

Recebimento do artigo: 14/10/2008

Aprovado em: 09/12/2008

Sérgio Shimura

São Paulo, SP, Brasil

sshimura@uol.com.br

Sumário

Introdução. Natureza civil da sanção por improbidade. Crime de responsabilidade e ato de improbidade administrativa. Perda dos bens e valores. Ressarcimento integral do dano. Perda da função pública. Suspensão dos direitos políticos. Multa civil. Proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Outras conseqüências. Dosimetria. Prescrição. Bibliografia.

Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, Mestre, Doutor e Livre-Docente pela PUC/SP, Professor nos programas de graduação e pós-graduação da PUC/SP e do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, Professor da Escola Superior do Ministério Público.

Resumo

A Constituição Federal exige que a prestação do serviço público seja balizada pelos princípios legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, em qualquer esfera e nível de Poder. Independentemente de outros mecanismos de controle, o jurisdicional pode ser feito por meio de ação de improbidade administrativa, situação em que incidem diversas sanções, com ou sem caráter pecuniário, variável no aspecto qualitativo e quantitativo.

Abstract

The Federal Constitution demands that the installment of the public service is marked out with buoys by the principles legality, impersonal, morality, advertising and efficiency, in any level of power. Independently of other mechanisms of control, the jurisdictional one can be made by means of action of administrative improbity, situation where diverse sanctions happen, with or without pecuniary, changeable in the qualitative and quantitative aspect.

Palavras-chave

Princípios de Legalidade. Moralidade. Direitos Políticos - Improbidade Administrativa. Princípios Administrativos.

Key words

Legal Principle. Morality. Political Rights – Administrative Improbity. Principles of the Public Administrative.

100 **Introdução**

O Estado, no exercício de suas multifárias atividades com vistas à prestação de serviço público, deve estrita obediência aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, CF).

Quando a Constituição Federal fixa tais coordenadas, está a dispor de todas as atividades administrativas de quaisquer dos Poderes e de todos os entes da federação, seja da administração direta, seja da indireta.

No resguardo da coisa pública, tanto a normativa constitucional como a infra-constitucional estabelecem mecanismos de controle, na órbita interna e na externa.

De um lado, no âmbito *interno*, os poderes têm o dever de exercer o *autocontrole*. Assim, a Administração tem o poder e o dever de proceder à fiscalização de seus próprios atos e agentes. Ilustrativamente, deve anular ou revogar os atos viciados, instaurar procedimentos contra seus servidores etc.

De outro, o controle externo é exercido pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

O Legislativo dispõe, por exemplo, das comissões parlamentares de inquérito, a respeito das quais o art. 58, § 3º, CF, reza que

As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

A par disso, o Poder Legislativo pode ainda exercer o controle por via dos Tribunais de Contas (art. 71, CF).

O controle exercido pelo Poder Judiciário estabelece as penas mais graves, por força do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e da possibilidade de formação da coisa julgada, como se extrai do art. 37, § 4º, CF: “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”.

Dessa forma, sem prejuízo das ações constitucionais (ação popular, mandado de segurança, ação direta de inconstitucionalidade etc.), a Constituição Federal se encarrega de prever desde logo determinadas sanções e outorgar competência à lei para a respectiva formalização e gradação.

Com esses paradigmas, a Lei nº 8.429/92 edita normas acerca do ressarcimento do dano, perda dos bens ou valores, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

É o que preconizam os seguintes dispositivos da Lei nº 8.429/92:

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

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

- Art. 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 8 (oito) a 10 (dez) anos, pagamento de multa civil de até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (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 5 (cinco) a 8 (oito) anos, pagamento de multa civil de até 2 (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 5 (cinco) anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 5 (cinco) anos, pagamento de multa civil de até 100 (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 3 (três) anos).

Vê-se, pois, que parte das sanções tem conteúdo preponderantemente patrimonial: *perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano e multa civil.*

As demais não envolvem diretamente o patrimônio do agente ímprobo ou do terceiro participante, mas atingem o “status” da pessoa: *perda da função pública, suspensão dos direitos políticos 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.*

102 **Natureza civil da sanção por improbidade**

Do art. 37, § 4º, CF, que proclama que “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”, podemos extrair duas ordens de interpretações.

A primeira é que a norma constitucional tem conteúdo *meramente programático*, portanto de eficácia limitada, reclamando a edição de norma infraconstitucional. Quer dizer, as sanções de *suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário* são de conteúdo mínimo, não impedindo que a lei detalhe e acrescente outras sanções.¹

A segunda ilação é que as sanções pela prática de improbidade administrativa são de **natureza civil**, isto é, não-penal, nem administrativa.

Daí porque o “caput” do art. 12, Lei nº 8.429/92, já principia dizendo: “*Independentemente* das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações”.

Um determinado ato pode subsumir-se à regra de direito penal, administrativo ou civil, ensejando a incidência de sanção penal, administrativa ou civil. É a chamada incidência múltipla de normas.

Emerson Garcia, de modo percuciente, esclarece que as condutas ilícitas constantes nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, ao empregar o vocábulo “*notadamente*”, se proclamam meramente enunciativos, o que desde logo já se afastam do Direito Penal, regido que é pelo princípio da estrita legalidade e taxatividade.

Nessa linha, critica o disposto no art. 339 do Código Penal, (“Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou *ação de improbidade administrativa* contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente”), taxando-o de inconstitucional na parte que alude a “*ação de improbidade administrativa*”.

Com efeito, se o art. 37, § 4º, CF, diz que a sanção por improbidade administrativa tem cunho não-penal, o Código Penal não poderia atrelar a idéia de **crime** na “*ação de improbidade administrativa*”.²

¹ Cf. REsp. 440.178-SP, rel. Min. Francisco Falcão, j. 08/06/2004.

² GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. Lumen Juris Editora, p. 429, n. 71.

O próprio Supremo Tribunal Federal fez a distinção entre a sanção por improbidade e pela prática de crime, ao julgar inconstitucionais os parágrafos 2º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, que conferiam prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública (ADin n. 2.797-DF, ajuizada pela Conamp - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15/09/2005).

Da análise dos arts. 935, Código Civil, 475-N, II, 110, Código de Processo Civil, e art. 64 do Código de Processo Penal³, pode-se perceber que, quanto à *pretensão, competência e procedimento*, o sistema pátrio é o da *independência absoluta* das jurisdições. Todavia, proferida uma das decisões (civil, penal ou administrativa), adota-se o regime da *independência relativa*.

Quer dizer, a instauração do processo civil não fica subordinado à do penal, nem vice-versa. As jurisdições são independentes e autônomas. O que pode ocorrer é *suspensão* de um processo até o julgamento de outro (arts. 110 e 265, IV, CPC), mas não é fator impeditivo absoluto.

Todavia, sobrevivendo *decisão* (civil, penal ou administrativa), dependendo do teor e do momento, há comunicação entre as instâncias e, portanto, influência direta em outro processo, isso para evitar decisões conflitantes e desperdício de tempo, energia e dinheiro.

