

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS**  
**FACULDADE REINALDO RAMOS/FARR**  
**BACHARELADO EM DIREITO**

**DIVINA CLÉIA SILVA SANTOS DE ALMEIDA**

**PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA  
- SÓ O PODER JUDICIÁRIO PODE DECRETÁ-LA? (CONSIDERAÇÕES SOBRE A  
EXISTÊNCIA OU NÃO DE CLÁUSULA DE RESERVA DE JURISDIÇÃO)**

Campina Grande-PB

2013

**DIVINA CLÉIA SILVA SANTOS DE ALMEIDA**

**PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA  
- SÓ O PODER JUDICIÁRIO PODE DECRETÁ-LA? (CONSIDERAÇÕES SOBRE A  
EXISTÊNCIA OU NÃO DE CLÁUSULA DE RESERVA DE JURISDIÇÃO)**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Direito da Faculdade Reinaldo Ramos - FARR, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em direito.

Orientador: Prof. Francisco Cleidson Tavares Lopes.

Campina Grande-PB

2013

---

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

---

A447p Almeida, José de Arimatea da.  
Perda da função pública por ato de improbidade administrativa - só o poder judiciário pode decretá-la?: considerações sobre a existência ou não de cláusula de reserva de jurisdição / Divina Cléia Silva Santos de Almeida. – Campina Grande, 2013.  
66 f.

Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR - Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.

Orientador: Prof. Esp. Francisco Cleidson Tavares Lopes.

1. Administração Pública. 2. Improbidade – Processo Disciplinar. 3. Servidor Público – Demissão. I. Título.

---

CDU 35(043)

**DIVINA CLÉIA SILVA SANTOS DE ALMEIDA**

**PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA  
- SÓ O PODER JUDICIÁRIO PODE DECRETÁ-LA? (CONSIDERAÇÕES SOBRE A  
EXISTÊNCIA OU NÃO DE CLÁUSULA DE RESERVA DE JURISDIÇÃO)**

Aprovada em: \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Professor - Francisco Cleidson Tavares Lopes**  
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR

---

**Professor Jardon Maia**  
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR  
(1º Examinador)

---

**Professor Rodrigo Araújo Reül**  
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR  
(2º Examinador)

A meus pais - amor ilimitado.  
A meu marido - amor incondicional.  
À minha filha - amor infinito.

Agradeço, de antemão, a meu marido Paulstein Aureliano de Almeida, por haver me despertado para o Direito, um urso até então adormecido em mim. Sem ele, sou um navio sem bússola. Ele me impulsionou, me fortaleceu e me fez crescer. Meu muito obrigado do fundo da alma.

Agradeço a meu Professor orientador, Francisco Cleidson – antes de tudo um educador: a mais nobre de todas as missões!

Agradeço aos Professores: Cosma, Floriano e Reül, com os quais aprendi que não basta apenas ser professor, é preciso ser mestre na arte de ensinar.

Agradeço, enfim, a todos os, que direta ou indiretamente, contribuíram para minha formação acadêmica.

“O que vale na vida não é o ponto de partida e sim a caminhada.  
Caminhando e semeando, no fim terás o que colher.”

