua configuração, além de outras polêmicas relacionadas ao tema, cabendo, também, um papel decisivo na efetivação e aplicação da LIA pela jurisprudência, obviamente.

⁴⁷ Conferir crítica em Barboza, Márcia Noll. *O princípio da moralidade administrativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 134.

2. DAS ESPÉCIES DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 Da natureza do ato de improbidade e de seus sujeitos ativos e passivos

Antes de analisarmos as espécies de atos de improbidade positivadas pelo legislador, cabe-nos comentar a respeito da natureza dos atos classificados sob a rubrica da improbidade, bem como quais seriam os possíveis sujeitos realizadores das condutas e as pessoas jurídicas que sofreriam as conseqüências de tais ações.

Quanto à primeira questão, entendemos que os atos de improbidade apresentam natureza civil e possuem necessidade de tipificação em lei federal – o que veio a ocorrer com a edição da Lei nº 8.429/92. A Constituição Federal é clara no tocante à consagração da independência entre as esferas de responsabilidade civil e penal, uma vez que fez uso da ressalva “*sem prejuízo da ação penal cabível*”, no § 4º do artigo 37. E essa possibilidade de responsabilização por atos de improbidade, consoante o dispositivo Constitucional, somente pôde ser realizada mediante a prévia previsão legal de quais modelos de condutas seriam consideradas ímprobas – pois, do contrário, teríamos ofensa aos princípios da reserva legal e anterioridade.⁴⁸

Di Pietro⁴⁹, por sua vez, adota outro critério para poder afirmar uma natureza civil e, ao mesmo tempo, política, para os atos de improbidade administrativa. Analisando as diversas sanções previstas na Carta Magna, e considerando-as de natureza política (suspensão dos direitos políticos) e civil (ressarcimento dos danos causados ao erário), crê a autora na caracterização da improbidade administrativa como um “*ilícito de natureza civil e política*”. Saliente-se, no entanto, que um mesmo ato pode configurar improbidade e gerar conseqüências nas esferas penal (caso também seja considerado delito) e administrativa (instalação do respectivo processo administrativo, quando for o caso).

⁴⁸ De acordo com MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 334-339. Aponta o autor que, no mesmo sentido, considerando possuir os atos de improbidade natureza civil, aparecem José Afonso da Silva, Gianpaolo Smanio, Cláudio Ari Mello, dentre outros.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007, 20ª edição, pp. 750 e 751.

Cabe lembrar, ainda, que quando falamos em “ato de improbidade” não estamos remetendo ao conceito de “ato administrativo”.⁵⁰ Aquele vocábulo pode vir a ser configurado em qualquer ação ou omissão que se enquadre nas modalidades legais de improbidade; sendo assim, entende-se que optou o legislador por uma designação genérica, relativas a condutas e omissões que, não necessariamente, conformar-se-ão também à formulação adotada tecnicamente para os atos administrativos. Essas condutas estão adequadamente tipificadas nos *caput* dos artigos 9º, 10 e 11 da LIA, bastando que o ato seja enquadrado na prescrição ali contida para ser possível sua sanção pela prática de improbidade, uma vez que os inúmeros incisos referidos nos dispositivos elencam um rol exemplificativo de atos, e não taxativo, como se depreende da expressão usada ao final de cada *caput* (“*notadamente*”).⁵¹

No que diz respeito aos sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, estabeleceu-se uma discussão ferrenha, tanto em doutrina como em jurisprudência, acerca, precipuamente, do conceito de “agente público” utilizado pelo artigo 2º da LIA, transcrito *in verbis*:

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.

Como podemos apreender da leitura da norma, o conceito de “agente público” adotado foi o mais amplo possível, buscando envolver qualquer pessoa que possua alguma relação com a coisa pública. Para melhor delinear o tema, valemo-nos da lição do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, que parece, à nossa visão particular, ter inspirado o legislador na confecção do referido artigo 2º: a expressão “agentes públicos” seria “*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*”

⁵⁰ Adotamos, com relação ao ato administrativo, o conceito estabelecido por Regis Fernandes de Oliveira, que entende ser o ato uma “*declaração unilateral do Estado, ou de quem faça suas vezes, no exercício da função administrativa, que produza efeitos jurídicos*”. Ver em OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*. São Paulo, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.70.

⁵¹ Di Pietro, *Direito Administrativo...* p. 759.

ocasional ou episodicamente".⁵² A lição que nos passa o autor é clara: na concepção de agente público, enquadra-se quem serve ao Estado, mesmo que o faça temporariamente.

Prosseguindo em seus ensinamentos, apresentamos a esquematização sugerida pelo autor. Dentro do gênero "agentes públicos" – noção essa que seria suficiente para abranger todos os sujeitos apontados na LIA, saliente-se -, haveria três espécies, que se subdividem em outras tantas: a) agentes políticos; b) servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado; e c) particulares em atuação colaboradora com o Poder Público.⁵³

Os agentes políticos representam os titulares dos cargos estruturais da organização política do país – Presidente da República, Governadores, Prefeitos, Ministros e Secretários, além dos nossos representantes no Poder Legislativo. Na segunda categoria, em síntese, todos aqueles que possuem relação de trabalho de natureza profissional e não eventual com o Estado e suas entidades – servidores públicos e empregados das pessoas jurídicas de direito privado instituídas pelo Poder Público. Na terceira espécie, por sua vez, particulares que exercem alguma função pública, ainda que eventualmente, sem perder aquela qualidade – como os mesários nas Eleições e as pessoas titulares de serventias da Justiça não oficializadas (Notários).

Importantíssima a classificação exposta, e por isso transcrita, pelo renomado administrativista. Dela, denotamos que sob a classificação "agente público" podem ser enquadrados os mais variados indivíduos, desde alguém que ocupe um cargo público no mais alto escalão da República, até um cidadão que venha a exercer função de mesário em dia de eleições. Pensamos, por conseguinte, que foi exatamente essa a intenção do legislador ao positivar um conceito amplíssimo de agente público: estender ao máximo número possível de pessoas a abrangência da

⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 226.

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, *Curso...* pp. 226-232.

LIA. Reforça essa afirmação o disposto no artigo 1º: “Os atos de improbidade praticados por **qualquer agente público, servidor ou não...**”.

No entanto, infelizmente, com a publicação de acórdão em 18 de abril do corrente ano, o Supremo Tribunal Federal (STF), por seis votos a cinco, entendeu pela inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos.⁵⁴ Destoando do espírito da LIA e de toda uma doutrina construída em face da necessidade de impormos uma cultura de honestidade no trato da coisa pública em nosso país, uma vez que este sempre foi avassalado pela corrupção⁵⁵, a mais alta Corte jurisdicional brasileira restringiu o âmbito de incidência da Lei de Improbidade. De excerto do que restou ementado, sentenciou a Corte que:

II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. 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 nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de

⁵⁴ STF – Julgamento da Reclamação 2.138 – DF, Relator Ministro Nelson Jobim. DJ 18.04.2008.

⁵⁵ Pedimos licença para transcrever dados colhidos por Fábio Medina Osório, evidenciados na nota de número 7, no artigo já referido (*Improbidade dos Fiscalizadores*). Apesar de extensa, vale a sua leitura, uma vez que demonstra o quão insistente ainda é a cultura da corrupção em solo brasileiro. Aduz que “De acordo com informações da ONG FOCCO (Fórum Paraibano de Combate à Corrupção) – que tem suas atividades encabeçadas pelo Ministério Público Federal, Ministério Público Estadual, Tribunal de Contas da União, Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, Controladoria Geral da União, Controladoria Geral do Estado, Receita Federal, Advocacia Geral da União, Ordem dos Advogados do Brasil (seccional Paraíba) e Arquidiocese da Paraíba - a economia brasileira perde, com a corrupção, todos os anos, algo em torno de 3 a 5% do Produto Interno Bruto (PIB), que equivale anualmente, em média, a cerca de 76 bilhões de reais, considerando os dados do IBGE sobre o PIB brasileiro em 2005. Ainda, conforme estudo feito pelo coordenador da Escola de Economia de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Marcos Fernandes, a perda de produtividade provocada por fraudes públicas no Brasil atinge a casa de US\$ 3,5 bilhões por ano. Fernandes destaca que em apenas dois escândalos — o superfaturamento do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) de São Paulo pelo juiz Nicolau dos Santos Neto e o dos sanguessugas — a população perdeu cerca de US\$ 150 milhões. Com esse dinheiro seria possível construir 200 mil casas populares e abrigar 800 mil pessoas. O resultado dos desvios pôde ser verificado no Índice de Competitividade Global 2006-2007 do Fórum Econômico Mundial, que mostrou que o Brasil caiu nove posições no ranking internacional, de 57ª para 66ª colocação, ficando abaixo dos demais países que formam o chamado Bric (Brasil, Rússia, Índia e China). No mesmo sentido, pesquisas apontam que municípios brasileiros de menos de 450 mil habitantes - 92% do total - desviam para a corrupção em média 10% das verbas federais que recebem. Esta é a proporção indicada por um trabalho dos economistas Cláudio Ferraz, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), e Frederico Fenan, da Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA). De acordo com outra pesquisa, do Instituto Econômico Suíço, o Brasil deixa de gerar R\$ 1,5 bilhão por ano por causa da corrupção”.

responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição.

II.3.Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

Essa decisão inédita proferida pelo Guardião da Constituição vai de encontro ao que sempre prescreveu a doutrina em matéria de improbidade administrativa, o que nos causa estranheza – a vigorar tal entendimento, não só Ministros de Estado, mas Prefeitos, Governadores, e outros mais não poderão ser considerados sujeitos ativos de atos de improbidade administrativa, pois seu regime de responsabilidade seria o estabelecido pela Lei nº 1.079/50, que trata dos crimes de responsabilidade e de seu processo de julgamento.

Antes mesmo do julgamento final, a doutrina pátria já manifestava intensa preocupação com a inclinação de Ministros que apresentavam posições favoráveis à exclusão dos agentes políticos do âmbito de incidência da Lei nº 8.429/92. Atentando para a problemática, o costumeiramente citado Emerson Garcia, ainda em 2005, apontava de forma ruidosa que

Entender que ao Legislativo é defeso atribuir conseqüências criminais, cíveis, políticas ou administrativas a um mesmo fato, inclusive com identidade de tipologia, é algo novo na ciência jurídica. Se o Constituinte não impôs tal vedação, será legítimo ao pseudo-intérprete impô-la? É defeso que o agente público responda por seus atos em diferentes esferas, todas previamente definidas e individualizadas pelo Legislador? Como é fácil perceber, é por demais difícil sustentar que uma resposta positiva a esses questionamentos possa ser amparada pela Constituição, pela moral ou pela razão.⁵⁶

⁵⁶ GARCIA, Emerson. *Sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa: reflexões*. In: *Improbidade Administrativa: responsabilidade social na prevenção e controle*. Vitória: 2005, p. 105. Ministério Público do Estado do Espírito Santo; Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Profissional – Coleção Do Averso ao Direito. Sobre o teor da Reclamação 2.138, o autor brinda-nos com uma declaração inusitada: “Essa reclamação buscava desconstituir os efeitos do acórdão de Tribunal Regional Federal que, confirmando decisão do juízo singular, condenou Ministros de Estado nas sanções da Lei de Improbidade por terem utilizado aviões da FAB para desfrutar momentos de lazer em Fernando de Noronha. Esse julgamento foi televisionado, ao vivo, pela TV Justiça. Em seu voto, dentre outras preciosidades, afirmou o Ministro Nelson Jobim que não havia o mínimo problema em um agente público utilizar o avião da FAB para o seu lazer pessoal, pois o desgaste do avião seria o mesmo no céu ou na terra(!?).” Instigador.

Mas foi o que de fato aconteceu. Como já referido, o STF julgou que os Ministros de Estado, dada sua inserção na categoria dos “agentes políticos”, não podem ser sancionados pela Lei de Improbidade Administrativa. Não devemos, no entanto, esquecer a parte final do § 4º do artigo 37 da Constituição Federal: “*sem prejuízo da ação penal cabível*”. Objetivamente: a expressão demonstra que existe previsão da possibilidade de uma mesma ação praticada pelo agente público tipificar tanto ato de improbidade como crime de responsabilidade.⁵⁷

Preocupa-nos, ainda, o fato de que o enriquecimento no exercício da função, tipificado pelo artigo 9º, VII, da LIA, não se encontra previsto na Lei que define os crimes de responsabilidade – assim, como poder-se-ia admitir a inaplicabilidade dessa norma ao agente político cuja evolução patrimonial seja altamente desproporcional a sua renda?⁵⁸ Cabe lembrar, também, o temor do Ministro Carlos Velloso, voto vencido na Reclamação em destaque, de que a exclusão desses agentes do campo de abrangência da LIA funcionaria como um “*estímulo à corrupção*”⁵⁹ – temor esse do qual compartilhamos.

No mesmo sentido esboçado até o presente momento, Mateus Bertoncini relembra-nos que não existe exceção que autorize o intérprete a fazer concessões aos agentes políticos, sendo que a interpretação constitucional da Lei nº 8.429/92 autorizaria a independência da persecução judicial dos atos de improbidade – pois entender de forma contrária importaria na sujeição da instância judicial à política.⁶⁰ Partilhando desse entendimento, Fábio Medina Osório afirma que “*equiparar, para os agentes políticos, improbidade a crime de responsabilidade, tornando-os imunes à LGIA, traduziria vulneração ao princípio de independência das instâncias*”, não se podendo “*transformar em um ilícito penal o que se considera não-penal na Constituição*”.⁶¹

⁵⁷ Conferir PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal*. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 355-358.