Por exemplo, provada no processo crime a inexistência do fato ou que o réu não foi o autor, tal decisão penal repercute no âmbito civil e administrativo (art. 935, Código Civil). Ainda, condenado o réu no processo penal, a sentença é título executivo judicial no processo civil (art. 475-N, II, CPC).

Tornando ao regime da independência dos processos, como tramitam de modo autônomo, a sanção aplicada no processo judicial civil, por exemplo, não fica na dependência do resultado do processo penal, nem ao processo administrativo.

³ Art. 935, Código Civil. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Art. 110, CPC. Se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal.

Parágrafo único. Se a ação penal não for exercida dentro de 30 (trinta) dias, contados da intimação do despacho de sobrestamento, cessará o efeito deste, decidindo o juiz cível a questão prejudicial.

Art. 475-N, CPC. São títulos executivos judiciais: II – a sentença penal condenatória transitada em julgado.

Art. 64, CPP. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.

Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

104 Ilustrativamente, malgrado o servidor já tenha sido sancionado, em processo administrativo, com a *perda da função pública*, nada impede que, estando provado o ato ímprobo, advenha sanção (agora judicial) da perda da função pública. Mas, o contrário pode ter relevância. Se já foi condenado na ação de improbidade administrativa com a perda do cargo, eventual processo administrativo pode restar prejudicado por perda do objeto a ser analisado; isso se deve ao fato de o instituto de *coisa julgada* ser próprio das decisões *judiciais*.

Além disso, o dano ao patrimônio público não é condição para a incidência das sanções; de igual modo, a aprovação ou rejeição das contas pelo Tribunal de Contas não se constitui, em rigor, em prejudicialidade ao apenamento por improbidade administrativa (art. 21, Lei nº 8.429/92).

Crime de responsabilidade e ato de improbidade administrativa

É possível que o fato ou o ato, a despeito de se caracterizar como *improbidade administrativa*, também esteja tipificado em lei como *crime de responsabilidade*.

Por exemplo, frustrar a licitude de concurso público é ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública (art. 11, V, Lei nº 8.429/92); ao mesmo tempo, vem categorizado como crime de responsabilidade o ato do Presidente da República ou Ministro que “infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais” (art. 9º, n. 5, Lei nº 1.079/50).

Caberiam duas ações (de improbidade administrativa e por crime de responsabilidade)? A questão é dividida.

Uma primeira corrente entende ser descabida a duplicidade de instrumentos processuais, vale dizer, se o fato configura crime de responsabilidade, fica vedada a ação por improbidade.

Argumenta-se que o exercício das atribuições dos agentes políticos – dispostas na própria Constituição Federal – não pode ser equiparado com as funções exercidas pelos demais servidores públicos, subordinados a limitações hierárquicas, não dotados de autonomia funcional e sujeitos a um sistema comum de responsabilidade.⁴

Nesse passo, a própria Constituição Federal já teria feito o destaque do crime de responsabilidade praticado por agentes políticos. Já teria se encarregado de estabelecer no art. 85 que “São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da

⁴ Cf. PAZZAGLINI FILHO, Marino; e outros. **Improbidade Administrativa** – Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público, Atlas, p. 138, n. 7.2.

República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra (V) a probidade na administração”.

Dessa maneira, a improbidade praticada por tais agentes políticos já estaria absorvida pelo crime de responsabilidade e teria *sanções específicas* (perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública), a ser aplicada pelo Senado Federal, portanto, com *foro privilegiado*, seja para a pronúncia (Câmara dos Deputados, art. 51, CF), seja para o julgamento (Senado Federal, art. 52, CF; art. 2º, Lei nº 1.079/50).

A segunda corrente, que nos parece a mais consentânea com os ditames constitucionais, propugna pela separação das instâncias, política e jurisdicional. Com efeito, o § 4º do art. 37, CF, deve ser harmonizado com o art. 85, V, CF, de molde a evidenciar dois campos de incidência normativa, assim como existe, por exemplo, no fato tipificado como ilícito civil e, ao mesmo tempo, penal.

Em outro dizer, a sanção política não substitui nem prejudica a sanção jurisdicional. Uma coisa nada tem a ver com a outra.

Primeiro, que a própria Constituição Federal diz que a sanção por improbidade administrativa incide “sem prejuízo da ação penal cabível” (§ 4º do art. 37); e crime de responsabilidade, pelo próprio nome, diz respeito à ação penal.

Segundo, no mais das vezes, quem detém verdadeiramente o poder de ditar as ordens e, pois, de deflagrar o ato danoso ao erário, é o agente político. Nesse contexto, incoerente e totalmente contrário ao princípio da isonomia punir o *mero executor da ordem* de modo mais gravoso (com a *perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e multa civil*), e de maneira mais suave o verdadeiro mentor ou responsável, com a simples “perda do cargo”.⁵ Parece que estaria havendo uma inversão de valores!

Impende lembrar que, mesmo para a doutrina que afirma que a reserva prevista no art. 85, CF (Presidente da República), nada impediria a ação por improbidade administrativa contra os demais agentes públicos ou políticos (ex.: senadores, deputados, governadores, prefeitos).⁶

Por exemplo: ato do Prefeito de “Nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei” (art. 1º, XIII, Decreto-lei nº 201/67; art. 11, V, Lei nº 8.429/92); apropriação de rendas públicas pode configurar ato de improbidade administrativa (art. 10, Lei nº 8.429/92) e ao mesmo tempo crime de responsabilidade.

⁵ Nesse sentido, cf. Emerson Garcia, **Improbidade Administrativa**, Lumen Juris Editora, p. 436.

⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino; e outros. **Improbidade Administrativa** – Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público, Atlas, p. 138, n. 7.2.

106 Prefeito (art. 1º, I, Decreto-lei nº 201/67), afora a hipótese de peculato (art. 312, Código Penal).

Entretanto, infelizmente, parece que o Supremo Tribunal Federal vem adotando a primeira corrente, deixando incólume de sanção o agente político que tenha praticado improbidade administrativa.

Veja-se, por ilustração, na Reclamação 2138-DF: em 2002, o Ministro-Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos foi flagrado usando avião da Força Aérea Brasileira para visitar o arquipélago de Fernando de Noronha, a lazer. A ação de improbidade administrativa foi proposta ação em 1º grau; todavia, o réu ajuizou Reclamação no STF, sustentando que agente político (ministro de Estado) só responderia por crime de responsabilidade, e não por ato de improbidade administrativa. Surgiu uma questão de ordem (o réu não era mais ministro). No entanto, no curso do processo, o réu-Reclamante assumiu o cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Assim, no mérito da Reclamação, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, decidiu que 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). Somente o Supremo Tribunal Federal pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos.⁷

No mesmo sentido, na Reclamação nº 2.790, o Superior Tribunal de Justiça, por decisão do Ministro Paulo Gallotti, suspendeu a Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público contra o governador de Santa Catarina, Luiz Henrique da Silveira, por improbidade administrativa, ao argumento de que os políticos não respondem por improbidade administrativa nos moldes da Lei 8.429/1992, mas apenas por crime de responsabilidade.