*Cora Coralina*

## RESUMO

Objetiva o presente trabalho, analisar a questão da possibilidade de a Administração Pública, em sede de processo administrativo disciplinar, após assegurados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, infligir penalidade de demissão por infração disciplinar de improbidade administrativa, prevista no art. 132, inciso IV, da Lei nº 8.429/92, a servidor público integrante de seus quadros. Trata-se de tema palpitante, assumindo, no hodierno direito administrativo disciplinar, matizes de relevância constitucional, não envergando, entretanto, faceta de vexata quaestio, porquanto, doutrinária e jurisprudencialmente, assentou-se a tese da inexistência de cláusula de reserva de jurisdição em matéria que tal. É dizer, não é monopólio do Poder Judiciário a demissão de agente público por prática de improbidade administrativa. Não se limita o presente estudo a contornos meramente acadêmicos, uma vez que tem em vista relevantes consequências práticas, especialmente no que tange aos limites de revisibilidade da decisão demissória por parte do Poder Judiciário, restrita ao aspecto da legalidade do ato. Visa demonstrar que se o fato imputado ao agente público amoldar-se ao descrito no inciso acima referido, ou seja, caracterizar improbidade administrativa, e desde que esteja ele no exercício de suas atribuições funcionais, agindo, pois, como homem-função e não como homem-ser (os atos da vida privada não são abarcados pela Lei de Improbidade Administrativa nem pela Lei nº 8.112/90), poderá ser defenestrado do serviço público. Demonstra à sociedade que aquele diploma legal não derogou, de forma tácita ou expressa, dispositivos deste último, reafirmando, ao revés, a independência entre as esferas administrativa e judicial. O presente estudo trata do tema à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, o primeiro guardião da Constituição Federal, e o segundo última instância da Justiça brasileira para dizer o direito atinente às causas infraconstitucionais.

**Palavras-chave:** Demissão. Servidor Público. Improbidade. Processo Disciplinar. Administração Pública.



## ABSTRACT

Objective the present work, analyze the question of the possibility of the Public Administration, in headquarters of administrative trial discipline, after assured the due lawful trial, the contradictory one and to broad defense, inflict penalty of dismissal by infraction discipline of improbidade administrative, predicted in the art. 132, cut IV, of the Law nº 8.429/92, public servant member of his charts. Treats-itself of palpitating subject, assuming, in the hodierno right administrative discipline, tinges of constitutional relevance, not bending, however, facet of vexata quaestio, since, doctrinary and jurisprudential, settled itself to theory of the jurisdiction backup clause absence in matter that such. It is say, is not monopoly of the Judicial Power the dismissal of public agent by practice of improbidade administrative. It is not limited to merely academic contours, since has in prominent mind practical consequences, specially in what plays to the limits of revisibilidade of the decision demissória on the part of the restricted, Judicial Power to the aspect of the legality of the act. It is going to show that itself the fact attributed to the public agent mould itself upon describing in the interpolation above referred, or be, characterize improbidade administrative, and since is he in the exercise of his functional rights, acting, therefore, as the man-function and not like man-be (the acts of the private life do not be comprised by the Law of Improbidade Administrative neither by the Law nº 8.112/90), will be able to be defenestrado of the public service. It shows to the satisfaction that that lawful diploma not derogou, of tacit or express form, devices of this last, reaffirming, inside out, the independence between the judicial and administrative spheres. The present I study tries the subject to the light of the understanding of the Most supreme Federal Court and Upper Court of Justice, the first guardian of the Federal Constitution, and the last second instance of the Brazilian Justice for say the right one atinente to the causes infraconstitucionais.

**Keywords:** Dismissal. Public servant. Improbidade. Trial Discipline. Public administration.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2 METODOLOGIA .....</b>	<b>13</b>
<b>3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>14</b>
3.1 Conceito e previsão constitucional .....	14
3.2 A tutela da probidade administrativa no direito brasileiro .....	16
3.3 Lei de Improbidade Administrativa (generalidades) .....	18
<b>4 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>22</b>
4.1 Dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito .....	22
4.1.1 Recebimento de vantagem econômica indevida .....	25
4.1.2 Percebimento de vantagem para facilitar negócio superfaturado .....	26
4.1.3 Percebimento de vantagem por subfaturamento .....	27
4.1.4 Uso em obra ou serviço particular de pessoal e de bens de entidades públicas ou assemelhadas .....	27
4.1.5 Recebimento de vantagem por tolerar prática criminosa .....	28
4.1.6 Recebimento de vantagem mediante declaração falsa .....	28
4.1.7 Enriquecimento sem causa lícita .....	29
4.1.8 Exercício de outras atividades profissionais incompatíveis .....	29
4.1.9 Intermediação para aplicação de verba pública .....	30
4.1.10 Recebimento de vantagem para prevaricar .....	30
4.1.11 Apropriação de bens ou valores públicos .....	31
4.1.12 Uso particular de bens ou valores públicos .....	31
4.2 Dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário .....	32
4.3 Dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública .....	34
<b>5 DOS SUJEITOS DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>36</b>
5.1 Dos sujeitos passivos .....	36
5.2 Dos sujeitos ativos .....	37
<b>6 DAS SANÇÕES .....</b>	<b>39</b>
6.1 Das espécies de sanções .....	39
6.2 Diferença entre demissão e perda da função pública. Será que existe? .....	44
<b>7 DA INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA DE RESERVA DE JURISDIÇÃO .....</b>	<b>46</b>
<b>8 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS .....</b>	<b>55</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>62</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>65</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A questão da probidade administrativa é de assaz importância, estendendo-se a toda a Administração Pública, com a expressa inclusão do princípio da moralidade administrativa no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Este não se confunde com o princípio da probidade, embora se complementem como princípios jurídicos, equivalendo-se, porquanto exigem ambos do agente público honestidade, ética, boa fé e lealdade no exercício da função pública, na gestão do patrimônio público e na tutela do interesse público.