⁵⁸ Preceitua o referido inciso: “*adquirir, para si ou para outrem, no exercício do mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou renda do agente público*”. (art. 9º, VII, LIA).

⁵⁹ VELLOSO, Carlos *apud* PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral*... p. 357.

⁶⁰ BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 254-261.

⁶¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 2007, p. 246.

Mas não é só na doutrina que se encontram dificuldades para aderir à posição estabelecida pelo Supremo. Na jurisprudência grassa divergência quanto à decisão prolatada na Reclamação 2.138 ser vinculante – operando, assim, *erga omnes* – ou ter eficácia apenas *inter partes*. Em nosso Tribunal de Justiça também não há, ainda, consenso sobre esse ponto.⁶²

No sentido da inaplicabilidade aos agentes políticos da Lei de Improbidade, já se pronunciou a Vigésima Primeira Câmara Cível de nosso Tribunal. No julgamento da Apelação Cível nº 70018161364, exemplificativamente, manifestou-se assim a Colenda Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL PARA EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. INCOMPETÊNCIA DESTE JUÍZO PARA O EXAME DE ATO DE IMPROBIDADE DE QUE É ACUSADO AGENTE PÓLÍTICO, NO EXERCÍCIO DO MANDATO.

I - Os agentes políticos não respondem por ato de improbidade previsto na Lei n.º 8.429/92, sendo passíveis de responsabilização pelo crime previsto no Decreto-lei n.º 201/67, perante o Tribunal de Justiça, em razão de foro privilegiado. Preliminar acolhida.

II - Ilegalidade da contratação para o exercício de funções burocráticas ordinárias e permanentes, sem concurso público prévio. Precedentes do STF. Nulidade do contrato. Dever de indenizar o patrimônio público pelos prejuízos causados.

Preliminar acolhida e apelação de Naldo Wiegert provida, por maioria.

Apelação da Cooperativa desprovida, à unanimidade.⁶³

Em sentido contrário, a Quarta Câmara Cível do TJ/RS decidiu:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AGENTE POLÍTICO NO PÓLO PASSIVO - POSSIBILIDADE - A LEI Nº 8.429/92 É A QUE DEVE SER APLICADA AOS AGENTES POLÍTICOS QUE PRATIQUEM ATOS DE IMPROBIDADE - CASO DE DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA QUE DECIDIU PELA CARÊNCIA DE AÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR À ESPÉCIE O DISPOSTO NO § 3º DO ART. 515 DO CPC, POIS NÃO SE TRATA DE MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO,

⁶² Conferir em Tribunal de Justiça/RS, julgamento de Agravo Interno nº 70024077513, Rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro. Em 08/05/2008. No acórdão resultante, a Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza apresenta a divergência exposta no TJ/RS entre a 21ª e a 4ª Câmaras Cíveis, da qual nos valem.

⁶³ Tribunal de Justiça/RS. Apelação Cível nº 70018161364, 21ª Câmara Cível, Rel. Des. Marco Aurélio Heinz, julgado em 03 de outubro de 2007. No mesmo sentido, julgado da mesma Câmara, Rel. Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro, Agravo de Instrumento nº 70020839890, julgado em 06.08.2007.

HAVENDO NECESSIDADE DA COLETA DE PROVA, OBSERVADO O CONTRADITÓRIO E O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. Sentença desconstituída. Apelo provido.⁶⁴

As decisões da Quarta Câmara apóiam-se em precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que acredita não ser a Reclamação uma hipótese de ação que gere efeitos *erga omnes*, daí a desnecessidade de os juízos seguirem, de forma obrigatória, a orientação nela veiculada. Assim, transcreve-se excerto da ementa de decisão⁶⁵ do STJ que clarifica a situação:

A reclamação não integra o rol das ações constitucionais destinadas a realizar o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos. É medida processual que somente opera efeitos inter partes, não ostentando efeito geral vinculante. **Se o futuro provimento jurisdicional a ser proferido pelo Supremo na Reclamação n.º 2.138-6/DF não vincula o juízo da ação de improbidade**, não há razão para suspender o processo por esse fundamento. (grifo nosso).

Baseando-se nessa orientação, acreditamos ser ainda possível a aplicação da LIA aos agentes políticos – situação, aliás, que vem ocorrendo, como depreendemos do julgamento do Agravo Interno nº 70024077513 no Tribunal de Justiça de nosso Estado, já referido em nota supra.

Os atos de improbidade também podem ser cometidos por terceiro que não se enquadre na categoria dos “agentes públicos” – é o que ficou positivado no artigo 3º da LIA.⁶⁶ Assim, qualquer pessoa que, mesmo não sendo agente público, venha a se beneficiar de ato de improbidade administrativa também poderá sofrer as sanções previstas.

⁶⁴ Tribunal de Justiça/RS. Apelação Cível nº 70020324141, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. João Carlos Branco Cardoso, julgado em 12 de dezembro de 2007. No mesmo sentido, julgado da mesma Câmara, Apelação Cível nº 70020324141, Rel. Des. João Carlos Branco Cardoso, também julgado em 12 de dezembro de 2007.

⁶⁵ STJ - AgRg no REsp 977454 / RO; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL; Relator Ministro JOSÉ DELGADO; Órgão Julgador - PRIMEIRA TURMA; Data da Publicação/Fonte DJ 12.11.2007, p. 198.

⁶⁶ 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. (LIA).

Pazzaglini Filho⁶⁷ relembra-nos que a experiência do cotidiano ensinou que quase sempre há um terceiro envolvido, geralmente pessoa não ligada diretamente à Administração Pública, que concorre ou até se beneficia junto com o agente público envolvido. Alerta o autor que “*suborno direto ou indireto e favorecimento predominam nesta área, em que, sobretudo nos casos que envolvem grandes valores, dificilmente o agente público atua isoladamente*”.⁶⁸ Dessa forma, busca-se punir toda a cadeia envolvida na dilapidação do patrimônio público, coibindo-se a prática de atos de improbidade com a inclusão de terceiro que colabore na consecução desses atos.

Quantos aos sujeitos passivos da relação ímproba, já no seu artigo 1º e respectivo parágrafo único a LIA estabeleceu quem seriam as pessoas jurídicas passíveis de sofrerem atos de improbidade.⁶⁹ Nota-se que, no rol extenso positivado, incluem-se até mesmo entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com *menos* de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual. Vale dizer, então, apesar do uso da palavra “entidade”, que estamos diante de uma entidade privada, não inserida entre as que compõem a Administração Direta, Indireta ou Fundacional. No entanto, nesses casos, a sanção patrimonial resta limitada à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos – comprovando que a LIA objetiva perseguir a honesta aplicação dos recursos públicos, onde estiverem.⁷⁰ Consoante a boa doutrina, onde houver dinheiros públicos, poderá incidir a Lei de Improbidade Administrativa.⁷¹

⁶⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino, ELIAS ROSA, Márcio Fernando e FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1997, pp. 44-47.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 47.

⁶⁹ Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. (LIA).

⁷⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino, ELIAS ROSA, Márcio Fernando e FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1997, pp. 43 e 44. No mesmo sentido, BERTONCICI, *Ato de Improbidade Administrativa...* p. 257.

⁷¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 2007, p. 201.

2.2 Dos atos de improbidade administrativa

Optou o legislador pela positivação de três espécies de atos de improbidade: atos que importam em enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao Erário ou que atentam contra os princípios regentes da Administração Pública. Como já havíamos explanado quando do relatório histórico acerca da punição aos atos em comento, na primeira modalidade – artigo 9º da LIA – restou a espécie de ato de improbidade que já era combatida pela legislação anterior: Leis Pitombo Godói - Ilha e Bilac Pinto.⁷²

Nas duas outras espécies positivadas nos artigos 10 e 11 da LIA aparecem atos de improbidade administrativa que, a nosso ver, há muito já deveriam estar coibidos em legislação. Nos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, surge a possibilidade de punição pela culpa do sujeito ativo – diferentemente das modalidades dos artigos 9º e 11, onde a presença do dolo faz-se necessária.⁷³ Segundo Di Pietro⁷⁴, *“mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto”*. Reforça-se, assim, a idéia de que se faz necessária a presença de um agir minimamente desonesto, não bastando a mera ilegalidade.

Uma vez que vigorou uma certa atecnia na confecção da LIA⁷⁵, doutrina e jurisprudência tem se esmerado, na teoria e na prática, para lidar com as condutas

⁷² Conferir no tópico 1.1 da primeira parte de nosso trabalho.

⁷³ Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ): “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E LEGALIDADE. CONDUTA DOLOSA. TIPICIDADE DO NO ART. 11 DA LEI N. 8.429/92.

1. O tipo previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/92 é informado pela conduta e pelo elemento subjetivo substanciado no dolo do agente.

2. É insuficiente a mera demonstração do vínculo causal objetivo entre a conduta do agente e o resultado lesivo, quando a lei não contempla hipótese da responsabilidade objetiva.

3. Recurso especial provido.” STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 626.034 - RS (2004/0015832-1) Rel. Min. João Otávio Noronha, 2ª Turma, DJ. 05/06/2008.

E também: “RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa.” STJ – RECURSO ESPECIAL Nº 897.499 – SP (2006/0156333-8) Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, DJ. 20/04/2007.

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007, 20ª edição, p. 762.

⁷⁵ A doutrina é uníssona no sentido de criticar o texto legal, seja pela sua redação ou pelas lacunas, em que estão inseridas as espécies de atos de improbidade administrativa. Apenas a título

do cotidiano que se enquadram sob a chancela da improbidade administrativa e a cominação das respectivas sanções, ou seja: buscam clarificar as ações ou omissões referidas nos *caput* dos artigos supramencionados. E é sobre isso que tentaremos discorrer ao analisar as espécies de improbidade administrativa.

2.2.1 Dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito

A LIA estatuiu em seu artigo 9º a definição dos atos de improbidade administrativa que ensejam o enriquecimento ilícito por parte do agente público. Como já adiantado quando falamos da natureza do ato de improbidade, basta que o ato seja enquadrado na tipificação existente no *caput* do artigo, uma vez que os doze incisos que seguem constituem um rol meramente exemplificativo da conduta descrita. Portanto, aduz nosso diploma legal que:

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:

Desde já, podemos identificar com clareza o núcleo desse artigo, onde se insere a discussão doutrinária e o desafio jurisprudencial diante do caso concreto: o que seria uma “vantagem patrimonial indevida” e a comprovação de que tenha ocorrido devido ao exercício de alguma atividade nas entidades que compõem a lista dos sujeitos passíveis de sofrerem atos de improbidade.

Conforme assevera o renomado Wallace Paiva Martins Junior⁷⁶, torna-se indiferente que a vantagem econômica indevida, fruto do enriquecimento ilícito, venha a ser obtida por uma prestação positiva ou negativa, de forma direta ou indireta. Bastaria ao agente incorporar ao seu patrimônio quaisquer valores, bens,

exemplificativo, pode-se comprovar em FREITAS, Juarez. *O princípio jurídico da moralidade e a lei de improbidade administrativa*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 150 e 151.

⁷⁶ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Enriquecimento Ilícito de agentes públicos – evolução patrimonial desproporcional à renda ou patrimônio – Lei Federal 8.429/92*. Revista dos Tribunais/Fasc. Civ. , Ano 87, v. 755, set. 1998, p.94 – 112.

ou direitos obtidos indevidamente, ou seja, aos quais o agente público não faz jus, contrariando, assim, a moralidade administrativa.

Não podemos deixar de notar que o enriquecimento ilícito constitui a mais grave das espécies de improbidade administrativa – envolve aquilo que boa parte da doutrina passou a denominar de “tráfico da função pública”, sendo necessária para o seu aperfeiçoamento a concorrência de três requisitos básicos: a obtenção de vantagem patrimonial pelo agente público; que tal vantagem não tenha causa lícita; e que haja nexos etiológico entre o exercício funcional nas entidades mencionadas nos artigos 1º da LIA e a vantagem patrimonial indevida.⁷⁷

Urge em nossa sociedade que aqueles que lidam com a coisa pública tenham condutas honestas em seu agir – é o mínimo que esperamos. A sociedade brasileira, em tempos de consolidação de sua democracia e de tentativa de se afirmar no mercado mundial como potência em termos econômicos, não pode deixar que péssimos hábitos culturais⁷⁸ venham a obstaculizar o desenvolvimento social-político. Nesse exato sentido, valemo-nos novamente das palavras de Martins Junior, ao sentenciar que

a punição do enriquecimento ilícito é coerente com os princípios jurídicos e éticos que presidem a atividade administrativa e o exercício da função pública, que não toleram servir-se o agente público do seu cargo para obtenção de vantagens econômicas ilícitas, e que por essas razões enriquece-se, incorporando ao seu patrimônio bens, direitos ou valores que não adquiriria se não exercesse aquela função pública. Combate-se o enriquecimento sem título lícito, que nunca terá a proteção jurídica – sequer do ato jurídico perfeito ou do direito adquirido – porque direitos não se adquirem contra a lei.⁷⁹

⁷⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino, ELIAS ROSA, Márcio Fernando e FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1997, pp. 57-60. Para os autores, “*indevida é a vantagem patrimonial não autorizada por lei*” (p. 58).

⁷⁸ Estamos aqui claramente referindo-nos à corrupção, que em última análise teria como causa o choque entre o interesse público e o privado, segundo BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade...* p. 32. Aduz ainda o administrativista paranaense que “os agentes públicos, de longa data, em especial os **detentores de poder político**, em considerável medida, ao assumirem suas funções *passam a fazer da coisa pública e do Estado coisa própria, espaço **privado**, de uso **pessoal***” (p. 30). Grifei.