A esperança, ainda que se entenda haver foro privilegiado para tais agentes políticos, é que se restrinja somente às sanções de *perda da função pública e suspensão dos direitos políticos*, autorizando a abertura do processo na instância ordinária para os demais conseqüências (perda dos bens, ressarcimento do dano e multa civil).

⁷ Reclamação 2138-DF - Relator Min. NELSON JOBIM, j. 13/06/2007 - Tribunal Pleno - DJ 18-04-2008.

Perda dos bens e valores

A primeira sanção é a *perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio*, prevista nos incisos I e II do art. 12, Lei nº 8.429/92.

A perda dos bens ou do valor do proveito auferido pode ser também conseqüência da *condenação penal* (art. 5º, XLVI, “b”, CF; art. 91, II, “a” e “b”, Código Penal).⁸

Assim, por exemplo, se o agente público recebe dinheiro ou veículo para “fazer vista grossa” em fiscalização de empresa (art. 9º, I, Lei nº 8.429/92) ou fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obra pública (art. 9º, VI, Lei nº 8.429/92), em sendo condenado na ação de improbidade administrativa, uma das sanções será a perda do bem ou valor.

Essa sanção pressupõe o “acréscimo ilícito ao seu patrimônio”, isto é, a vantagem econômica que gerou o enriquecimento ilícito, que resultará na *reversão* dos bens ou valores à pessoa jurídica prejudicada ou a qual estiver atrelada o agente público (art. 18, Lei nº 8.429/92).

A despeito de o art. 18, Lei nº 8.429/92, aludir à “reversão”, cabe considerar que por vezes o bem ou a vantagem econômica não provém do erário, mas sim de terceiro, interessado no abrandamento do dever do agente público. Em outras palavras, ainda que o particular entregue dinheiro ou coisa, em sendo procedente a ação de improbidade administrativa, tais bens têm como destinatário a pessoa jurídica prejudicada.

Nesse contexto, impõem-se duas observações concernentes ao *destinatário*: primeiro, que se o fato também configurar crime, a perda dos bens e valores se dá em favor da pessoa jurídica prejudicada, não necessariamente a União, à luz do art. 91, II, última parte, do Código Penal.

A segunda nota refere-se ao *fundo de direitos difusos* (art. 13, Lei nº 7.347/85); conquanto a ação de improbidade administrativa envolva direitos difusos, na medida em que toda a coletividade, indistintamente, tem direito a um governo probo, a perda dos bens e valores não ocorre em favor do fundo, mas sim da pessoa jurídica a qual o agente estiver vinculado.

⁸ Art. 5º, XLVI, “b”, Constituição Federal. A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: b) perda de bens;

Art. 91 do Código Penal. São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

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

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

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

Interessa adiantar que a sanção de *perda* dos bens ou valores não se confunde com a de *ressarcimento integral do dano* (prevista nos três incisos do art. 12, Lei nº 8.429/92).

A perda dos bens pressupõe *vantagem indevida*. O ressarcimento ao erário tem como causa a ocorrência de *dano*. Uma sanção pode ser aplicada independentemente da outra, tanto que vêm regradas em dispositivos distintos: a) art. 5º, Lei nº 8.429/92: “Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o *integral ressarcimento do dano*”; b) art. 6º: “No caso de enriquecimento ilícito, *perderá* o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio”.

E o inciso I do art. 12, ao se reportar às hipóteses do art. 9º, sublinha que incidirá a pena de “ressarcimento integral do dano, *quando houver*”, entendendo que se trata de sanção diferente da perda dos bens ou valores.

Por exemplo, o agente público que ordena realização de despesa não autorizada em lei; permitindo a aquisição de bens por preço superior ao de mercado (art. 10, V e IX, Lei nº 8.429/92) gera dano ao erário, sem que, necessariamente, tenha obtido vantagem indevida. Neste caso, a sanção será *apenas* de ressarcimento do dano, atê porque não haverá o que *devolver*.

De conseguinte, a perda dos bens ou valores está vinculada ao patrimônio adquirido *após* a prática do ilícito, praticado, como regra, de forma dolosa. E eventual medida cautelar tendente a preservar a eficácia do provimento condenatória será a *indisponibilidade* (art. 7º) ou, *sequestro* ou *bloqueio* de bens, contas bancárias ou aplicações financeiras (art. 16, Lei nº 8.429/92, c.c. art. 822, Código de Processo Civil).

Mas, em se cuidando de ressarcimento do dano, tal sanção poderá advir de conduta meramente culposa (art. 10). Além do mais, em termos de cautelar típica, será a de “arresto” (art. 813, Código de Processo Civil), em concorrência, ainda, com o “bloqueio de contas bancárias, aplicações financeiras ou o repatriamento de dinheiro do exterior.”⁹

Apesar de o § 4º do art. 37, CF, aludir somente à “indisponibilidade dos bens”, o art. 6º, Lei nº 8.429/92, deixa claro que “No caso de enriquecimento ilícito, *perderá* o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio”.

Não há qualquer dessintonia entre o texto constitucional e a lei, vez que a *indisponibilidade* encerra tão somente uma medida incidental de urgência, para se atingir

⁹ Cf. mais amplamente, MARQUES, Sílvio Antonio. **Ação civil por improbidade administrativa e cooperação jurídica internacional**. Tese de Doutorado, PUC/SP.

o verdadeiro escopo da jurisdição, que é a restituição ao estado anterior, com o fito de resguardar o erário, assegurando a efetividade da sanção de *perda* dos bens ou de *ressarcimento dos danos*.

Em suma, a perda dos bens ou valores refere-se aos bens adquiridos ilicitamente *após* o ato de improbidade administrativa. Não se confunde com a efetivação da sanção de ressarcimento do dano, que pode atingir todo e qualquer bem do agente ímprobo.

Não localizados os bens, a obrigação converte-se em perdas e danos.

Ressarcimento integral do dano

Em todas as hipóteses do art. 12, Lei nº 8.429/92, há a previsão do ressarcimento integral do dano. Em princípio, para qualquer ato de improbidade administrativa previsto nos arts. 9º, 10 e 11, pode incidir tal sanção.¹⁰

O art. 5º, V, CF, serve de esteio para a condenação, quando edita que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

A primeira observação refere-se à possibilidade de o ato de improbidade administrativa não causar dano, tanto que os incisos I e III do art. 12, Lei nº 8.429/92, se valem da locução *se houver*.

Com efeito, o dever de reparar exige a prova do dano, da conduta do agente e do nexo de causalidade. Faltante uma delas, o ato não reclama a sanção.

O ressarcimento integral do dano abarca tanto o dano *material*, como o *moral*.