A lesão à probidade, expressamente prevista na Magna Carta, no § 4º do art. 37, assomou em amplitude e importância em relação à ofensa ao princípio da moralidade administrativa, haja vista que foi editada uma lei específica, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, para disciplinar os atos de improbidade administrativa, punindo com severas sanções todo agente público que neles incida.

Este trabalho tem como objetivo destacar o estudo de uma das sanções cominadas na lei de regência para a prática do ato ímprobo, que é a perda da função pública. Assim, delimitou-se o desiderato deste trabalho, no sentido de perquirir-se se tal penalidade somente poderá ser aplicada pelo Poder Judiciário ou se a autoridade administrativa, no âmbito de um processo administrativo disciplinar, tem competência e autorização legal para também aplicá-la. É dizer, incursiona por considerações acerca da existência ou não da cláusula de reserva de jurisdição em torno do tema. A pergunta que não quer calar é feita recorrentemente ao longo do estudo: Só o Poder Judiciário pode decretar a pena de perda da função pública por ato de improbidade?

Destacaram-se, do ponto de vista doutrinário, as opiniões mais respeitáveis sobre a questão, como, v.g., escólio dos administrativistas José Armando da Costa, Marino Pazzaglini Filho, Mauro Roberto Gomes de Mattos, Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia de Pietro, José Afonso da Silva dentre outros. Invocou-se, a propósito, jurisprudência dos colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, além da de outros tribunais inferiores, na tentativa de realçar-se o afã do trabalho que é pôr cobro à celeuma ainda existente, no sentido de que a cláusula aludida não existe, sendo plenamente legal e constitucional que a Administração Pública aplique a referida pena ao agente ímprobo, desde que o fato por ele praticado se amolde ao tipo descrito no art. 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/90, o qual prevê

expressamente a improbidade administrativa como infração disciplinar punível com a pena de demissão.

A monografia, portanto, reporta-se não só à doutrina e à jurisprudência que defendem a tese de que a pena de perda da função pública pode ser aplicada em sede de Processo Administrativo Disciplinar, como àquelas que se posicionam contra, invocando como argumento basilar a existência de cláusula de reserva jurisdicional, ou seja, sua aplicação seria monopólio do Judiciário, no âmbito de uma ação civil pública de improbidade administrativa.

Destarte, a existência ou inexistência de cláusula de reserva de jurisdição no tocante à demissão por improbidade administrativa é tema deveras relevante para o moderno direito administrativo, posto que os atos atentatórios da probidade administrativa postergam os fins superiores de atuação no serviço público e rendem ensejo, em nome do interesse coletivo, à punição dos servidores infratores pela autoridade administrativa competente, ao término de processo administrativo disciplinar em que respeitadas as garantias constitucionais e legais dos acusados.