⁷⁹ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Enriquecimento ilícito...* p. 98.

Auxiliando-nos na elucidação da referida vantagem econômica indevida, Waldo Fazzio Junior busca conceituar a conduta de recebimento dessa vantagem. Afirma que “*receber vantagem patrimonial indevida é auferir qualquer modalidade de prestação, positiva ou negativa, comissiva ou omissiva, direta ou indireta, não respaldada em lei ou por ela reprovada*”⁸⁰ – conceito esse que se coaduna com o entendimento já exposto por Pazzaglini Filho. É de se ressaltar que na espécie em comento de ato de improbidade administrativa não se faz necessária a efetiva ocorrência de dano econômico ao Erário. Pode, o agente público, vir a enriquecer-se apenas vendendo favores legais.⁸¹

É a hipótese estabelecida no inciso I do artigo 9º da LIA, por exemplo. Apesar de associar o recebimento da vantagem indevida a uma conduta específica do agente, não há exigência legal de implementação da referida conduta – contenta-se somente com a efetiva comprovação do fim visado com aquele recebimento. Assim, basta a mera potencialidade de que o agente público aja em benefício de outrem, sendo desnecessária a concretização da conduta.⁸²

Da leitura dos incisos que demonstram doze hipóteses⁸³ que se adéquam ao *caput* do artigo 9º, podemos inferir a existência de dois grupos distintos de enriquecimento ilícito: os incisos IV, VII, XI e XII representariam casos de enriquecimento ilícito direto, enquanto os incisos I, II, III, V, VI, VIII, IX e X envolveriam casos de enriquecimento ilícito indireto. No primeiro grupo⁸⁴, a relação ímproba revela-se pelos verbos *usar, utilizar, adquirir e incorporar*. Nessas ações, o agente ímprobo desfruta pessoalmente do patrimônio público, causando também prejuízo ao erário. No segundo grupo⁸⁵, por sua vez, os verbos típicos são *perceber,*

⁸⁰ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 92.

⁸¹ BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92*. São Paulo: RT, 2007, p. 223.

⁸² GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, 3ª Ed.2ªtir, p. 253.

⁸³ Conferir a lista integral no Anexo.

⁸⁴ A título exemplificativo: “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;”.

⁸⁵ Exemplificativamente: “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,

aceitar e receber – denotando que a vantagem auferida pelo *improbis* não possui origem no Erário, pois é alcançada por um terceiro, alguém de fora. Assim, neste último grupo, o agente público acaba por receber vantagem de outrem para atuar contra a Administração Pública.⁸⁶

Exemplificativamente, tenhamos como base de análise o inciso VII do artigo em destaque: *“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”*.

Aqui temos a censura ao comportamento do agente que acaba por aumentar seu patrimônio, enriquecendo-se, de forma totalmente incompatível aos seus proventos, a sua renda. *In casu*, o enriquecimento é ilícito porque *“tendo o agente público fonte exclusiva de rendimentos – os vencimentos de seu cargo – tudo aquilo que não vem dessa origem (ou de alguma outra origem lícita, como herança), é fruto de vantagem econômica indevida”*.⁸⁷

Infelizmente, é a hipótese de enriquecimento ilícito que ocorre com maior frequência na seara estatal. Constatase que o agente público, apesar da simplicidade de seus rendimentos ou de outros ganhos seus – como a já mencionada herança – apresenta invejável riqueza, incompatível com a evolução de sua renda ou patrimônio.⁸⁸ Atentando para a importância desse dispositivo, Martins Junior⁸⁹ chega a afirmar que

A grande vantagem do art. 9º, VII, é que ele é norma residual para punição do enriquecimento ilícito no exercício de função pública. De fato, senão se prova a prática, ou a abstenção, de qualquer ato de ofício do agente público que enriqueceu ilicitamente, satisfaz o ideário de repressão à imoralidade administrativa provar-se que seu patrimônio tem origem inidônea, incompatível, desproporcional,

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;”.

⁸⁶ Divisão elaborada com base em FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Editora Atlas, 2007, pp. 94 – 117.

⁸⁷ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Enriquecimento Ilícito...* p. 104.

⁸⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino, ELIAS ROSA, Márcio Fernando e FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1997, pp. 64-67.

⁸⁹ MARTINS JUNIOR, *ibidem*, p. 106.

sendo manifestamente insólito à normalidade da evolução de sua riqueza e absolutamente incongruente com a sua disponibilidade financeira [...].

Vejamos, agora, como se apresentam em realidade os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, mediante a análise de três julgados ocorridos em nosso Tribunal de Justiça. Justifica-se a escolha de um Tribunal de Justiça por representar, na Justiça Estadual, o limite hierárquico de discussão de matéria fática - e a escolha recaiu sobre o TJ do Estado do Rio Grande do Sul para que possamos ter um breve panorama da realidade local em termos de improbidade administrativa.

No primeiro caso, trata-se de julgamento em sede de apelação cível de uma prática – infelizmente – disseminada não só em nosso Estado, mas também por todo país, como salientou o Eminentíssimo Relator e pudemos verificar em muitos outros casos semelhantes, com os mesmos réus, quando da realização de pesquisa jurisprudencial. É o julgamento da AC nº 70022812580, de Relatoria do Desembargador Henrique Osvaldo Poeta Roenick.⁹⁰

Importante escritório de advocacia, com sede em São Paulo, Capital, mas com forte atuação em todo o País, através de seus representantes regionais tinha como costume “gratificar” os Oficiais de Justiça gaúchos com quantia geralmente estabelecida de R\$ 300,00 (trezentos reais) por mandado de busca e apreensão realizado. Explica-se. O referido escritório tinha, em sua cartela de clientes, bancos que prestavam financiamentos às pessoas físicas e jurídicas para a aquisição de carros e motos. Uma vez ocorrido o inadimplemento de parte desses contratos bancários, faz-se necessária a busca e apreensão dos mencionados veículos. Para que esses mandados fossem executados de maneira rápida e eficaz, o escritório depositava a quantia acima referida em conta pessoal de Oficiais de Justiça vinculados ao esquema.

Prontamente, descoberto o “esquema”, o Ministério Público Estadual ajuizou diversas demandas – uma das quais a que está em análise. No presente caso, a

⁹⁰ Tribunal de Justiça/RS, Apelação Cível nº 70022812580, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick. Julgado em 26 de março de 2008.

Comarca de origem é Santa Maria, encontrando-se no pólo passivo da ação, além de Oficial de Justiça envolvido, o escritório em questão e seus intermediadores. Alega o Oficial de Justiça que não tinha conhecimento do depósito e de sua origem; pela parte do escritório, a defesa centra-se na afirmação de que o depósito tratava-se de adiantamento de custas. O *Parquet*, no entanto, postula ser tal adiantamento verdadeira propina, tendo o respectivo Oficial incorrido no artigo 9º, inciso I, da LIA (recebimento de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo) – tese acolhida pela Câmara.

Diante do conjunto probatório produzido na ação, é patente a prática de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito por parte dos envolvidos. Os argumentos de defesa são rebatidos de forma cabal pelo Relator: como poderia o valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), passar despercebido pelo Oficial de Justiça, uma vez que os valores costumeiros referentes à atividade de busca e apreensão são muito inferiores – *in casu*, da ordem de aproximadamente vinte reais?

Da mesma forma, pergunta-se o Relator, como poderia o escritório de advocacia ter a pretensão de classificar tal valor como “adiantamento de custas”, se o pagamento foi realizado após a execução do mandado, além de ter se consubstanciado em valor muito superior ao que caberia? Não bastassem tais fatos, em diligência policial ocorrida na sede do escritório, foi encontrada uma Circular, endereçada a todas as filiais, descrevendo a forma de pagamento e o *quantum* da “gratificação” aos meirinhos (!). De forma certa, apontou o Eminent Relator em parte de seu extenso voto:

As circunstâncias do caso, portanto, são suficientes a indicar a conduta dolosa do serventuário que anuiu com o pagamento indevido por parte interessada no feito em que atuou, como auxiliar do juízo, *longa manus* da prestação jurisdicional. Aliás, em situações como a dos autos, é de difícil comprovação o elemento subjetivo do agente [...]. Assim, para a verificação do dolo, é necessário um cotejo com o que normalmente ocorre em situações similares, observando o padrão médio de conduta de um profissional da classe do réu, para fins de aferir acerca do elemento subjetivo de sua conduta. No caso, e como já referido, não tenho dúvidas de que, no mínimo, a diferença do valor do depósito foi constatada pelo serventuário, que optou por

anuir com o recebimento de valores que sabia serem indevidos, configurando a figura típica prevista no art. 9º, I, da Lei nº 8.429/92.⁹¹

Da leitura de todo voto, notamos a trágica realidade com quem se deparam, atualmente, os nossos julgadores, em matéria de improbidade administrativa. Como salientamos atrás, não se pode usar de cargo público para auferir vantagens privadas, fazendo uso espúrio de sua atividade e atrapalhando o desenvolvimento da prestação jurisdicional.

Mais uma vez, transcrevemos excerto do voto do Relator, em que é confeccionada acertada crítica quanto a esse aspecto:

O Brasil, hoje, vive o auge da crise institucional, decorrente da perda de credibilidade na opinião pública, interna e externa, face aos incontáveis e intermináveis escândalos de corrupção que contaminam, forma endêmica, as instituições públicas. Já nos foi dado exemplos suficientes de que a corrupção não tem bandeira, não tem cor, nem partido político; da mesma forma, não é prerrogativa deste ou daquele poder constituído, mas verdadeiro vírus que parece atacar tudo que diz respeito à gestão da coisa pública.⁹²

Por fim, restou ementado da seguinte forma o Acórdão prolatado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PAGAMENTO DE “GRATIFICAÇÃO” EFETUADO POR ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA A OFICIAL DE JUSTIÇA PARA CUMPRIMENTO DE MANDADO JUDICIAL. RECEBIMENTO INDEVIDO DE VALORES PELO SERVENTUÁRIO DA JUSTIÇA. ATO DE IMPROBIDADE CARACTERIZADO. SANÇÕES PREVISTAS NA LEI Nº 8.429/92. APLICAÇÃO NÃO CUMULATIVA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

Demonstrado nos autos à prática de atos de improbidade, concernentes no pagamento, por escritório de advocacia, de valores a Oficial de Justiça, concernentes a verdadeira “gratificação” para o cumprimento de determinação judicial, cabível a condenação dos réus, estando o ato do serventuário tipificado no art. 9º, I, da Lei nº 8.429/92, e o dos demais réus no art. 11, *caput*, c/c art. 3º, ambos do mesmo diploma legal. Inviável do acolhimento da alegação do Oficial de Justiça de desconhecimento acerca da vantagem indevida percebida, referente a depósito efetuado em sua conta corrente, bem como da tese dos demais réus, no sentido de que os valores corresponderiam a adiantamento de custas de condução do serventuário, dada a superioridade dos valores depositados em relação àqueles previstos no Regimento de Custas, e a circunstância

⁹¹ No Acórdão supracitado, na página 12.

⁹² Página 22, acórdão supracitado.

de o pagamento ter sido procedido após o cumprimento do mandado. Aplicação das sanções de forma não-cumulativa, no caso, em face do posicionamento adotado em precedentes desta Câmara em ações idênticas, o que evita a aplicação de sanções distintas para réus na mesma situação.

APELAÇÃO PROVIDA.

Como depreendemos do julgado, o Oficial de Justiça foi condenado a algumas das sanções estabelecidas no artigo 12, I, da LIA – sanções referentes aos casos de enriquecimento ilícito.

Passemos, então, ao segundo caso concreto.

Trata-se também do julgamento de apelação cível, nº 70023690654, de Relatoria da Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza.⁹³ Aqui a situação diz respeito ao possível enquadramento de um dos réus no artigo 9º, inciso XI, da LIA, a seguir transcrito:

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;

Aluno da Faculdade de Agronomia da Universidade de Passo Fundo, o apelante, apesar de matriculado em disciplinas que consumiam suas manhãs, tardes e algumas noites, inclusive, aceitou um contrato emergencial com o Município de Mato Castelhana, localizado ao norte do Estado. Exerceu de fins de novembro de 2003, até 15 de março do ano seguinte, o cargo de auxiliar de serviços rurais do Departamento de Produção Animal da Inspeção Veterinária do Município de Mato Castelhana, com carga horária de 40 horas semanais.

No entanto, como restou demonstrado, não havia nenhuma possibilidade física de o apelante cumprir com sua carga horária para a qual foi contratado. Mediante a análise da grade de horários do aluno, com relação ao semestre findo em 2003 e àquele iniciado em 2004, pode-se perceber que, por dois interregnos,

⁹³ Tribunal de Justiça/RS, Apelação Cível nº 70023690654, 22ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza. Julgado em 12 de junho de 2008.

não havia possibilidade fática alguma de o apelante realizar as funções públicas para as quais foi devidamente remunerado.

Conforme muito bem asseverado pela Eminente Relatora, o réu Fabrício acabou por enriquecer-se ilicitamente, uma vez que percebeu, em determinados momentos, valores aos quais não fez jus. Nas palavras da E. Desembargadora:

À míngua de provas acerca do regime de compensação, não há como afastar a prática de ato de improbidade administrativa capaz de promover o enriquecimento ilícito do ex-funcionário, consistente na percepção de salário integral sem o respectivo cumprimento da carga horária, forte no artigo 9º, inciso XI, da Lei nº 8.429/92, no período entre 27 de novembro e 09 de dezembro. Igualmente, entre 02 e 15 de março, o Apelante FABRICIO BEVILÁQUA NERI não prestou o trabalho contratado. Por isso, deve restituir o valor recebido nesses dois períodos.