No tocante ao *dano material*, incluem-se as perdas e danos, ou seja, o dano emergente do ato ilícito, bem como a não-percepção do que se poderia ganhar (lucros cessantes), na esteira do art. 402, Código Civil. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Em relação ao *dano moral*, tem-se a dor, a angústia, o sofrimento, além do constrangimento e reputação junto à coletividade. Qualquer pessoa, física ou jurídica, pode sofrer dano moral, como proclamado na Súmula 227-STJ (*A pessoa jurídica pode sofrer dano moral*). E o art. 12 é claro: ressarcimento *integral* do dano.

¹⁰ No âmbito penal, “O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais” (art. 33, § 4º, Código Penal).

110 Com efeito, a sensação e o sentimento de revolta e indignação dos cidadãos, em face dos abusos, desvios e desmandos do administrador público merece ser atenuado, ao menos, com sanção pecuniária. Se o agente público - principalmente o agente político - trai a confiança que lhe foi depositada, causando repulsa e, por vezes, ódio, pelas ilegalidades praticadas, evidente a ofensa e, pois, o dever de reparar o dano.

Nessa linha, ao menos em tese, nada obsta a que a pessoa jurídica de direito público seja titular do direito à indenização por dano *moral*.

Se o indivíduo pode ser vítima de dano moral, não há porque não possa sê-lo a *coletividade*. Assim, pode-se afirmar que o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.¹¹

Não se pode negar que a pessoa jurídica goza de conceito junto à coletividade, com repercussão em diversos setores, principalmente negociais, como investimentos nacionais ou estrangeiros, confiabilidade nos títulos da dívida pública emitidos, implementação de parcerias, instalação de fábricas etc.¹² Nessas situações, fica nítida a configuração de dano moral (coletivo), causado difusamente a toda sociedade.

Por exemplo: se o agente público concede alvará de funcionamento a empreendimento, mediante concussão ou corrupção, autorizando ou permitindo a destruição de bem ambiental natural ou histórico, pode gerar um sofrimento e dor a toda a comunidade, pertencente ou não a determinado município ou estado. Ainda, o agente que tolera - às vezes, até promove - casas de prostituição ou o tráfico de entorpecente, inegavelmente ofende a fama e a reputação da comunidade local.

Entretanto, nesse contexto, surge a questão relativa ao *enriquecimento ilícito* do Poder Público.

Explica-se: é possível que o agente público tenha causado dano ao erário porque, por exemplo, fraudou o procedimento licitatório, na construção de obra pública; ou tenha ordenado despesa não autorizada por lei para aquisição de veículos.

¹¹ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**, RT, 2. ed. p. 347. No mesmo sentido: FRANÇA, Limongi, *Reparação por dano moral*, artigo publicado na **Revista dos Tribunais** v. 631, p. 29 e ss.; BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**, Ed. RT, 2. ed. 1994, p. 46.

¹² Cf. GARCIA, Emerson, **Improbidade Administrativa**, Lumen Juris Editora, p. 443.

Nessas situações, independentemente do dever do agente público de ressarcir eventual dano causado, surge a dúvida: como fica a posição do terceiro que prestou serviços, ou que vendeu bens à Administração? Se anulado o contrato administrativo, mas já prestado o serviço, o contratado poderia cobrar do Poder Público?

A resposta fica na dependência de o contratado (terceiro particular) ter agido de *boa ou má-fé*.

Com a procedência da ação de improbidade administrativa, constatado o vício, a invalidade do contrato administrativo é premissa lógica para a incidência das sanções previstas no art. 12, Lei nº 8.429/92.

Em princípio, o nulo não produz efeitos. E o decreto de nulidade do contrato produz efeitos “ex tunc”, para afetar as relações jurídicas já consolidadas.

No entanto, diante do princípio que proíbe o enriquecimento ilícito e a proteção do terceiro de boa-fé, é possível a invocação do seguinte critério. Se o contratado agiu com *má-fé*, esteja ou não em conluio com o agente público, terá de devolver o que recebeu da Administração. Se agiu com dolo, o contratado concorreu para a prática do ilícito, daí não lhe ser possível a invocação da torpeza em benefício próprio.

Por analogia, é o que promana do art. 59 da Lei nº 8.666/93, que regulamente o art. 37, XXI, CF, dispondo sobre licitações e contratos da Administração Pública:

A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, *contanto que não lhe seja imputável*, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa (g/n).

A locução *contanto que não lhe seja imputável* está a indicar que, tendo o contratado agido com má-fé, o Poder Público fica exonerado de pagar pelos serviços já realizados, ou de obter de volta o que já tenha pago.¹³ Se agiu em negociata com o agente público, ambos devem ser condenados solidariamente pelo ilícito.

Jacinto de Arruda Câmara sublinha não ser possível a aplicação do princípio da proibição do enriquecimento ilícito sem causa em favor de quem agiu com má-fé comprovada. Mesmo admitindo-se que o ex-contratado tem direito à indenização nos casos de contratos inválidos, até nos casos em que tenha agido culposamente

¹³ GARCIA, Emerson. **Improbidade Administrativa**, Lumen Juris Editora, p. 447.

112 (circunstância em que teria cabimento a aplicação do princípio da proibição do enriquecimento sem causa), não se pode conceber que a culpa qualificada pela má-fé mereça abrigo nesse princípio geral do Direito. Esse princípio não pode ser classificado como espécie de “seguro-falcatrua”, a proteger os investimentos daqueles que deliberada e desonestamente afrontaram as normas fundamentais de regência da Administração Pública.¹⁴

De outro lado, se o contratado agiu do *boa-fé*, tem direito a receber pelo serviço ou fornecimento de bens à Administração, exatamente em conformidade com o princípio que veda o enriquecimento ilícito.

Neste caso, somente o agente público será responsabilizado a ressarcir integralmente eventual dano causado. Por exemplo, se o agente público contratou funcionário, frustrando a licitude de concurso público (art. 11, V, Lei nº 8.429/92), e houve efetivamente prestação de serviço, injusto e injurídico negar-se ao contratado de boa-fé o direito de receber pelos dias trabalhados.

Como referido, em princípio, a ação de improbidade administrativa não impede nem fica subordinada ao resultado da ação penal, vez que, no tocante à pretensão, competência e procedimento, o nosso sistema é o da *independência absoluta*. Cabem, todavia, algumas ressalvas, se já proferida alguma decisão (civil ou penal), caso em que passa a vigorar o regime da *independência relativa*.

A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal (art. 935, Código Civil).

Por exemplo, na hipótese de “Emprego irregular de verbas ou rendas públicas” (art. 315, Código Penal), não há empeco à propositura da ação civil (por improbidade administrativa) e ação penal. No entanto, provada a inexistência do fato ou demonstrado que o réu (agente público) não foi o autor do delito, tais circunstâncias afetam e encerram prejudicialidade sobre a ação civil.

Outrossim, conquanto o juízo penal não tenha competência para impor sanção de conteúdo pecuniário, excepcionalmente, a própria lei o autoriza a impor “valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido” (art. 387, Código de Processo Penal). Neste caso, esse “valor mínimo” repercutirá no juízo cível, de molde a permitir eventual compensação com valores já pagos.