## **2 METODOLOGIA**

A metodologia utilizada na elaboração deste trabalho, baseou-se na pesquisa bibliográfica, partindo da reflexão e estudo da doutrina dos principais autores que se dedicam ao tema. Lançando-se mão da pesquisa jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e de Tribunais federais.

### 3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

#### 3.1 CONCEITO E PREVISÃO CONSTITUCIONAL

O vocábulo improbidade deriva do latim – *improbitate* que significa desonestidade. Na lição de Marino Pazzaglini Filho<sup>1</sup>, “improbidade administrativa é mais que singela atuação desconforme com a fria letra da lei. Em outras palavras, não é sinônimo de mera ilegalidade administrativa, mas de ilegalidade qualificada pela imoralidade, desonestidade, má-fé. Em suma, pela falta de probidade do agente público no desempenho de função pública.”

Para Benedicto de Tolosa Filho<sup>2</sup>, “improbidade administrativa é a conduta antiética do agente do Poder Público, na condução da “coisa pública”, desviando-se dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, independentemente de causar lesão ao Erário ou de se enriquecer ilicitamente.” Para este doutrinador, o ato ímprobo não precisa estar impregnado de desonestidade para se caracterizar e ser punível, uma vez que poder dimanar de conduta omissiva ou comissiva culposa.

O constitucionalista José Afonso da Silva<sup>3</sup> conceitua a improbidade administrativa como sendo “uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.” Ou seja, para ele, citando Marcelo Caetano<sup>4</sup>, “a probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer.” Nesse sentido, o desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. A probidade administrativa, portanto, seria uma forma de moralidade administrativa. Aquela estaria contida nesta. O alargamento da noção de improbidade administrativa deflui do princípio da moralidade administrativa, segundo escólio de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins<sup>5</sup>. A moralidade administrativa seria o gênero do qual a probidade administrativa seria espécie.

---

<sup>1</sup> **Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas.** 4. Ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p.3.

<sup>2</sup> **Comentários à lei de improbidade administrativa (atualizado de acordo com a medida provisória nº 1.088 e a lei de responsabilidade fiscal).** Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 42.

<sup>3</sup> **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24. Ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 669.

<sup>4</sup> **Manual de direito administrativo**, t. II/684, Rio de Janeiro: Forense, 1970.

<sup>5</sup> **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 1992, v. 3, t. 3, p. 163.

Com efeito, definir conceitualmente um ato de improbidade pode precipitar o ensaísta no vício da tautologia<sup>6</sup>. Mesmo assim, além dos autores acima citados, recorra-se ainda a dois dos mais conceituados experts na matéria: Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves<sup>7</sup>,

(...) a improbidade não está superposta à moralidade, tratando-se de um conceito mais amplo que abarca não só componentes morais como também os demais princípios regentes da atividade estatal, o que não deixa de estar em harmonia com suas raízes etimológicas. Justifica-se, pois sob a epígrafe do agente público de boa qualidade somente podem estar aqueles que atuem em harmonia com as normas a que estão sujeitos, o que alcança as regras e os princípios.

Pontifica com mestria Fábio Medina Osório<sup>8</sup>:

O conceito de “improbidade administrativa” está ligado a dois pilares fundamentais da ética pública na pós-modernidade: as noções de grave ineficiência funcional e grave desonestidade. Na raiz etimológica da expressão, reside a proteção da honra institucional no setor público, sendo que os fenômenos de má gestão pública remontam à Antiga Roma. De qualquer sorte, é na formação do Estado moderno que se consolidam pressupostos mais específicos relacionados à responsabilidade dos governantes, cujos vínculos com a sociedade demandam prestações de contas (como algo inerente à confiança).