Por fim, restou ementado da seguinte forma o presente julgado:

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATO EMERGENCIAL. CARGA HORÁRIA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DANO AO ERÁRIO. PERDA DO CARGO.

1. Configuram atos de improbidade administrativa deixar de cumprir a carga horária exigida pelo contrato emergencial e perceber integralmente a remuneração de vencimentos e (II) atestar falsamente a efetividade de servidor público. Hipótese em que o servidor contratado não cumpria integralmente a jornada de trabalho por freqüentar aulas em universidade.

2. A perda do cargo público prevista no artigo 12 da Lei nº 8.429/92 está restrita àquele no qual foi praticado o ato de improbidade. Estender essa pena a cargos supervenientes importa erigir outra sanção, a interdição do direito de ocupar cargos ou funções públicas sem previsão legal em flagrante violação ao princípio da legalidade.

RECURSOS PROVIDOS EM PARTE. VOTOS VENCIDOS EM PARTE.

Verifiquemos, agora, o terceiro e último caso de enriquecimento ilícito selecionado. Percorrendo esses casos, podemos notar *in loco* como ocorrem as situações que se amoldam ao *caput* do artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa – auferir vantagem patrimonial indevida – bem como o desvirtuamento do exercício honesto de cargos públicos, como no caso a seguir.

Neste terceiro caso de enriquecimento ilícito, ocorre uma nítida relação entre a prática de ato de improbidade administrativa e de um delito – o crime de

concussão⁹⁴, estabelecido no artigo 316 de nosso Código Penal, mediante a realização de uma única ação no plano fático. Trata-se do julgamento da apelação cível nº 70022048581, cuja relatoria coube ao Desembargador Paulo de Tarso Vieira Sanseverino.⁹⁵ No pólo passivo da ação, encontram-se três policiais civis e um foragido proveniente do Estado do Paraná, mas localizado pelos policiais na região de Passo Fundo, interior do Estado do Rio Grande do Sul.

Contra o foragido havia sido expedido mandado de prisão, o que era de pleno conhecimento por parte dos policiais. Estes, ao se depararem com o procurado, ao invés de efetuar a captura, exigiram quantia aproximada de vinte e cinco mil reais para que fosse mantido em liberdade. Solicitaram essa quantia que, inclusive, como demonstra o Relator, foi alvo de “negociação” por parte da vítima do delito de concussão – ora réu na ação de improbidade. Do conjunto de depoimentos das testemunhas, bem como das palavras do foragido, restou evidente a realização do ato tipificado no artigo 9º, inciso I, da LIA, bem como do fato delituoso – levando, inclusive, à prolação de sentença condenatória em ação penal.

Para amealhar a quantia exigida, os policiais, juntamente ao “preso”, empreenderam diversas diligências pela cidade. Houve quem testemunhasse que o grupo havia saído da delegacia, horas antes do réu-procurado ter fugido da cidade por “problemas de identidade”. Fazendo uso do instituto da prova emprestada, não ouve alternativa a não ser a manutenção da condenação realizada em primeiro grau, apenas com algumas correções quanto às sanções aplicadas ao réu foragido. Lendo o referido acórdão, portanto, levamos um choque de realidade: pessoas investidas de uma função pública, responsáveis pela atuação da polícia judiciária em nossa nação, “negociam” a liberdade de um foragido – ou seja, em razão do exercício de cargo público, objetivam receber vantagem econômica indevida, incorrendo no já referido artigo 9º da LIA.

Rebatendo de forma direta e certa as alegações da defesa dos apelantes, aduziu o Eminentíssimo Relator:

⁹⁴ Art. 316: “Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida.”

⁹⁵ Tribunal de Justiça/RS, Apelação Cível nº 70022048581, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Julgado em 19 de dezembro de 2007.

A alegação de que haveria não haveria ofensa ao patrimônio público é inadequada, pois não se questiona a ocorrência de prejuízo a patrimônio privado, mas sim da utilização indevida de função pública para obter vantagem indevida. O prejuízo ao erário decorre da má versação da função pública, revelada em face da ofensa ao princípio da probidade administrativa, não sendo necessária a ocorrência de efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, nos termos do art. 21, inc. I, da Lei n. 8.429/92.⁹⁶

Reforça-se, assim, a defesa da honestidade na atuação do agente público. Não se questiona a existência de prejuízo econômico direto à Administração Pública, mas sim a péssima utilização da função pública confiada aos policiais civis – no caso em tela, usada para obter benefício financeiro ilegal, configurador de crime, dado seu caráter repulsivo perante a sociedade. Concluiu, então, o Relator, que:

Da análise das condutas praticadas pelos apelantes, é manifesta a improbidade administrativa com que agiram, pois. De um lado, os co-réus, policiais civis, por terem exigido vantagem indevida para o não cumprimento mandado de prisão e, de outro, o co-réu, então foragido, por ter oferecido, negociado e entregado vantagem indevida aos policiais, a fim de assegurar a sua situação irregular de liberdade. Inequívoca a improbidade das condutas dos apelantes, tendo em vista a clara violação da moralidade administrativa, com que deve se pautar os agentes que atuam função pública.⁹⁷

Nos três casos analisados, principalmente no primeiro e no terceiro, é marcante a atuação desonesta e causadora da mais alta repulsa. O Judiciário gaúcho, ao punir situações como as que mostramos, lembra-nos da importância de tentarmos restabelecer o óbvio, ou seja, o agir probo do agente público. Punir, quando existe clara má-fé do agente, visando seu enriquecimento ilícito, é corroborar, no plano judicial, a vontade do legislador – demonstrada ainda no início de nosso trabalho, quando comentamos sobre a Exposição de Motivos da Lei de Improbidade Administrativa. Vejamos, agora, a segunda espécie de atos de improbidade: aqueles que causam prejuízo ao Erário, estabelecidos no *caput* do artigo 10 da LIA.

⁹⁶ Página 8 do referido Acórdão.

⁹⁷ Página 15 do mesmo Acórdão.

2.2.2 Dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao Erário

Seguindo nossa análise das espécies de atos de improbidade administrativa, deparamo-nos com a segunda espécie, estatuída no *caput* do artigo 10 da Lei de Improbidade – e que traz uma novidade assaz diferente no tocante ao elemento subjetivo da conduta ímproba: a possibilidade de sancionar ações culposas no âmbito da improbidade administrativa. De acordo com o texto legal, 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 artigo 1º desta Lei, e notadamente*”.⁹⁸

Os tipos culposos estabelecidos pela LIA possuem amparo na própria Constituição Federal de 1988, uma vez que esta reforçou os valores da eficiência e da economicidade. Não haveria, assim, qualquer inconstitucionalidade na sanção a atos de improbidade revestidos por condutas negligentes, imprudentes ou até mesmo imperitas. Esse é o entendimento exposto por Fábio Medina Osório e do qual compartilhamos. Nos crimes contra a Administração Pública, é possível a punição de condutas culposas – vide o crime de peculato culposo, positivado no artigo 312, § 2º do nosso Código Penal. Assim, salienta o renomado jurista, se existe a possibilidade de o legislador penal tipificar ações culposas de delitos contra o patrimônio público, haveria ainda mais legitimidade na fixação de improbidade culposa pelo legislador administrativo.⁹⁹

O Superior Tribunal de Justiça também vem entendendo nesse sentido.¹⁰⁰ As espécies de improbidade veiculadas nos artigos 9º e 11 da LIA requerem a presença do elemento subjetivo dolo, ao passo que a improbidade do artigo 10, para sua caracterização, comporta também o elemento culpa. Assim, colaciona-se ementa de julgado de relatoria da Ministra Eliana Calmon:

⁹⁸ Redação do artigo 10 da Lei nº 8.429/92.

⁹⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 270-272.

¹⁰⁰ Superior Tribunal de Justiça – STJ, Resp 842428/ES, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon. Julgado em 24/04/2007.

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – ATO DE IMPROBIDADE – ART. 10, INCISO XII DA LEI 8.429/92 – PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA – ELEMENTO SUBJETIVO – DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO.

1. Não infringe o princípio da congruência a decisão judicial que enquadra o ato de improbidade em dispositivo diverso do indicado na inicial, eis que deve a defesa ater-se aos fatos e não à capitulação legal.

2. Os tipos da Lei de Improbidade estão divididos em três categorias: a) art. 9º (atos que importam em enriquecimento ilícito); b) art.10 (atos que causam prejuízo ao erário) e c) art.11 (atos que atentam contra os princípios da administração).

3. Os atos de improbidade só são punidos à título de dolo, indagando-se da boa ou má fé do agente, nas hipóteses dos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92.

4. Embora mereçam acirradas críticas da doutrina, **os atos de improbidade do art. 10, como está no próprio caput, são também punidos à título de culpa**, mas deve estar presente na configuração do tipo a prova inequívoca do prejuízo ao erário. (grifei).

5. Recurso Especial provido.

No entanto, isso não significa que qualquer ato cometido pelo agente público, do qual resulte lesão ao erário, acabe por configurar a culpa necessária para fazer incidir as sanções do artigo 12, inciso II, da LIA. Deve-se perquirir se o agente agiu ou não com a diligência necessária e esperada no exercício de suas funções. Não devemos confundir a culpa com o “erro profissional”.¹⁰¹ Por mais habilidoso que seja o gestor público, sempre poderão surgir cenários inesperados – exemplificativamente, temos as situações proporcionadas pelo mercado financeiro.¹⁰² Como assevera Osório, a lei de improbidade administrativa *“não pode, realmente, punir todo e qualquer erro dos gestores públicos, sob pena de se consagrar como espúria e manifestamente injusta, até mesmo draconiana, para usarmos uma expressão em voga”*.¹⁰³

Não precisamos relembrar da necessidade de os agentes públicos, principalmente aqueles que lidam com dinheiros públicos, pautarem seu desempenho ordinário com base na diligência demandada pelas funções exercidas.

¹⁰¹ Conferir STJ, Resp 213.994/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, 17/08/1999. Nesse julgado, assentou o Superior Tribunal de Justiça que *“a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil”*, entendido como “inábil” aquele que erra dentro das margens de erro profissional.

¹⁰² Não podemos, por exemplo, atribuir eventuais prejuízos derivados da instabilidade política e socioeconômica à improbidade de gestores, pois *“o impacto de reviravoltas financeiras, as guinadas da política econômica nacional e as crises creditícias podem atingir gestores diligentes, sobretudo nas empresas estatais que militam no mercado”*. (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade...* p. 121).

¹⁰³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da...* p. 271.

Dessa forma, imprudência e negligência tornam-se totalmente incompatíveis com a natureza dos trabalhos executados pelos agentes públicos. O agente público que age sem medir as conseqüências de seu ato para o erário (imprudente) ou então que se omite no dever de acautelar o patrimônio público (negligente) está a descumprir o dever de zelo quanto à integridade do patrimônio da entidade à qual está vinculado – patrimônio esse que a todos pertence.¹⁰⁴

Ainda sobre a culpa, valemo-nos da conceituação empregada por Nucci, ao afirmar que “*é o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado*”.¹⁰⁵ Na parte final do conceito estabelecido está, a nosso ver, o “cerne da questão”: a previsibilidade do resultado danoso ao erário. Resultado esse que poderia ter sido evitado, pois era previsível, mas devido à desídia do agente não o foi. No mesmo sentido, a lição de Fazzio Júnior, ao apontar que não se presume a culpa para a caracterização da conduta ímproba estatuída no artigo 10 da LIA, uma vez que “*só é ímprobo quem quer improbidade ou, se não a deseja, atua sem prever (**quando devia prever**) que seu agir ou não-agir pode produzir desfalque ao erário*”.¹⁰⁶

Existe também forte discussão doutrinária no diz respeito ao rigor técnico (ou falta de) no uso da expressão “erário”, ao invés de “patrimônio público”, no já referido *caput* do artigo 10 da LIA. São expressões que denotam conceitos diferentes: enquanto por “erário” entende-se o conjunto de bens e interesses de natureza econômico-financeira pertencentes ao Poder Público, por “patrimônio público” se expressa o conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, artística, histórica, estética, ambiental e turística do Poder Público. Dessa forma, este conceito, dada sua maior abrangência, acaba por abarcar àquele.¹⁰⁷ Assim, poder-se-ia questionar se somente o erário estaria apto a sofrer conduta ímproba, segundo o artigo 10, dada a dicção legal.

¹⁰⁴ Conferir PAZZAGLINI FILHO, Marino, ELIAS ROSA, Márcio Fernando e FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1997, p.73.

¹⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 201.

¹⁰⁶ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade...* p. 82. Grifo nosso.

¹⁰⁷ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa...* p. 265-268.