¹⁴ CÂMARA, Jacintho de Arruda. **A lei de improbidade administrativa e os contratos inválidos já executados**. p. 212.

Perda da função pública

Em conformidade com o disposto no art. 37, § 4º, CF¹⁵, o art. 12, Lei nº 8.429/92, em todos os seus incisos, estabelece como sanção a *perda da função pública*.

É a dissolução do vínculo entre o agente público e a administração, diante de seu comportamento pernicioso ao erário, seja pela desonestidade, seja pela sua incompetência.

Não tem conteúdo preponderantemente patrimonial, o que afasta a idéia de *sucessão de obrigação*, como ocorre na perda de bens, ressarcimento do dano ou multa civil.

Por *função pública* deve se entender toda e qualquer atividade ou forma de investidura, portanto é sanção de caráter personalíssimo e dirigida ao próprio agente público, não afetando terceiros, particulares, envolvidos.

Daí porque o art. 1º, Lei nº 8.429/92 dizer que 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 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta Lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

E o art. 2º complementa:

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.¹⁶

¹⁵ Art. 37, § 4º, CF. 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.

¹⁶ Na mesma linha, o art. 84, Lei nº 8.666/93 (licitações): “Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.

§ 1º Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função

114 A perda da função pública pode decorrer de vários instrumentos: processo administrativo (art. 41, § 1º, II, CF), processo penal (art. 92, I, Código Penal), ação civil pública ou, ainda, por ação por improbidade administrativa (art. 12, Lei nº 8.429/92).¹⁷

Sem embargo de posição contrária, temos que o fato de a perda da função pública ter sido proclamada em determinado processo (ex.: administrativo), tal fato, por si só, não impede nem prejudica a ação por improbidade administrativa. Primeiro que, nesta última, existem outras sanções a serem aplicadas; segundo, em sendo imposta a sanção de perda da função pública, o prazo e as formas de impugnação da respectiva decisão são distintas.

Em sede de ação civil por improbidade administrativa, a perda da função pública só se efetiva depois do trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 20, Lei nº 8.429/92). Registre-se, a propósito, que se tal sanção derivar de *processo administrativo*, não se há cogitar de coisa julgada.

Todavia, para assegurar uma instrução eficaz, nada impede o *afastamento* liminar e temporário do agente público do exercício do cargo, emprego ou função (parágrafo único do art. 20).

Apesar de não ser pacífico, pode-se afirmar que, durante o período de suspensão ou afastamento das funções, o agente público tem direito à respectiva remuneração, como se extrai do parágrafo único do art. 20, Lei nº 8.429/92.

O afastamento encerra apenas medida cautelar para a boa instrução do processo, não se constituindo, pois, condenação antecipada; além disso, tal afastamento se dá por razões alheias à vontade do agente.¹⁸

Uma questão que surge é saber qual função é perdida?

Se o espírito da lei é afastar o elemento nocivo ao erário, pode-se afirmar que a perda é de *todas as funções*, inclusive aquela que esteja sendo exercida quando da

em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público”.

Ainda, o art. 73, § 1º, Lei nº 9.504/97 (estabelece normas para as eleições). “Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem 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 nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional”.

¹⁷ Sobre as diferenças de regimes entre a ação civil pública (Lei nº 7.347/85) e a ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), vide Susana Henriques da Costa, *A tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa por meio da ação civil pública e da ação de improbidade administrativa*, **Processo Civil Coletivo** (Coordenação: Rodrigo Mazzei; Rita Dias Nolasco), Quartier Latin, 2005, p. 565/588).

¹⁸ GARCIA, Emerson. **Improbidade Administrativa**, Lumen Juris Editora, p. 463.

prolação da sentença ou do trânsito em julgado. Não importa a função exercida no passado ou no presente, nem qual esfera de poder foi prejudicada (União, Estados ou Municípios). O importante é sanear e desligar o servidor desonesto ou inapto da Administração Pública.

Por exemplo, se o servidor, quando da prática do ato de improbidade administrativa, exercia a função de Secretário Municipal, mas no momento da prolação da sentença esteja exercendo o mandato de Prefeito, a sanção atinge todas as funções, pretéritas e presentes (até o trânsito em julgado).

É importante não confundir a sanção da *perda da função pública* com a *suspensão dos direitos políticos*.

Embora ambas as sanções se efetivem só depois do trânsito em julgado, há diferenças.

A **perda** dissolve o vínculo do agente com o Poder Público, de modo definitivo e com reflexos patrimoniais. A *suspensão dos direitos políticos*, além de ser temporária, diz respeito à *cidadania* do agente (ex.: direito de votar e ser votado).

De conseguinte, a perda da função pública pode afetar, inclusive, a *aposentadoria do agente* que, de modo irregular, passou a ter os benefícios previdenciários. Se a aposentadoria se deu, por exemplo, justamente para evitar a ação por improbidade ou as suas penalidades, o ato jurídico “aposentadoria” mostra-se viciado, devendo, de conseguinte, ser cassados os respectivos proventos.¹⁹

Por ilustração, o art. 259 da Lei paulista nº 10.261/68 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo) edita que Será aplicada a pena de *cassação de aposentadoria ou disponibilidade*, se ficar provado que o inativo: I) praticou, quando em atividade, falta grave para a qual é cominada nesta lei a pena de demissão ou de demissão a bem do serviço público.

Por derradeiro, como lembra Sílvio Antonio Marques, os agentes políticos, independentemente da sentença de procedência da ação de improbidade administrativa, podem perder a função pública por outros mecanismos: Deputado Federal ou Senador podem perder o mandato por quebra de decoro parlamentar em processo-crime (art. 55, CF); o magistrado ou o membro do Ministério Público podem perder o cargo por força de sentença condenatória, penal ou civil, transitada em julgado (Lei nº 8.625/93; Lei Complementar nº 35/93).²⁰

¹⁹ MARQUES, Sílvio Antonio. **Ação civil por improbidade administrativa e cooperação jurídica internacional**. Tese de Doutorado, PUC/SP, p. 136. Mesmo sentido: MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. São Paulo, Saraiva, p. 180.

²⁰ MARQUES, Sílvio Antonio. **Ação civil por improbidade administrativa e cooperação jurídica internacional**. Tese de Doutorado, PUC/SP, p. 137.

116 **Suspensão dos direitos políticos**

A Constituição Federal, ao prever os direitos políticos, alude ao direito de votar e de ser votado (art. 14); além disso, como corolário do exercício dos direitos políticos, pode-se lembrar do direito de criar e de integrar partido político, de exercer cargo em sindicato, de promover ação popular etc.

E o art. 15, Constituição Federal, dispõe que a perda ou suspensão dos direitos políticos só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

A condenação criminal transitada em julgado gera automaticamente a suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, CF). Mas, na ação de improbidade administrativa, exige-se condenação expressa, com delimitação de prazo.