Em arremate, tem-se que, com fulcro nas lições doutrinárias invocadas, o conceito de improbidade administrativa, tal como desenhado na Carta Magna, artigo 37, § 4º, e disciplinado na Lei nº 8.429/92, resulta estruturado de forma analítica a partir do somatório das seguintes assertivas:

- a) categoria ético-normativa ligada à ideia de honra institucional, no marco de uma moralidade institucional republicana, que abarca patologias e transgressões normativas consubstanciadas em graves desonestidades e ineficiências funcionais dos agentes públicos, nas flutuações pertinentes à proporcionalidade enquanto postulado normativo e exposta ao processo hermenêutico institucionalizado em um marco de razoabilidade;
- b) espécie de má gestão pública em que podem existir múltiplas categorias, revestindo-se das notas da desonestidade ou da ineficiência graves, passível de

<sup>6</sup> A tautologia (do grego ταὐτολογία "dizer o mesmo") é, na retórica, um termo ou texto que expressa a mesma ideia de formas diferentes. Como um vício de linguagem pode ser considerada um sinônimo de pleonasma ou redundância. A origem do termo vem de do grego tautó, que significa "o mesmo", mais logos, que significa "assunto". Portanto, tautologia é dizer sempre a mesma coisa em termos diferentes.

<sup>7</sup> Improbidade Administrativa. 6. ed. Lumen Júris, 2011. p. 125, 279.

<sup>8</sup> Teoria da improbidade administrativa. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

- cometimento por ações ou omissões, dolosas ou culposas, de parte de agentes públicos no exercício de suas funções, ou em razão delas, com ou sem a participação de particulares;
- c) exige vulneração de regras legais e princípios constitucionais que presidem as funções públicas, com grave agressão a direitos fundamentais e a normas de cultura administrativa vigentes;
- d) perfectibiliza-se a partir de normas sancionadoras em branco, que se integram e se complementam por outras normas, e não pela simples violação a princípios e muito menos pela direta incidência da Lei nº 8.429/92.

### 3.2 A TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro conta com um arcabouço próprio para a tutela da probidade administrativa, tendo em vista que a efetiva proteção de valores éticos e morais inicia-se com sua preservação eficaz, através de instrumentos juridicamente criados com esse desiderato. Há um cipoal de instrumentos protetivos, tais como i) a repressão aos crimes contra a Administração Pública no Código Penal e na legislação penal extravagante; ii) a elaboração de um Código de Ética da Administração Pública; iii) a legislação eleitoral voltada a coibir o abuso do poder político; iv) a ação popular constitucional para anulação de atos lesivos à moralidade administrativa e ao patrimônio público e o consequente ressarcimento do dano; v) a legislação administrativa (licitações e contratos administrativos, procedimentos administrativos etc.); vi) a lei nº 8.429/90 – Lei de Improbidade Administrativa.

Interessa-nos, por óbvio, tão-somente a análise do meio de tutela da probidade administrativa centrada na Lei nº 8.429/92, nos seus aspectos preventivos e repressivos, numa visão sistemática.

A Constituição Federal, no artigo 37, §4º, refere-se à improbidade administrativa, punindo-a com sanções graves, *in verbis*:

Art. 37. 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:

§ 4º - 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.



A Magna Carta prevê também nos artigos. 14, § 9º e 85, inciso V, respectivamente, que lei complementar estabelecerá casos de inelegibilidades para proteger a probidade administrativa e que atos do Presidente da República que atentem contra a probidade na administração configuram crime de responsabilidade, *in verbis*:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I - a existência da União;

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária;

VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento. (Grifos nossos)

Vê-se, portanto, que o legislador brasileiro preocupou-se com a preservação dos valores éticos e morais da Administração Pública, destacando o compromisso do Estado com a reprimenda dos atos de improbidade administrativa, cujo instrumento normativo central para coibi-los materializa-se na Lei nº 8.429/92. Com efeito, este diploma legal regulamenta o mencionado artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, ocupando posição de destaque no manancial dos atuais instrumentos normativos disponíveis para reprimir a improbidade administrativa. Registre-se que a par da Lei de Improbidade Administrativa, há a Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, principal ferramenta processual empregada pelos legitimados para propor a ação de improbidade administrativa. Na instância administrativa, vale destacar a Lei nº 8.112/90, que prevê a corrupção e a improbidade administrativa como hipóteses de infrações disciplinares passíveis de aplicação da pena de demissão por meio do devido processo administrativo disciplinar.