Baseando-nos em uma interpretação sistemática e teleológica da Lei de improbidade administrativa, quando se utilizou da palavra “erário”, em verdade quis o legislador referir-se ao patrimônio público das entidades mencionadas no artigo 1º e parágrafo único da LIA. Não somente os atos causadores de prejuízo ao patrimônio econômico, mas atos de natureza diversa que venham a causar prejuízo para qualquer parcela do patrimônio da coletividade também poderão ser enquadrados no comando normativo que positivou a segunda espécie de improbidade administrativa. Esse é o pensamento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves; sistematicamente, notamos que nos artigos 5º, 7º, 8º, 16, 17, § 2º e 21, I, da LIA, o legislador menciona a lesão ou dano ao “patrimônio público”; afora a interpretação sistemática, uma exegese teleológica caminhará também no mesmo sentido de que a *ratio* do artigo 10 é a proteção do patrimônio das entidades sujeitas aos atos de improbidade administrativa, tendo este patrimônio natureza econômica ou não.¹⁰⁸ Pensar de forma contrária levaria à impunidade dos atos culposos que agredissem, exemplificativamente, o patrimônio público de natureza ambiental.¹⁰⁹

Diferentemente dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, onde quem se beneficia indevidamente, auferindo vantagem patrimonial, é o próprio agente público, nos atos estabelecidos no artigo 10 da LIA quem se beneficia é terceiro, mediante auxílio do agente público e, assim, causando prejuízo ao erário. Isso não quer dizer que não possa haver também prejuízo ao erário nos casos de enriquecimento ilícito, como na hipótese de o agente público incorporar ao seu patrimônio verbas integrantes do acervo patrimonial de qualquer entidade enquadrada como sujeito passivo do ato de improbidade administrativa – exemplo estatuído no inciso XI do artigo 9º. Atentando para o foco da segunda espécie de improbidade, Pazzaglini Filho aponta que

não é preocupação do legislador, neste dispositivo, o eventual proveito obtido pelo agente público, direta ou indiretamente, mas tão-

¹⁰⁸ Ibidem, p. 266. No entanto, existem autorizadas vozes em sentido contrário, entendendo envolver o artigo 10 da LIA somente o erário, ou seja, o patrimônio público que apresenta caráter econômico. Assim, PAZZAGLINI FILHO, Marino e Outros. *Improbidade administrativa...* p. 70-71. Para os autores, o uso errôneo ocorreu na utilização da expressão “patrimônio público” – como sinônimo impróprio de “erário”.

¹⁰⁹ Tomamos de empréstimo exemplo extraído das lições de Emerson Garcia e Rogério Alves (*Improbidade Administrativa...*): guarda florestal que permite a entrada de terceiros em reserva florestal e a captura de animais em extinção.

somente seu agir ou não agir em benefício de outrem, contra o erário. É da subversão da atividade funcional que trata, quer dizer, do agente público que, inobservando o dever de zelar e proteger o erário, assiste ou colabora para que terceiro se beneficie, a danos dos cofres públicos.¹¹⁰

Nos incisos do artigo 10 em comento aparece este substrato comum que bem representa a espécie de improbidade aqui referida: o agente público permite, facilita ou concorre para que terceiro se enriqueça ilicitamente; enfim, realiza uma ação – ou não realiza, quando deveria efetivamente agir – que acaba por causar prejuízo à *res publica*. Registre-se, então, que o inciso XII acaba por sintetizar todo o conteúdo dos demais incisos, uma vez que seu enunciado acaba por descrever qual é a performance indevida de alcance sobre o patrimônio público: “XII – permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente.”¹¹¹

Para que possa ser caracterizada essa espécie de improbidade administrativa, exige o diploma legal que ocorra perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades mencionadas no artigo 1º da LIA. Desviar seria “alterar o destino de”; apropriar-se, “utilizar como se fosse próprio”, “fazer-se dono”; malbaratar, por sua vez, significa vender a preço vil, desperdiçar, aplicar mal; dilapidação, por último, representa o gasto excessivo e imponderado de bens aos quais se tenha a posse ou gestão, o esbanjamento, ou até mesmo o estrago, a destruição.¹¹²

Continuando com nossa sistematização, verificamos agora como ocorrem, no cotidiano, os atos de improbidade. Vejamos agora três casos selecionados que ilustram de que forma, no mundo fático, o ato que causa prejuízo ao patrimônio público e que se enquadra no *caput* do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa se apresenta.

¹¹⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino e Outros. *Improbidade administrativa...* p. 74.

¹¹¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade...* pp. 119 - 123. Para leitura de todos os incisos dos artigos 9º, 10 e 11 da LIA, ver Anexo.

¹¹² BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa...* p. 203.

O primeiro caso foi julgado em sede de apelação cível pelo Desembargador Araken de Assis, do Tribunal de Justiça gaúcho.¹¹³ Trata-se do ato de improbidade que causa prejuízo ao erário mais corriqueiro, infelizmente: aquele que frustra a licitude de processo licitatório (ocorrido no caso em exame) ou dispensa-o indevidamente, nos termos do inciso VIII, artigo 10, da LIA.

O Ministério Público Estadual ajuizou demanda perante um ex-diretor do Departamento de Água e Esgotos de Bagé, acusando-o de incorrer na já referida conduta, em virtude de não julgar vencedora a proposta mais vantajosa para a Administração, realizada em processo licitatório na modalidade convite. O objeto da presente licitação era a aquisição de veículo utilitário para o setor administrativo do próprio Departamento. As características do veículo estavam – como deve ser – previamente inseridas na carta-convite enviada a quatro concessionárias, que apresentaram suas propostas. Adjudicou-se, ao fim, automóvel cujo valor era superior a outros 5 (cinco) veículos apresentados e que também preenchiam todos os requisitos estabelecidos na carta-convite.

Sobre a presente modalidade de licitação, denominada convite, vale conferir o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando assevera que:

O *convite* é a modalidade licitatória cabível perante relações que envolverão os *valores mais baixos*, na qual a Administração convoca para a disputa pelo menos *três* pessoas que operam no ramo pertinente ao objeto, *cadastradas ou não*, e afixa em local próprio cópia do instrumento convocatório, estendendo o mesmo convite aos cadastrados do ramo pertinente ao objeto que hajam manifestado seu interesse até 24 horas antes da apresentação das propostas.¹¹⁴

Sobre a carta-convite, relembra o Relator que deverá conter as regras em que se dará a licitação - página cinco do acórdão resultante. No presente caso, alegou o ex-diretor, em sua defesa, que necessitava com urgência do veículo adjudicado, e somente a empresa vencedora poderia entregá-lo prontamente; no entanto, conforme restou comprovado documentalmente, entre a confecção da nota de

¹¹³ Tribunal de Justiça/RS, Apelação Cível nº 70020030466, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Araken de Assis. Julgado em 05 de setembro de 2007.

¹¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo...* p. 510. A matéria encontra-se regulada na Lei 8.666/93, principalmente no artigo 22 e respectivos parágrafos.

empenho e a efetiva transferência do veículo houve um interregno superior a dois meses. Ademais, não havia, na carta-convite, qualquer menção à urgência na compra do veículo, nem mesmo havia sido estipulado prazo para a entrega, não se confirmando, então, a alegação de pronta necessidade.

Assim, conforme restou ementado, o ex-diretor da autarquia municipal acabou ferindo um dos princípios centrais em matéria licitatória, qual seja o princípio do julgamento objetivo na licitação.¹¹⁵ Sobre esse princípio, afirma Di Pietro estar consagrado de forma expressa no artigo 45 da Lei nº 8.666/93,¹¹⁶ cujo significado seria a necessidade de o julgamento das propostas ser feito de acordo com os critérios fixados no edital - para o caso em tela, na carta-convite e na cópia do instrumento convocatório afixado em local apropriado.¹¹⁷ Evita-se, assim, o subjetivismo no momento em que forem julgadas as propostas.

Verificamos, então, a realização de uma conduta que causou prejuízo aos cofres do Município – na ordem de mais de seis mil reais, como restou apurado em primeira instância. Não havia justificção plausível para se acreditar na premente necessidade em adquirir o veículo – frustrou-se, portanto, a licitude do processo licitatório, uma vez que não foi declarado vencedor aquele que apresentou a proposta mais vantajosa para a Administração.

Passemos, então, ao segundo caso concreto. Continuamos com nosso objetivo de verificar os elementos fáticos que acabam por se amoldar ao comando

¹¹⁵ ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO. OFENSA.

1. [...].

2. Constitui ato de improbidade administrativa, aos efeitos do art. 10, VIII, da Lei 8.429/92, julgar vencedora em processo licitatório, realizado pela modalidade de convite, proposta menos vantajosa à Administração. Ofensa ao princípio do julgamento objetivo.

3. APELAÇÃO DESPROVIDA.

¹¹⁶ Artigo 45, Lei nº 8.666/93: “O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.” Grifei.

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. p. 335. Aduz, ainda, a renomada jurista: “Na ausência de critérios, tem-se que presumir que a licitação é a de menor preço. Sendo assim, a preterição da proposta de menor preço tem que ser justificada” (p.336). Como podemos notar, a justificção do apelante para preterir propostas mais vantajosas, em termos financeiros, para a Administração Pública, não logrou êxito, diante da ausência de fixação de critérios quanto à urgência na aquisição do veículo (fixação de prazo para a entrega) e do período demasiadamente longo transcorrido até sua efetiva entrega.

estabelecido no *caput* do artigo 10 da LIA – positivação dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário e que, muitas vezes, acabam também provocando o enriquecimento indevido de terceiro (ou terceiros), pessoa física ou jurídica, estranha à Administração Pública, como acontece no caso a seguir.

Trata-se do julgamento de apelação cível, em que figura no pólo passivo da ação ex-diretor do Departamento Municipal de Trânsito do município de São Leopoldo.¹¹⁸ O *Parquet* imputou ao agente público a realização de conduta configuradora do ato de improbidade estabelecido no artigo 10, inciso VII¹¹⁹, uma vez que teria ocorrido favorecimento de *extraneus*, mediante o cancelamento, arquivamento ou não inclusão de multas aplicadas por agentes municipais de trânsito no sistema informatizado do DETRAN, sem que houvesse justificativa permitida pela legislação de trânsito.

Em sua defesa, o apelante alegou que o Código de Trânsito Brasileiro permitia que não fossem homologados os autos de infração julgados insubsistentes pela autoridade competente.¹²⁰ No entanto, a argumentação do ex-diretor restou derrotada diante da perícia técnica efetuada pelo próprio DETRAN: conforme consta no acórdão, à página 9, o laudo pericial apontou que inúmeros autos que não haviam sido lançados no sistema informatizado deveriam, de fato, terem sido, já que eram subsistentes, uma vez que os requisitos necessários para a sua validade estavam preenchidos.

Não bastasse tal fato que, a nosso ver, já representaria um indício forte para se duvidar da boa-fé do agente, este ainda apresentou justificativas que não encontram amparo na legislação nacional, quando da fundamentação do não lançamento dos autos. Aventou-se, ainda, a possibilidade de que o ex-diretor

¹¹⁸ Tribunal de Justiça/RS, Apelação Cível nº 70021331822, 22ª Câmara Cível, Rel. Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza. Julgado em 25 de outubro de 2007.

¹¹⁹ Artigo 10, VII, LIA: “conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie.” Para ver todos os incisos, consultar Anexo.

¹²⁰ Artigo 281, CTB: “A autoridade de trânsito, na esfera da competência estabelecida neste Código e dentro de sua circunscrição, julgará a consistência do auto de infração e aplicará a penalidade cabível. Parágrafo único. O auto de infração será arquivado e seu registro julgado insubsistente: I – se considerado insubsistente ou irregular; II – se, no prazo máximo de 30 dias, não for expedida a notificação da autuação.

municipal de trânsito, por motivos de vínculo de amizade ou trabalho, teria executado tais condutas com o intuito de favorecer particulares. Permitimo-nos colacionar trecho de depoimento prestado por agente de trânsito ao longo da instrução processual, pela sua clareza e por seus elementos estarem presentes em quase todos os depoimentos apresentados:

“era comum que os autuados pelo depoente mencionassem que iam conseguir tirar a multa. **Algumas dessas pessoas chegavam a mencionar o nome do requerido Almiro como sendo a pessoa que iria tirar essas multas. Os autos de infração de fls. 742 e 743 foram lançados pelo depoente. Essas multas foram lançadas contra a mesma pessoa, Ivan Laerte dos Henz. Essa pessoa teria comentado com o depoente que as autuações seriam canceladas. Ivan chegou a comentar que era amigo Almiro e que em virtude dessa amizade as multas seriam canceladas (...)** depois da saída do requerido da diretoria de fiscalização, nas autuações feitas pelo depoente não houve mais comentários dos autuados que estes iam conseguir tirar as multas” (grifou-se no original).¹²¹

Outro depoente, também agente de trânsito do município, fez afirmação de um fato repulsivo que ocorria com frequência, asseverado também por outros agentes. Afirmou que:

As pessoas diziam que o depoente podia multar que iriam tirar a multa com o Maninho, apelido do requerido Almiro.¹²²

Extensos e variados depoimentos dos agentes foram colhidos, todos afirmando que muitas pessoas mencionavam o nome do ex-diretor, e que em função de amizade pessoal, este “tiraria” a multa. A nosso ver, tal conduta, além de se coadunar com o inciso VII do artigo 10 da LIA, também encontra respaldo no já lembrado inciso XII, uma vez que as atitudes do ex-diretor, ao não efetuar o registro das autuações, acabam por enriquecer, indiretamente, os respectivos autuados. Da infração legal e regularmente constituída surge um crédito para o erário – débito para o infrator. Quando, de forma ilegal, esse débito não é satisfeito, parece-nos que permanece, no patrimônio do particular, recursos financeiros que não mais lhe pertencem, provocando, assim, seu enriquecimento indevido.

¹²¹ Página 12 do acórdão em comento.

¹²² Página 13 do mesmo acórdão.