Com o trânsito em julgado, o juiz da condenação “providenciará para que o fato seja comunicado ao juiz eleitoral ou ao Tribunal Regional da circunscrição em que residir o réu” (art. 71, § 2º, Código Eleitoral).

Nesse momento, abre-se, no juízo eleitoral, para o procedimento de exclusão do eleitor (ímprobo), que culmina com a respectiva sentença (arts. 77 e 78, Código Eleitoral).

O ideal, de *lege ferenda*, seria que a sanção, após o trânsito em julgado da sentença condenatória por improbidade administrativa, se efetivasse imediata e automaticamente, independentemente das providências a serem tomadas no juízo eleitoral. Mas, enquanto não superado tal procedimento no juízo especializado, ainda não se pode falar, verdadeiramente, em suspensão dos direitos políticos.

Multa civil

Como referido, algumas das sanções afetam diretamente o patrimônio do condenado, tais como a *perda dos bens ou valores acrescidos ilícitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano e multa civil*.

No tocante à multa civil, o montante e o critério podem variar, conforme a gravidade e as hipóteses previstas nos arts. 9º, 10 e 11, Lei nº 8.429/92.

Art. 9º: até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial;

Art. 10: até 2 (duas) vezes o valor do dano;

Art. 11: até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente.

Dependendo de ter havido, ou não, conluio ou envolvimento de terceiros (*extraneus*), nada impede a sua responsabilização, de modo **individual** ou **solidário** com o agente público. Os critérios de fixação da multa civil valem tanto para o agente público, como para o particular.

Nesse ponto, é importante destacar a possibilidade de a pessoa jurídica prejudicada, em vez de contestar a ação, mudar de pólo, passando a atuar ao lado do autor (Ministério Público), pugnano pela condenação solidária do terceiro, juntamente com o agente público, co-réu na ação de improbidade, à semelhança do que ocorre na ação popular (art. 17, § 3º, Lei nº 8.429/92, c.c. art. 6º, § 3º, Lei nº 4.717/65).

A multa, em rigor, não tem finalidade ressarcitória ou indenizatória, pois é pena pecuniária desvinculada da existência de dano. Tem natureza diversa do dano (material ou moral). Assim, nada impede a sua incidência, cumulativamente com a de *ressarcimento integral do dano*.

Como observada Sérgio Turra Sobrane, “Atrelar a multa civil à reparação do suposto dano moral suportado pela pessoa jurídica interessada resulta, *ipso facto*, em concluir pela impossibilidade de aferição do dano não-patrimonial”.²¹ Em outras palavras, equiparar a multa civil ao montante do dano moral é conferir-lhe *tarifação*, o que nos parece inadequado.

A multa civil é consequência jurídica certa da improbidade administrativa, sanção autônoma que independe da comprovação do dano moral ou material, prevista a toda e qualquer modalidade de ato ímprobo, ao passo que o dano moral à entidade lesada, se houver, deve ser reparado à luz dos critérios que têm orientado os julgadores nessa seara, sem prejuízo da incidência cumulativa da multa civil.²²

A execução da multa civil em tela não depende do trânsito em julgado, nem da ocorrência de dano ao patrimônio público (arts. 20 e 21, Lei nº 8.429/92), podendo ser executada provisoriamente.

No processo administrativo, é possível a imposição de multa, como ocorre, por exemplo, no contrato de licitação (art. 87, II, Lei nº 8.666/93. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (II) multa, na forma prevista no instrumento

²¹ SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade Administrativa** – Aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada, Tese de Doutorado, PUC/SP, p. 204.

²² OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa** - Observações sobre a Lei 8.429/92; Ed. Síntese, 2 ed., p. 213.

118 convocatório ou no contrato). Entretanto, tal sanção não interfere nem condiciona a sanção prevista na ação de improbidade administrativa (*caput* do art. 12, Lei nº 8.429/92).

Proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios

A celebração de contrato com a Administração Pública pressupõe retidão de caráter, responsabilidade no cumprimento de suas obrigações, tudo em obediência aos princípios da legalidade e moralidade.

Condenado por ato de improbidade administrativa, a lei proíbe, seja para o agente público, seja o terceiro contratante, a contratação com o Poder Público e o recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Nas hipóteses previstas no art. 9º, Lei nº 8.429/92, o prazo de proibição é maior (10 anos), em face do enriquecimento ilícito. Na hipótese do art. 10, o prazo é de 5 (cinco) anos; e, para os casos do art. 11, é de 3 (três) anos.

Haveria liberdade na fixação para *prazo menor*? Diferentemente das penas de suspensão dos direitos políticos e da multa civil, em que o juiz tem a liberdade de dosar a quantidade e o prazo, na sanção *de proibição de contratar* há prazo fixo (10, 5 ou 3 anos).

Emerson Garcia pontua que não existe margem de liberdade como sucede, por exemplo, na suspensão dos direitos políticos, sob pena de conferir tratamento isonômico a objetividades jurídicas distintas. Diz que, enquanto a suspensão dos direitos políticos atinge o *status civitatis* do ímprobo, a proibição de contratar tem reflexos eminentemente patrimoniais. Diversa a objetividade jurídica, diversa haverá de ser a disciplina a ser aplicada.²³

No processo administrativo, é possível que a Administração aplique sanção, como a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos (art. 87, III, Lei nº 8.666/93).

²³ GARCIA, Emerson. **Improbidade Administrativa**. Lumen Juris Editora, p. 485. **CONTRA:** OSÓRIO, Fábio Medina. **As sanções da Lei 8.429/92 aos Atos de Improbidade Administrativa**, RT 766/87; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Ação de improbidade administrativa: aspectos de revelo**. In: **Improbidade Administrativa, 10 anos da Lei nº 8.429/92** (Organizadores: José Adércio Leite Sampaio; Nicolau Dino de Castro e Costa Neto; Nívio de Freitas Silva Filho; Robério Nunes dos Anjos Filho), p. 479.

Além disso, não importa a *natureza do contrato* (unilateral, bilateral, gratuito, comutativo, aleatório). A intenção da lei foi afastar qualquer vínculo entre o ímprobo com a Administração Pública.

Que se entende por *Poder Público*? Aqui, a locução abrange qualquer ente ou órgão da Administração Pública em geral, seja direta, seja indireta, em qualquer esfera de poder (União, Estados, Municípios, Distrito Federal).

Além do impedimento de contratar, existe a proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, como isenção, parcelamento, redução de alíquota etc. De igual modo, haverá o óbice de a parte condenada obter incentivo creditício, como empréstimos, financiamentos, doações etc.

Aqui cabe a seguinte ressalva: tal proibição deve estar atrelada à condição do ímprobo, na prática do ato ou fato discutido na ação de improbidade administrativa; vale dizer, não se cuida de benefício ou incentivo fiscal geral, comum a toda sociedade, caso em que mesmo o ímprobo fará jus.