Por fim, saliente-se aspecto importantíssimo levantado pela Eminente Relatora, acerca da não existência de discricionariedade na execução dos atos de competência do ex-diretor. Aduz a ilustre magistrada, página 13, que:

Por último, registre-se que se cuida, no caso, de exercício de poder vinculado e não discricionário. Isto significa que não dispunha o Apelante do poder de escolher, livremente, quais os autos que seriam homologados. Cumpria-lhe, isto sim, examinar os autos de infração e somente deixar de homologar os ilegais em decisão motivada. Resta configurada, assim, a prática do ato de improbidade previsto no artigo 10, inciso VII, da Lei nº 8.429/92, pelo que não é de ser provido o recurso nesta parte.

Vejamos, em seqüência, o terceiro e último caso da segunda espécie de improbidade, cujo julgamento ocorreu no âmbito da Justiça Federal da 4ª Região. Trata-se de decisão referente à apelação cível, cuja conduta do apelante foi devidamente enquadrada na moldura estabelecida para a modalidade culposa existente no artigo 10 da LIA.¹²³

No presente caso, o réu da ação de improbidade – servidor do INSS – era responsável, durante mais de oito meses no ano de 1995, pela solicitação, controle e distribuição das cotas de vale-refeição dos funcionários de respectiva repartição. No período em que esteve encarregado dessa função, ocorreu solicitação a maior (excessivamente “a maior”, diga-se de passagem) das referidas cotas. Não bastasse tal fato, em outubro daquele ano, durante ausência injustificada do réu por mais de 10 (dez) dias ao serviço, houve extravio dos vales-refeição existentes àquele tempo no cofre da repartição. O prejuízo causado ao erário, corrigido monetariamente, ultrapassou os cem mil reais (!).

Não foi possível a comprovação de que tivesse ocorrido locupletamento por parte do réu, o que, aliás, caracterizaria a incidência plena do artigo 9º da LIA, já estudado – auferir vantagem econômica indevida em razão do exercício do cargo. No entanto, não foi afastada a incidência do artigo 10, inciso I, da LIA – muito embora, a nosso ver, bastasse seu enquadramento legal no *caput* do mesmo artigo. Restou comprovada a desídia e a negligência do funcionário, na medida em que

¹²³ TRF4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação cível nº 2000.71.00.026416-0/RS, 4ª Turma, Rel. Des. Edgard Lippmann Júnior. Julgado em 13 de agosto de 2008.

solicitava, mensalmente, cotas excedentes de vales-refeição, além de “desaparecer” de posse da chave do cofre no mesmo período em que se deu o extravio dos vales.

Conforme bem acentuou o juízo de primeiro grau, cujas razões foram retomadas pelo Desembargador Relator do processo, estamos diante de um caso de improbidade culposa. Nesse sentido, aduziu que:

Ora, o fato de o demandado ter se ausentado de seu local de serviço no período de 10/10/1995 a 22/10/1995, sem comunicar a seus superiores ou a qualquer colega, deixando de fornecer as chaves do cofre no qual se encontravam os vales-refeição, alegando, posteriormente, que as havia perdido, revela a total desídia com o patrimônio público, o qual tinha a obrigação constitucional e legal de zelar, em função do exercício de seu cargo e da função pública.

Por fim, restou ementado da seguinte forma o presente caso:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MODALIDADE CULPOSA. CONFIGURAÇÃO DO ATO. APLICAÇÃO DA PENA.

- Na esteira da jurisprudência desta Corte e do STJ, a conduta ímproba prevista no art. 10 da Lei n.º 8.429/92 comporta o elemento subjetivo *culpa*.

- Restando comprovadas nos autos a desídia e a omissão do ex-servidor do INSS no que diz respeito à requisição e à guarda de cotas do *vale-refeição* devido aos funcionários da autarquia, incide o art. 10, I, da Lei n.º 8.429/92, ainda que não seja possível emitir juízo acerca do locupletamento ilícito de parte do Réu.

- A cumulação de sanções na ação de improbidade deve ser devidamente fundamentada. *In casu*, diante da ausência de comprovação de locupletamento e do reconhecimento do ato ímprobo na modalidade culposa, reputa-se necessária e suficiente à repreensão da conduta a condenação ao ressarcimento ao erário dos prejuízos causados pela conduta do Réu.

2.2.3 Dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública

Chegamos a terceira e última espécie de improbidade administrativa, positivada no artigo 11 da LIA – tratam-se dos atos de improbidade administrativa que violam os princípios regentes da atividade administrativa. Estatuiu, então, o legislador, que:

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:

A doutrina majoritária acredita que a norma em questão deva ser caracterizada como “norma reserva” para a configuração de ato de improbidade. Isso, pois mesmo que a conduta realizada não tenha ocasionado o enriquecimento ilícito do agente público ou causado danos ao patrimônio, ainda assim poderá haver improbidade administrativa, se restar demonstrada a inobservância dos princípios regentes da Administração Pública.¹²⁴

Da leitura do dispositivo em comento surge uma primeira indagação: não estaremos tratando de norma excessivamente abstrata, que poderia ensejar interpretações duvidosas geradoras de insegurança jurídica? No entanto, parece-nos que a resposta a esse questionamento não deva sugerir a não-utilização do dispositivo em função de seu caráter aberto. Explicamos.

O desenvolvimento das funções atribuídas à Administração pública reclama a satisfação das finalidades públicas, a busca do bem comum, a resolução dos problemas enfrentados pela coletividade. Portanto, não se coadunam com tais objetivos uma eventual sobreposição de interesses particulares sobre interesses públicos. Predicados tão importantes relacionados à moralidade administrativa, tais como honestidade, lealdade e imparcialidade – para citar as mencionadas no *caput* do artigo 11 da LIA – são exigíveis em quaisquer atividades profissionais, ainda mais com relação aos agentes públicos, encarregados da gestão dos bens da coletividade e pelos quais devem ter o maior zelo possível.¹²⁵

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, atentando para essa problemática, remetem ao papel dos princípios em nosso ordenamento. Dada a natureza e a importância dos interesses passíveis de serem lesados pelo ato ímprobo, justifica-se

¹²⁴ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa...* p. 272-273. Para Pazzagli Filho (*Improbidade Administrativa...* pp. 116-117), justifica-se tal posicionamento em face do bem jurídico tutelado pelo diploma legal – a probidade na Administração. Esse objetivo corrobora-se no artigo 21 da LIA, quando se aventa da possibilidade de caracterização do ato de improbidade sem a ocorrência de efetivo prejuízo.

¹²⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino, ELIAS ROSA, Márcio Fernando e FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa...* p. 115-119.

a inclusão dos atos de improbidade que violam os deveres impostos pelos princípios regentes da atividade estatal. Asseveram, a nosso ver, acertadamente, que:

A desonestidade e a desídia, pejorativos ainda comuns entre alguns agentes públicos, ramificam-se em vertentes insuscetíveis de serem previamente identificadas. Soltas as rédeas da imaginação, é inigualável a criatividade humana, o que exige a elaboração de normas que se adéqüem a tal peculiaridade e permitam a efetiva proteção do interesse tutelado, *in casu*, o interesse público. É este, em essência, o papel dos princípios.¹²⁶

A importância da existência da norma em questão não retira, no entanto, o cuidado que deve existir na aferição de sua efetiva ocorrência. Conforme já mencionado, trata-se de espécie de improbidade cuja concretização é mais difícil de ser visualizada, dado o caráter mais abstrato da disposição. Isso acaba por exigir do intérprete maior diligência na análise da conduta realizada. O STJ, então, já expôs tal preocupação, quando da verificação da abrangência do artigo 11 da LIA:

É necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete, induzindo-o a acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa.¹²⁷

Identificamos, assim, requisito essencial para que se possa perquirir da incidência do artigo 11: a demonstração de efetiva má-fé por parte do agente público. Não existe conduta culposa no artigo em comento: faz-se necessária a presença do dolo, da nefasta intenção de agir em prejuízo dos princípios que regem a atuação da Administração Pública. A um, pois não temos como sancionar condutas a título de culpa sem expressa previsão legal: quando o legislador admite a modalidade culposa, faz declaração expressa; a dois, pois a regra geral é de que a má-fé é premissa para a configuração do ato ímprobo.¹²⁸ Tal entendimento encontra-se albergado também pela Corte responsável pela uniformização da jurisprudência relativa à Justiça Comum, o STJ:

¹²⁶ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa...* p. 269.

¹²⁷ STJ – Superior Tribunal de Justiça. Resp 480387/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 16 de março de 2004.

¹²⁸ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa...* pp. 162-164. Afirma, ainda: “o ato culposo é criação legal. Se a norma não o cria, não existe.” (p.163).

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público. Somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a configuração de improbidade por ato culposo (Lei nº 8.429/92, art. 10). O enquadramento nas previsões dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade, portanto, não pode prescindir do reconhecimento de conduta dolosa.¹²⁹

Tornam-se importante essas ressalvas feitas, na medida em que a Lei de Improbidade Administrativa opta por elevar à categoria das improbidades atos que afrontam princípios, difíceis de serem verificados no caso concreto, diante do caráter indeterminado dos próprios princípios. Assim, resta ao intérprete da LIA buscar a delimitação dos pressupostos necessários para a aplicabilidade da presente norma. Esta lição, trazida por Fábio Medina Osório, recomenda cautela no manejo da LIA, uma vez que *“não podemos, sob o fundamento de corrigir abusos, incorrer em equívocos similares, engessando operadores jurídicos e inviabilizando instrumentos de fiscalização da mais alta relevância”*.¹³⁰

Outro ponto sobre o qual se debruçou a doutrina e a jurisprudência pátrias diz respeito à menção feita no *caput* do artigo 11 da LIA à legalidade. Fazendo uso de uma interpretação literal, poderíamos chegar à conclusão de que basta a ilegalidade de um ato para classificá-lo como ímprobo. No entanto, em função de uma interpretação sistemática, a conclusão é totalmente diversa¹³¹: a ilegalidade não é bastante em si para, automaticamente, ensejar a configuração de ato de improbidade administrativa.

Não podemos confundir a improbidade administrativa com a pura ilegalidade. Ilegalidade não é igual à improbidade: esta exige uma *“ilegalidade valorada, eticamente reprovável desde um ponto de vista da Constituição, dos deveres públicos e dos direitos fundamentais em jogo, no ambiente cultural da vida administrativa considerada”*.¹³² Notamos, então, a necessária predominância da

¹²⁹ STJ – Superior Tribunal de Justiça. Resp 604151/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Julgado em 25 de abril de 2006.

¹³⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa...* p. 388.

¹³¹ Sobre interpretação, vale lembrar a posição de FREITAS, Juarez. *O princípio jurídico da moralidade e a lei de improbidade administrativa...* p. 150: *“Convém gizar que a interpretação jurídica há de ser sistemática, ou não merece o designativo de interpretação”*.

¹³² OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa...* p. 391.

aferição do elemento volitivo do agente, para que possa ocorrer o enquadramento de sua conduta na terceira espécie de improbidade.

A má-fé, o atuar desonesto, a intenção de atentar contra os princípios deve estar presente. Assim, nem todo ato ilegal será passível de enquadramento na LIA. Pensar de forma contrária implicaria na consideração de que todo julgamento de procedência de um mandado de segurança culminaria na remessa de cópias do processo para a autoridade competente, a fim de que houvesse o devido processamento da respectiva ação de improbidade administrativa, o que, no cotidiano forense, não ocorre.¹³³

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, que de forma clara e sintética, expõe a problemática da seguinte forma:

É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Conseqüentemente, a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade.¹³⁴

Vale lembrar que o Direito, quando faz uso de princípios, torna-se mais fluido e aberto. Acaba, então, permitindo maior efetividade e maiores canais de comunicação com a sociedade, de um lado; de outro, exige um trabalho mais elaborado, dotado de maior acuidade, com relação à interpretação e aplicação por parte dos operadores do Direito. Conforme já mencionado em nota supra, essa interpretação há de ser sistemática, levando-se em conta o conjunto de princípios e subprincípios albergados pelo sistema.¹³⁵

Vejamos, agora, alguns casos concretos relacionados ao artigo 11 da LIA. Como vimos, diante da abstração dos conceitos utilizados pela norma, torna-se mais tortuoso o caminho do magistrado na análise da conduta passível de ser enquadrada na terceira espécie de improbidade administrativa. Isso, no entanto, não

¹³³ Ibidem, pp. 388-392.

¹³⁴ STJ – Superior Tribunal de Justiça. Resp 480387/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 16 de março de 2004.

¹³⁵ Conferir BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade Administrativa e Violação de Princípios...* pp. 121-124.

deve impedir a aplicação do dispositivo, quando verificada a violação aos princípios regentes da Administração Pública e a desonestidade do agente público.

No primeiro caso temos o enquadramento dos réus da ação de improbidade no próprio *caput* do artigo 11.¹³⁶ Trata-se de julgamento de apelação cível, em virtude de sentença que condenou ambos os réus – servidores públicos de pequeno município do interior gaúcho – nas sanções do artigo 12, III, da LIA. Os servidores foram nomeados, sucessivamente, para exercer o cargo em comissão de Diretor do Museu Municipal. Durante mais de um ano, receberam para exercer essa função. No entanto, jamais exerceram as atribuições do cargo em questão: praticavam outras atividades relacionadas ao cotidiano da Administração local.

Não bastasse a plena consciência de que percebiam valores relacionados ao exercício de uma função que, comprovadamente, não exerciam, havia ainda um convênio firmado entre o Município e um Instituto histórico e geográfico local, transferindo a administração do Museu para esse referido Instituto. Convênio esse, diga-se de passagem, anterior às datas em que foram nomeados os servidores. Do depoimento das pessoas responsáveis pelo Instituto, constatou-se que estas restaram surpresas quando souberam que havia um “diretor” – e que teria havido uma “diretora” – do Museu Municipal.

Por fim, restou ementado da seguinte forma esse primeiro julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA (IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA). SERVIDORES NOMEADOS PARA CARGO EM COMISSÃO – DIRETOR DO MUSEU MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO NORTE – QUE JAMAIS EXERCERAM AS ATRIBUIÇÕES DO CARGO PARA QUE FORAM NOMEADOS. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, *CAPUT*).

[...]

2. Devidamente comprovado que os demandados-apelantes jamais exerceram as atribuições do cargo para o qual foram nomeados, é de ser reconhecida a prática de ato de improbidade, nos termos do artigo 11, da Lei n. 8.429/92, mostrando-se adequadas as penalidades impostas (art. 12, III, da Lei de Improbidade Administrativa). Apelação Desprovida.

¹³⁶ Tribunal de Justiça/RS. Apelação Cível nº 70014828693, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Gesta Leal. Julgado em 22 de junho de 2006.

No segundo caso¹³⁷ temos a incidência da norma prevista no artigo 11, inciso V, da LIA – frustração de licitude de concurso público. Infelizmente, apesar dos grandes avanços que obtivemos no combate ao “empreguismo”, principalmente no período posterior a nossa atual Carta Magna, ainda temos casos de pessoas contratadas sem a realização de concurso público nas situações em que este é necessário, em face do comando constitucional, mesmo para pessoas jurídicas da Administração Indireta.¹³⁸

Trata-se de julgamento relacionado à contratação de funcionários pela Banrisul Armazéns Gerais S/A, empresa subsidiária do Banrisul (Banco do Estado do Rio Grande do Sul – acionista majoritário). Tais funcionários foram contratados sem a observância da regra de seleção via concurso público, o que leva a incidência do já referido inciso, e a decretação da nulidade das contratações. Como bem asseverado pelo Relator:

Não há como discrepar dessa orientação, ante a clareza do art. 37, *caput*, da CF/88, segundo o qual a Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados e dos Municípios observará, dentre outros, o ingresso através de concurso (art. 37, II). Há alguma dúvida de que a sociedade de economia mista pertence à Administração Indireta? Não. Logo, há que se realizar concurso para contratar pessoal sob o regime celetista... **Avulta notar que o bom senso já indicaria a solução. Do contrário, sociedades de economia mista se transformariam no paraíso incólume e invicto do empreguismo.** (Grifei).¹³⁹

O réu da ação em questão, responsável pelas contratações, foi condenado nas sanções estabelecidas no artigo 12, III, LIA. Os valores pagos aos funcionários não foram ressarcidos, uma vez que houve efetiva prestação do trabalho e não houve dano diverso daquele decorrente da própria existência do ilícito – pensar de

¹³⁷ Tribunal de Justiça/RS. Apelação Cível nº 70003443736, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Araken de Assis. Julgado em 05 de dezembro de 2001.

¹³⁸ Artigo 37, II, CF/88: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”. Sobre o tema, assevera Fazzio Júnior (*Atos de Improbidade...* pp. 188-189): “A razão de ser, na determinação constitucional do concurso, seja ele interno ou externo, envolve os princípios da impessoalidade e da eficiência. **Selecionar os melhores, segundo a classificação obtida, no universo dos concorrentes habilitados, por meio de avaliação segundo parâmetros objetivos, contribui para o aprimoramento dos quadros administrativos e, portanto, para a prestação de serviços públicos de melhor qualidade**”. Grifei.

¹³⁹ Páginas 6 e 7 do Acórdão respectivo.

forma contrária implicaria no enriquecimento ilícito por parte do Estado. No entanto, foi determinada a rescisão dos contratos em trinta dias, sob pena de pagamento de multa diária.

No último julgado trazido à baila para demonstração de como ocorrem as condutas ensejadoras dos atos da terceira espécie de improbidade administrativa, enxergamos uma “luz no fim do túnel”. Propositadamente, todos os casos apresentados até aqui – incluindo não só estes relacionados à terceira espécie de improbidade administrativa, mas também os julgados referentes às outras duas espécies – culminaram na condenação dos respectivos réus. Essa escolha fez-se necessária, dada nossa intenção, diversas vezes referida, de verificação *in loco* da improbidade administrativa.

No último caso, entretanto, buscamos um julgamento de improcedência, também de forma proposita.¹⁴⁰ Da leitura do acórdão, deduz-se que o conjunto probatório demonstrou que não houve má-fé por parte dos réus. Muito pelo contrário: suas atitudes beneficiaram um grupo de estudantes, não tendo ocorrido enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou afronta a qualquer princípio regente da Administração Pública. Daí o uso da expressão supramencionada, representadora da esperança que cultivamos na possibilidade de atuação honesta pelos agentes públicos. Vejamos.

Um pequeno grupo de estudantes, moradores de localidades rurais no interior do município gaúcho de Maquiné, procurou o Prefeito local, a fim de que obtivessem transporte escolar. Os referidos alunos freqüentavam o segundo grau em uma escola da rede estadual. Diante da escassez de recursos, o Prefeito colocou à disposição o ônibus escolar do Município para a prestação do serviço, motivo pelo qual figurou no pólo dessa ação de improbidade administrativa, enquanto aos estudantes caberia o pagamento do motorista – servidor público municipal, que durante o dia já transportava os alunos da rede municipal.

¹⁴⁰ Tribunal de Justiça/RS, Ação Civil Pública nº 70007310121, 22ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza. Julgada em 30 de março de 2004. Aqui, houve rejeição preliminar da ação de improbidade administrativa.

Quanto ao ex-prefeito, sua conduta ímproba teria sido a cessão de ônibus municipal para o transporte de alunos da rede estadual. Aqui, vem à tona questão já abordada preteritamente: nem todo ato ilegal configurará também ato de improbidade administrativa. E, no caso em tela, devemos nos concentrar em algo muito mais importante para o seu deslinde: a preocupação do Administrador em auxiliar os estudantes em sua formação. Esse ponto foi devidamente colocado pela Relatora:

A prática de improbidade administrativa, na modalidade de violação a princípio, exige a prova do dolo do agente. Ainda que materializada a conduta ilegal, o que se visualiza, no caso, ao contrário, é a preocupação do demandado em prestar o serviço de transporte escolar também aos estudantes de segundo grau da rede estadual, cuja responsabilidade não era do Município¹⁴¹, em atenção ao regime de colaboração entre os entes da Federação disposto no artigo 211 da Constituição da República.¹⁴²

A importância dessa atitude foi tanta que, em depoimento, determinado estudante chegou a referir que se não fosse a ajuda do Prefeito, talvez não tivesse obtido seu diploma. O empréstimo do ônibus não trouxe maiores encargos ao Município, além de ter contribuído com o acesso à escola para os estudantes, que pagavam uma quantia módica pelo serviço prestado, para remunerar o motorista. Uma vez ausente o dolo, a má-fé, não há que se falar em ato de improbidade administrativa por suposta violação dos princípios regentes da Administração Pública.

Quanto ao motorista, sua conduta ímproba teria sido a percepção de remuneração paga pelos estudantes que transportava à noite, uma vez que já recebia vencimentos em função do cargo que exercia durante o dia. Não prosperou, no entanto, tal alegação. Esse réu desempenhava a função de motorista dos alunos da rede municipal, iniciando suas atividades por volta das 6 (seis) horas da manhã, encerrando-as em período diurno. A atividade realizada à noite, portanto, não estava compreendida na remuneração percebida pelos cofres municipais. Pela sua clareza, transcrevemos novo trecho do voto da Relatora:

¹⁴¹ A Lei nº 10.709, de 31 de julho de 2003, alterando a redação da Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, incluiu entre as incumbências dos Estados a assunção do transporte escolar dos alunos da rede estadual (art. 10, inciso VII). Nota da Relatora.

¹⁴² Página 4 do Acórdão em comento.

Considerando que o serviço de transporte prestado aos alunos da rede estadual era à noite, é lícito concluir que se tratava de atividade não compreendida nos cargos que ocupava. Daí que não se pode extrair já estivesse remunerado pelo erário municipal pelo serviço executado à noite em benefício dos alunos da rede estadual, ainda mais que iniciava seu trabalho para os alunos da rede municipal, de regra, às 6 horas da manhã, como já dito acima (fls. 119/136). Não há falar, portanto, em dúplice remuneração pelo mesmo serviço por perceber vencimentos como servidor municipal.¹⁴³

Conforme mencionamos anteriormente, estamos diante de situação na qual a prestação do serviço pelo motorista e a autorização do ex-prefeito para utilização do ônibus escolar do município permitiram que um grupo de estudantes pudesse concluir sua formação acadêmica. Muito embora a cessão do veículo possa ter sido ilegal, não configurou conduta ímproba, dada a ausência de dolo em lesar o erário, auferir vantagem indevida ou afrontar os princípios que regem a Administração Pública.

A análise ponderada do magistrado, quando se encontrar diante de casos como o presente, é fundamental: sua decisão poderá corroborar aquele pensamento corrente de que estamos diante de uma lei draconiana, ou então reafirmar a utilização da LIA como importante diploma legal para a boa gestão da *res publica*.

2.3 Sanções aos atos: dosimetria e cumulatividade

Muito embora não faça parte de nosso objetivo precípuo o estudo e a análise dos tipos de sanções impostas às várias espécies de improbidade administrativa, não poderíamos finalizar nosso trabalho sem comentar a respeito de duas polêmicas estabelecidas com relação à aplicação das sanções.¹⁴⁴ Como podemos notar da

¹⁴³ Página 5 do Acórdão em discussão.

¹⁴⁴ As sanções às três espécies de atos de improbidade administrativa encontram-se positivadas no artigo 12 da LIA, a seguir transcrito: “Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

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

leitura do artigo 12 e seus incisos, as sanções estatuídas são severas e visam punir de forma exemplar aquele agente público desonesto que não atua em favor da coletividade.

A primeira polêmica diz respeito à necessidade de todas as sanções serem aplicadas conjuntamente, ou seja: se haveríamos, obrigatoriamente, de cumular todas as sanções referentes à espécie de improbidade concretizada pelo sujeito ativo. Exemplificativamente: incorrendo o agente público na primeira modalidade de improbidade, qual seja o enriquecimento ilícito, deveria o magistrado aplicar, necessariamente, todas as sanções estabelecidas no inciso I, do artigo 12? A resposta é negativa, conforme pacificou entendimento o STJ, apesar de autorizadas vozes doutrinárias propugnarem em sentido contrário. Vejamos, então.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, diversas vezes citados em nosso Trabalho devido à grande obra que confeccionaram em favor da defesa do patrimônio público, são exemplos de autores que se posicionam a favor da cumulatividade das sanções. Argumentam no sentido de que as sanções elencadas no artigo 12 o foram de forma aglutinada, com a última sanção estabelecida em cada inciso ligada ao todo pela conjuntiva “e”, e que:

Além do aspecto gramatical, já que não utilizada a disjuntiva “ou” na cominação das sanções, deve-se acrescer que não caberia ao Poder Judiciário, sob pena de mácula ao princípio da separação dos poderes, deixar de aplicar as reprimendas estabelecidas pelo

ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

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

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

legislador, de forma cumulativa, consoante expressa autorização constitucional.¹⁴⁵

Com a devida vênia, ousamos não concordar com os renomados membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Como já referimos, a LIA pecou em alguns aspectos de técnica legislativa. Dessa forma, devemos ter cautela na tomada de decisões, quando a embasamos unicamente em uma interpretação literal do dispositivo legal analisado. Além disso, não se poderia entender que uma conduta culposa do artigo 10 fosse punida com a suspensão dos direitos políticos pelo prazo mínimo de cinco anos, por exemplo, quando ocorre, culposamente, reitere-se, uma dispensa indevida de licitação. Exemplo esse, aliás, trazido pelos próprios autores, quando afirmam que esse representaria uma espécie de caso excepcional, no qual a cumulatividade das sanções, aí sim, não seria necessária.¹⁴⁶

A jurisprudência, então, firmou entendimento de que as sanções da Lei de Improbidade Administrativa não se aplicam, necessariamente, de forma cumulativa. Isso evita que se cometam injustiças na aplicação de sanções idênticas para réus que tenham provocado atos cujas conseqüências tenham sido graduadas de forma diferente. É o que se depreende do seguinte julgado do Superior Tribunal Justiça, cuja ementa transcrevemos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. SÚMULA N.º 13/STJ. ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR NA APLICAÇÃO DAS PENALIDADES.

[...]

3. **As sanções do art. 12, da Lei n.º 8.429/92, não são necessariamente cumulativas**, cabendo ao magistrado a sua dosimetria; aliás, como resta claro do parágrafo único do mesmo dispositivo.

4. No campo sancionatório, a interpretação deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição, sempre prestigiada pela jurisprudência do E. STJ. (Precedentes: REsp 291.747, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 18/03/2002 e RESP 213.994/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 27.09.1999).

5. Revela-se necessária a observância da **lesividade** e **reprovabilidade** da conduta do agente, do elemento volitivo da conduta e da consecução do interesse público, para efetivar a

¹⁴⁵ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa...* p. 503.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 505.

dosimetria da sanção por ato de improbidade, adequando-a à finalidade da norma.¹⁴⁷ (grifei).
[...]

Parece-nos acertada essa visão pacificada pela jurisprudência, de que não deve o magistrado sempre cumular as sanções estabelecidas para os atos. Diante do caso concreto é que se decidirá pelo uso de todos os tipos de sanções ou pelo uso de alguns, conforme o grau de reprovação quanto à conduta praticada pelo agente público. Isso nos leva ao segundo problema relacionado à aplicação das sanções aos atos de improbidade: a falta de critérios legais para sua adequada dosimetria.