A efetividade da sanção em tela não fica subordinada nem ao trânsito em julgado, nem à existência de dano ao patrimônio público (arts. 20 e 21, Lei nº 8.429/92).

No entanto, essa suposta *efetividade* cai no vazio, diante da inexistência de um sistema único de controle da aplicação dessa sanção. Quer dizer, enquanto não houver um registro único central, que cadastre as condenações, não há como o Poder Público tirar a *folha de antecedentes* da pessoa ou da empresa, apenas na ação de improbidade administrativa.

Outras conseqüências

Na apuração e constatação da prática do ato de improbidade administrativa, a incidência das sanções, muitas vezes, pode pressupor a invalidação ou ineficácia do ato ou negócio praticado.

Veja-se, por exemplo, a improbidade decorrente de contrato fraudulento em procedimento licitatório; estando provados o ato e o negócio, a anulação é pressuposto lógico para a aplicação das penalidades do art. 12, Lei nº 8.429/92.²⁴

Nessa linha, independentemente das cominações ao agente público, *o particular*, que concorreu ou se beneficiou com o ato de improbidade administrativa, pode

²⁴ Nesse sentido, a Lei da Ação Popular é expressa: Art. 11. *A sentença que julgando procedente a ação popular decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.*

120 também ser apenado, com a devolução do numerário, rescisão contratual, cassação da licença ambiental etc.

Todavia, vale salientar que o pedido de invalidação há de ser expresso, sob pena de o vício ser analisado apenas em sede de *fundamentação* da sentença, e não em sua parte *dispositiva*.²⁵

Dosimetria

As sanções previstas para o ato de improbidade devem ser graduadas, qualitativa ou quantitativamente, na proporção da conduta e da respectiva lesão. É o norte dado pelo princípio da isonomia.

Conquanto previstas em três incisos (*blocos*) do art. 12, Lei nº 8.429/92, não são necessariamente aplicadas de modo cumulativo.

Com efeito, por vezes, o agente pode ser incompetente ou inexperiente, situação totalmente diversa do competente, porém desonesto e corrupto. Vale dizer, há de ser observado o caso concreto, as suas peculiaridades, tudo em respeito aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, adequação e racionalidade na interpretação do dispositivo, a fim de que não haja injustiças flagrantes.²⁶

Aqui surge o problema relativo ao princípio *iura novit curia*. Em outro dizer, indaga-se acerca da possibilidade de o juiz alterar a qualificação jurídica, diversamente daquela invocada pelo autor. Se o Ministério Público, descrevendo o fato, postular a sanção prevista no inciso I do art. 12, poderia o juízo fazer incidir as penas do inciso III? A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de se permitir tal ajuste, em que o importante é a descrição dos contornos exatos do fato.²⁷

Assim, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, discute-se se constitui ato de improbidade administrativa a contratação de servidores para trabalhar em banco estatal, sem concurso público, mediante manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra, via terceirização de serviços. Expõe o Min. Relator que foi amplamente provado, nas instâncias ordinárias, que a conduta dos agentes públicos (gerente e vice-gerente) *não resultou em lesão ao erário, uma vez que os contratados prestaram serviço, nem configurou o enriquecimento ilícito daqueles*, portanto não se aplicam os arts. 9º e 10 da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade). Mas o ato de improbidade, no caso, amolda-se à conduta prevista no art. 11 da citada lei, são atos

²⁵ Cf. GARCIA, Emerson. **Improbidade Administrativa**. Lumen Juris Editora, p. 497.

²⁶ REsp. 917.438, rel. Min. Luiz Fux, j. 16/09/2008.

²⁷ REsp. 439.280-RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 01/04/2003.

que atentam contra os princípios da Administração Pública, os quais compreendem os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, tendo em vista que houve a contratação de funcionários sem concurso público, com inobservância do art. 37 da CF/1988 e mediante a manutenção dos contratos como terceirização. Isso posto, a Turma, ao prosseguir o julgamento, deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público para, com fulcro no art. 12, III, da Lei de Improbidade, impor aos recorridos à proibição de contratar com o poder público pelo prazo de três anos, uma vez que as sanções dessa lei *não são acumulativas*.²⁸

Prescrição

Pela dicção do § 5º do art. 37, CF, “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Em decorrência do disposto no § 5º do art. 37, CF, c.c. art. 23, Lei nº 8.429/92, a pretensão ao ressarcimento dos danos causados ao erário é imprescritível.

Não o é, todavia, para os demais *ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não*. E a Lei nº 8.429/92, em seu art. 23, estabelece que As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas: I) até 5 (cinco) anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II) dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

O dispositivo legal adotou como critério básico o *critério temporal* da função pública exercida.

Se o vínculo com o Poder Público for *temporário*, fundado na confiança (*cargo em comissão, função de confiança ou de mandato*), o prazo é de 5 anos. O elemento central aqui é a *confiança* que alguém deposita no agente público.

De outro lado, se a relação com a Administração for *permanente*, ou seja, referente às atribuições decorrentes do cargo efetivo ou emprego, o prazo prescricional será aquele previsto na legislação específica de cada categoria com a demissão a bem do serviço público.

No primeiro caso (vínculo temporário), o art. 37, V, CF, preceitua que as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo,

²⁸ REsp. 772.241-MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15/4/2008.

122 e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de *direção, chefia e assessoramento*.

Nota-se que o servidor, titular de cargo efetivo, pode exercer função de confiança (*direção, chefia e assessoramento*), e em praticando ato de improbidade administrativa, o prazo prescricional começa a fluir a partir do término do exercício de tais atividades.

O agente público (ou político) que tenha sido eleito, submete-se ao prazo prescricional, a contar a partir do término do mandato (ex.: vereador, prefeito, deputado, senador, governador, presidente).

A *reeleição* encerra nova manifestação de confiança da população. Assim, se o ato ímprobo foi praticado no mandato anterior, que já se encerrou com a nova eleição, a prescrição começa a fluir a partir do término do primeiro período.²⁹

Em relação ao servidor exercente de *cargo efetivo ou emprego*, a prescrição é regida pela legislação específica da categoria a que pertença.

Por exemplo, a Lei paulista nº 10.261/68, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, em seu art. 257, reza que

Será aplicada a pena de demissão a bem do serviço público ao funcionário que: (VI) lesar o patrimônio ou os cofres públicos; (VII) receber ou solicitar propinas, comissões, presentes ou vantagens de qualquer espécie, diretamente ou por intermédio de outrem, ainda que fora de suas funções mas em razão delas; (VIII) pedir, por empréstimo, dinheiro ou quaisquer valores a pessoas que tratem de interesses ou o tenham na repartição, ou estejam sujeitos à sua fiscalização; (IX) exercer advocacia administrativa.

E vai ao ponto de cassar eventual *aposentadoria* do agente público.³⁰ Quanto à prescrição, no exemplo referido, o art. 261 diz que

Prescreverá a punibilidade: (II) da falta sujeita à pena de demissão, de demissão a bem do serviço público e de cassação da aposentadoria e disponibilidade, em 5 (cinco) anos; (III) da falta também prevista em lei, como infração penal, no mesmo prazo correspondente à prescrição da punibilidade desta.

²⁹ **CONTRA:** Emerson Garcia entende que a reeleição do agente público denota uma continuidade no exercício da função em que se deu a prática do ato de improbidade administrativa; daí porque a prescrição começaria a fluir somente a partir do término do último mandato (**Improbidade Administrativa**, Lumen Juris Editora, p. 517).

³⁰ Cf. MARQUES, Sílvio Antonio. **Ação civil por improbidade administrativa e cooperação jurídica internacional**, Tese de Doutorado, PUC/SP, p. 136. Mesmo sentido: Wallace Paiva Martins Júnior, **Probidade Administrativa**, São Paulo, Saraiva, p. 180.

E o art. 259 da Lei paulista nº 10.261/68 reza: “Será aplicada a pena de cassação de *aposentadoria ou disponibilidade*, se ficar provado que o inativo: I) praticou, quando em atividade, falta grave para a qual é cominada nesta lei a pena de demissão ou de demissão a bem do serviço público”.

Aqui, surge a questão do atrelamento do prazo prescricional da ação de improbidade administrativa à prescrição prevista pelo **Direito Penal** (prescrição da punibilidade). Vale dizer, se o fato configurar improbidade administrativa e, ao mesmo tempo, crime, como resolver? O regime da prescrição penal incidiria na ação civil (causas interruptivas e suspensivas da prescrição, prescrição retroativa etc)?

O subsídio ao Direito Penal, no que tange à prescrição, restringe-se apenas ao prazo, abstratamente considerado. Com a propositura da ação civil, segue-se o regime do direito civil e processual civil, como se infere do art. 23, Lei nº 8.429/92.³¹

Outro ponto digno de nota é analisar o prazo prescricional em relação ao **particular**, àquele que não seja servidor público, terceiro que tenha induzido, concorrido ou se beneficiado do ato ímprobo (ex.: terceiro que corrompeu o agente público) (art. 3º, Lei nº 8.429/92).

À míngua de regramento expresso, resulta que, ao terceiro (*extraneus*) haverá de ser aplicado o mesmo regime do agente público coligado, uma vez que a presença deste encerra condição de procedibilidade à ação por improbidade administrativa.

Por fim, no tocante ao *ressarcimento do dano*, pelo Superior Tribunal de Justiça, o prazo de cinco anos vale apenas para aplicação de pena (suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, proibição de contratar com o Poder Público), não para o ressarcimento dos danos aos cofres públicos. Ademais, as penalidades previstas na Lei de Improbidade podem ser aplicadas às alterações contratuais ilegais feitas na vigência da norma, ainda que o contrato tenha sido celebrado anteriormente. Isso porque, pela aplicação do princípio *tempus regit actum* (o tempo rege o ato), deve ser considerado o *momento da prática do ato ilícito*, e não a data da celebração do contrato.

Dessa forma, após a promulgação da Lei 8.429/1992, as sanções nela previstas aplicam-se imediatamente aos contratos em execução, desde que os ilícitos tenham sido praticados na vigência da lei. “A Lei 8.429 não inventou a noção de improbidade administrativa, apenas lhe conferiu regime jurídico próprio, com previsão expressa de novas sanções, não fixadas anteriormente”, resumiu o Ministro Relator Herman Benjamin. Antes dela, completou, já se impunha ao infrator a obrigação de ressarcir os cofres públicos. O Ministro ressaltou que um dos fundamentos para chegar à solução proposta em seu voto consiste na efetividade do princípio da moralidade administrativa. Isso equivale a dizer que, em época de valorização do princípio da moralidade, não se admite a interpretação das ações de ressarcimento por atos de improbidade administrativa seguindo-se a lógica da “vala comum” dos prazos prescricionais, que tomaram por base conflitos individuais de natureza privada.³²

³¹ GARCIA, Emerson. **Improbidade Administrativa**. Lumen Juris Editora, p. 520.

³² REsp. 1.069.779 (**Revista Consultor Jurídico**, 30/09/08. Sítio <http://www.conjur.com.br/di>

124 **Bibliografia**

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Improbidade administrativa em relação à administração ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, n. 12. Ed. RT, out.-dez. 1998.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre a Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

BELLO FILHO, Ney de Barros. Aplicabilidade da Lei de improbidade administrativa à atuação da administração ambiental brasileira, **Revista de Direito Ambiental**, n. 18. Ed. RT, abr.-jun. 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 2. ed. Ed. RT, 1994.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. RT.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. A Lei de Improbidade Administrativa e os Contratos Inválidos já executados. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CHEIM JORGE, Flávio; ABELHA RODRIGUES, Marcelo. Tutela Processual da Probidade Administrativa (lei 8.429, de 1992). In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

COSTA, José Armando da. **Contorno Jurídico da Improbidade administrativa**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

COSTA, Susana Henriques da. A tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa por meio da ação civil pública e da ação de improbidade administrativa. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). **Processo Civil Coletivo**. Quartier Latin, 2005, p. 565-588.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa e crime de prefeitos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle da moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FRANÇA, Limongi. Reparação por dano moral. **Revista dos Tribunais**, v. 631, p. 29-35.

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

[namic/search/results/?keywords=improbidade](#).

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Ação Popular**: aspectos polêmicos: lei de responsabilidade fiscal, improbidade administrativa, danos causados por liminares e outros pontos relevantes. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GUASQUE, Luiz Fabião. A responsabilidade da lei de enriquecimento ilícito. **RT**, v. 712, fev. 1995.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Comentários acerca da Indisponibilidade Liminar de Bens prevista na Lei n.º 8.429/92. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Enriquecimento ilícito de agentes públicos - evolução patrimonial desproporcional a renda ou patrimônio - Lei federal 8.429/92. **RT**, v. 755, set. 1998.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAES, Alexandre de. Improbidade administrativa e a questão do princípio do juiz natural como garantia constitucional. **RT**, v. 822, abr. 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina Osório. **As sanções da Lei 8.429/92 aos Atos de Improbidade Administrativa**. RT 766/87.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa** – Observações sobre a Lei 8.429/92. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa** - Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ROTENBURG, Walter Claudius. Ação por Improbidade Administrativa: Aspectos de Relevância. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro e; SILVA FILHO, Nívio de Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. (Org.). **Improbidade Administrativa, 10 anos da Lei 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade Administrativa** – Aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada. Tese de Doutorado, PUC/SP.

SOUZA, José Carlos Rodrigues de. Improbidade administrativa e meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, n. 14, Ed. RT, abr.-jun. 1999.

VELLOSO FILHO, Carlos Mário. A Indisponibilidade de Bens na Lei 8.429, de 1992. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001.

YARSHELL, Flávio Luiz. Lei nº 8.429, de 1992: Ação Cautelar sem correspondente ‘Ação Principal?’ In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001.