A LIA, quanto a esse ponto, traz somente dois critérios estabelecidos no parágrafo único do já transcrito, em nota supra, artigo 12. O juiz, quando da fixação das penas, deverá levar em conta a “extensão do dano” e o “proveito patrimonial obtido pelo agente”. No entanto, tais critérios afiguram-se insuficientes para a realização da dosimetria da sanção. Conforme mencionou o Relator do acórdão supra, ministro Luiz Fux, deve o magistrado atentar para a lesividade e a reprovabilidade da conduta do agente, quando for aplicar a sanção.

Quando realizamos a leitura do dispositivo sancionatório da LIA, artigo 12, notamos as falhas do legislador na fixação dos critérios para aplicação das sanções. Quanto à sanção de suspensão dos direitos políticos, houve fixação de período mínimo e máximo – o mesmo não aconteceu, entretanto, para a sanção de proibição de contratar com o Poder Público, em que houve fixação de período único. Dependendo do caso concreto, aplicar a mesma sanção para dois réus que tenham incorrido na mesma espécie de improbidade administrativa poderá mostrar-se excessivo (conduta dolosa *versus* conduta culposa no artigo 10, por exemplo). Também se encontra lacunoso o dispositivo legal no que diz respeito à multa: existe a fixação de um patamar máximo, mas não de um mínimo.

Por tudo isso, deverá o magistrado atentar para os critérios já mencionados pelo STJ quando for efetivar a dosimetria da sanção pelo ato de improbidade.

¹⁴⁷ Superior Tribunal de Justiça – STJ – Resp 664856/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 06 de abril de 2006.

Determinar o grau de lesividade da conduta, sua reprovabilidade, o quanto repulsiva é diante da sociedade e do ordenamento jurídico. Somente assim estaremos aplicando a LIA de acordo com os parâmetros constitucionais, pois a *“aferição de compatibilidade entre os graus de reprovabilidade e a intensidade da improbidade melhor se identifica com os direitos fundamentais previstos na mesma Carta Magna que determina sanções para o agente ímprobo e a necessidade de reprimendas”*.¹⁴⁸

¹⁴⁸ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa...* p. 361.

Considerações finais

Ao longo do presente Trabalho buscamos discorrer sobre o tema das espécies de atos de improbidade administrativa, sua caracterização e ocorrência em nossa realidade local. Conforme já havíamos aduzido, a escolha de abordá-lo deveu-se a nossa particular indignação com a administração da coisa pública em solo brasileiro e os crescentes números de condenações de agentes públicos que optaram em pautar sua atuação pela marca da desonestidade.

Como tivemos a oportunidade de notar, a edição da LIA representou um grande avanço no combate à improbidade administrativa, principalmente em face da positivação de duas espécies de atos que, até então, não haviam sido albergados pela legislação infraconstitucional e anterior à Constituição Federal de 1988. Surgida em meio ao contexto da redemocratização, a Lei nº 8.429/92 demonstra a necessidade existente em nossa sociedade de reforçarmos os conceitos analisados da moralidade e da probidade administrativa, não fugindo de seu estudo em virtude das dificuldades inerentes à análise das normas principiológicas. A Carta Magna inovou ao tratar a improbidade administrativa não só como crime de responsabilidade, mas também como ilícito extra-penal, oferecendo a possibilidade de surgimento da LIA – para alguns autores, inclusive, um verdadeiro código geral de conduta para os agentes públicos.¹⁴⁹

Quanto aos sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, vale lembrar a polêmica abordada envolvendo a inclusão ou não dos agentes políticos dentro do conceito amplo de agente público do qual se valeu o legislador pátrio. Olhamos com alguma desconfiança para a decisão do Supremo Tribunal Federal analisada, uma vez que a exclusão desses personagens importantíssimos para a consecução das finalidades públicas do âmbito de incidência da LIA poderia representar um desestímulo ao caráter repressivo do diploma legal em apreço, ou então – o que seria muito pior – um estímulo à atuação do agente *improbis*.

¹⁴⁹ Vide a obra MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Na análise das três espécies de atos de improbidade administrativa normatizadas, constatamos o esforço da doutrina nacional para que se possa delinear com exatidão os conceitos tipificados pelo legislador. A jurisprudência também vem se esmerando para que, com a maior clareza possível, possamos identificar os requisitos necessários para a configuração da improbidade administrativa, quando estamos diante da análise de um caso concreto que demanda uma decisão a respeito da ocorrência de violação à probidade na Administração Pública.

Assim, seguimos a trilha demarcada pela doutrina e respaldada pela jurisprudência, ao afirmarmos a necessidade da presença de dolo, da má-fé, da desonestidade, como regra geral para o enquadramento da ação ou omissão em discussão em uma das espécies de improbidade administrativa. No entanto, também afirmamos a punição daquele agente público desidioso, que não exerce suas funções com a necessária diligência que o patrimônio público reclama – admitindo, então, a modalidade culposa estatuída na segunda espécie de improbidade, aquela que causa prejuízo ao erário.

Com relação à improbidade por violação aos princípios regentes da Administração Pública, identificamos e discorremos sobre a necessária cautela que deve existir quando de seu manejo pelos operadores do Direito. Dado o caráter mais abstrato de suas formulações, bem como a maior dificuldade existente em sua verificação, acaba sendo exigido do magistrado um zelo maior no aferimento de sua ocorrência. Isso não significa, como foi abordado, que não devemos propugnar pelo estudo e pela aplicação efetiva da terceira espécie de improbidade: afinal, muito embora não haja enriquecimento ilícito ou prejuízo ao patrimônio das entidades passíveis de sofrerem atos de improbidade, não podemos pactuar com a atuação de um agente público que não respeita normas às quais deve obediência em razão do exercício de sua especial atividade.

Julgamos, ainda, de suma importância a pesquisa feita em torno das decisões prolatadas, principalmente, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a fim de identificarmos quais as condutas do cotidiano que se amoldam aos

caput dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Dessa forma podemos constatar de que maneira ocorrem, efetivamente, os atos de improbidade administrativa: o que representa uma vantagem patrimonial indevida, ou a perda patrimonial, ou ainda praticar atos que afrontam os princípios da Administração Pública. Por fim, não escapamos de apresentar a problemática envolvendo a dosimetria e a cumulatividade das sanções.

O Estado brasileiro, a nosso ver, encontra-se em plena construção, com o fim de alçar o Brasil, quem sabe, em um futuro não muito distante, ao grupo dos países desenvolvidos. Portanto, enquanto continuarem subsistindo práticas marcadas pela desonestidade dentro da Administração Pública, o aperfeiçoamento dos mecanismos de repressão e punição aos agentes públicos envolvidos faz-se necessário. Não se coadunam com o desenvolvimento da democracia e de um Estado cuja presença é marcante no cenário socioeconômico (como é o caso do nosso Estado) a consecução de atos de improbidade administrativa, motivadores de, não raras vezes, o alastramento de um certo sentimento de descrédito por parte da sociedade quanto aos seus administradores públicos. O tratamento que deve ser dispensado às espécies de atos de improbidade administrativa não se esgota, obviamente, com o trabalho que empreendemos – mas esperamos que essas linhas possam ter contribuído para o seu entendimento.

Referências

Obras Consultadas

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

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

BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CORRÊA BITTENCOURT, Marcus Vinícius. *Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

FERNANDES, Flávio Sátiro. *Improbidade Administrativa*. I Ciclo de Palestras, Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, 1997. Disponível em: <http://www.jfpb.gov.br/esmafe/pdf_esmafe/Hemeroteca/Improbidade%20administrativa_Flavio%20Satiro.pdf>. Acesso em: 16/05/2008.

FERRACINI, Luiz Alberto. *Improbidade Administrativa: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Julex Edições, 1997.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa: Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar*. 5ª. Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FREITAS, Juarez. *O princípio jurídico da moralidade e a lei de improbidade administrativa*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, 3ª Ed. 2ª tir.

GARCIA, Emerson. *Sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa: reflexões*. In: *Improbidade Administrativa: responsabilidade social na prevenção e controle*. Vitória: 2005. Ministério Público do Estado do Espírito Santo; Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Profissional – Coleção Do Averso ao Direito. Disponível em: <<http://www.mpes.gov.br/anexos/conteudo/2120957232312007.doc>>. Acesso em: 03/05/2008.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa – história de um conceito*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Vol. 24, dezembro de 2004.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Enriquecimento Ilícito de agentes públicos – evolução patrimonial desproporcional à renda ou patrimônio – Lei Federal 8.429/92*. Revista dos Tribunais/Fasc. Civ. , Ano 87, v. 755, set. 1998, p. 94 – 112.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Improbidade dos Fiscalizadores*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1211290033174218181901.pdf>>. Maio de 2008. Acesso em: 21/08/2008.

_____. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade Administrativa: do Conceito à Efetivação*. RDA, n.190, p. 1-44.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PAIVA, Paulo. *Sobre Ética, Economia e Boa Governança*. Palestra proferida no Terceiro Encontro de Representantes Setoriais da Comissão de Ética Pública. In: Seminário Internacional sobre Ética como Instrumento de Gestão Pública. Brasília, 11 de setembro de 2002. Disponível em: <www.iadb.org/etica>. Acesso em: 15/07/2008.

PAZZAGLINI FILHO, Marino, ELIAS ROSA, Márcio Fernando e FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 1997.

PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal*. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2006.

PRADO VIEIRA, Evelise Pedroso Teixeira. *A lei de responsabilidade fiscal e a improbidade administrativa*. Exposição feita no seminário “Lei de Responsabilidade Fiscal – Aspectos Cíveis e Criminais”. São Paulo, Ministério Público do Estado de São Paulo, março de 2001. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Improbidade_Administrativa/Doutrina_Improbidade/18-ImprobidadeeLRF.htm>. Acesso em: 13/08/2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 3.026-4/DF. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DJ 29.09.2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 17/05/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 2.182-6. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DJ 31-5-2000. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 17/05/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.138/DF. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, DJ 18.04.2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em : 12/09/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 977454/RO. Relator: Min. José Delgado. Brasília, DJ 12.11.2007. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 09/06/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP. 626.034/RS. (2004/0015832-1). Relator: Min. João Otávio Noronha, 2ª Turma. Brasília, DJ 05/06/2008. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 12/09/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP. 897.499/SP. (2006/0156333-8). Relator: Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma. Brasília, DJ 20/04/2007. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 09/06/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP. 842.428/ES. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, julgado em 24/04/2007. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em 09/06/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP. 213.994/MG. Relator: Min. Garcia Vieira, 1ª Turma. Brasília, DJ 17/08/1999. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 09/06/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP. 480.387/SP. Relator: Min. Luiz Fux, 1ª Turma. Brasília, julgado em 16 de março de 2004. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23/07/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP. 604.151/RS. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, julgado em 25 de abril de 2006. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23/07/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP. 664.856/PR. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, julgado em 06 de abril de 2006. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23/07/2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 2000.71.00.026416-0/RS, 4ª Turma, Rel. Des. Edgard Lippmann Júnior. Porto Alegre, julgado em 13 de agosto de 2008. Disponível em: <www.trf4.gov.br>. Acesso em: 13/09/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça/RS. Agravo Interno nº 70024077513, Rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro. Porto Alegre, julgado em 08/05/2008. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 23/07/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça/RS. Apelação Cível nº 70018161364, 21ª Câmara Cível, Rel. Des. Marco Aurélio Heinz. Porto Alegre, julgado em 03 de outubro de 2007. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 23/07/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça/RS. Agravo de Instrumento nº 70020839890, Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, julgado em 06.08.2007. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 25/07/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça/RS. Apelação Cível nº 70020324141, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. João Carlos Branco Cardoso. Porto Alegre, julgado em 12 de dezembro de 2007. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 25/07/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça/RS, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70020324141. Rel. Des. João Carlos Branco Cardoso. Porto Alegre, julgado em 12 de dezembro de 2007. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 25/07/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça/RS, Apelação Cível nº 70022812580, 1ª Câmara Cível. Rel. Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick. Porto Alegre, julgado em 26 de março de 2008. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 13/08/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça/RS, Apelação Cível nº 70023690654, 22ª Câmara Cível. Rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza. Porto Alegre, julgado em 12 de junho de 2008. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 13/08/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça/RS, Apelação Cível nº 70022048581, 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Porto Alegre, julgado em 19 de dezembro de 2007. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 13/08/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça/RS, Apelação Cível nº 70020030466, 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Araken de Assis. Porto Alegre, julgado em 05 de setembro de 2007. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 15/08/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça/RS, Apelação Cível nº 70021331822, 22ª Câmara Cível. Rel. Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza. Porto Alegre, julgado em 25 de outubro de 2007. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 11/09/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça/RS, Apelação Cível nº 70014828693, 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Rogério Gesta Leal. Porto Alegre, julgado em 22 de junho de 2006. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 11/09/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça/RS, Apelação Cível nº 70003443736, 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Araken de Assis. Porto Alegre, julgado em 05 de dezembro de 2001. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 11/09/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça/RS, Ação Civil Pública nº 70007310121, 22ª Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza. Porto Alegre, julgada em 30 de março de 2004. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 12/09/2008.

Anexo - CAPÍTULO II da LIA (Lei nº 8.429/92)

Dos Atos de Improbidade Administrativa

Seção I

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Seção II

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

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

Seção III

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

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

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

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

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

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

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

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