O exemplificativo rol de textos legais e constitucionais acima exposto demonstra que o ordenamento jurídico brasileiro está devidamente municiado dos instrumentos de tutela,

preventiva e repressiva, da probidade administrativa, com destaque para a Lei nº 8.429/92, fruto legislativo de expressa previsão constitucional originária.

### 3.3 A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – GENERALIDADES

A lei de improbidade administrativa - Lei nº 8.429/92 dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade administrativa. Ela regulamenta o §4º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe, *in verbis*:

Art. 37. 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:

**§ 4º - 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. (Grifos nossos)**

Dispõe a Lei de Improbidade Administrativa sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, classificando em três categorias os atos de improbidade administrativa:

- i) atos que importam enriquecimento ilícito do agente público (art. 9º<sup>9</sup>);

<sup>9</sup> 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;

- ii) atos que causam prejuízo efetivo ao erário (art. 10<sup>10</sup>);
- iii) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11<sup>11</sup>).

---

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.

<sup>10</sup> 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.

A Lei nº 8.429/92 prevê sanções que são de natureza política, civil e administrativa (art. 12<sup>12</sup>). Definiu os sujeitos ativos e passivos dos atos de improbidade, disciplinou os procedimentos investigatórios desses atos, regulou a ação civil de improbidade administrativa, disciplinando a declaração de bens, prescrição e infração penal.

Vê-se que o espectro de tutela da Lei nº 8.429/92 não se restringe apenas aos atos que implicam enriquecimento ilícito, como nas leis anteriores, revogadas, que regiam a matéria (Leis nºs 3.164, de 1.06.1957 e 3.502, de 21.12.1958), mas abarcam também os atos lesivos ao erário e os violadores dos princípios da Administração Pública.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

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

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a 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.

Tem-se, pois, que a Lei de Improbidade Administrativa protege a probidade administrativa por meio da repressão jurisdicional civil a três espécies de atos de improbidade, sendo que seu âmbito de incidência é maior do que o das Leis Federais n.ºs. 3.164/57 e 3.502/58 as quais versavam apenas sobre o enriquecimento ilícito no exercício de cargos, funções e empregos públicos, ao passo que o novo regramento legal espraia-se sobre os atos causadores de prejuízo às burras públicas e atentatórios aos princípios da Administração Pública.

## 4 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

### 4.1 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE IMPORTAM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Os atos de improbidade administrativa são classificados em três categorias pela Lei nº 8.429/92, quais sejam: a) atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; b) atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; c) atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, os quais são objeto do presente capítulo.

A primeira modalidade de atos ímprobos é considerada a mais grave, uma vez que o agente público age de maneira desonesta e imoral, visando seu enriquecimento ilícito em prejuízo do erário. Ou seja, ele se vale da função pública para obter vantagem patrimonial indevida e com isso locupletar-se. Estão previstos no artigo 9º que reza, *in verbis*:

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; 23

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.

Enriquecimento ilícito, segundo se vê da dicção da norma, é a obtenção de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades descritas no art. 1º. Em outras palavras, trata-se de corrupção, cujo efeito imediato é a ofensa ao princípio da moralidade na administração pública. Nesse caso, sempre que houver corrupção administrativa, haverá desrespeito a pelo menos um dos princípios da administração pública, mesmo que não haja enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário.

“O enriquecimento ilícito distingue-se do enriquecimento sem causa, porque aquele é repugnado pelo direito por ter uma causa ilícita<sup>13</sup>.”

Acerca do tema, dilucida com mestria Francisco Bilac Moreira Pinto<sup>14</sup>:

O enriquecimento ilícito de agentes públicos no exercício de função é instituto autônomo em relação ao enriquecimento sem causa do direito civil, tendo como pressupostos: atribuição patrimonial inválida justamente pela ausência de causa jurídica, o enriquecimento de uma parte (agente público), o empobrecimento de outra e o nexo de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento. A censura legal é endereçada àquele que se aproveita de uma função pública para angariar vantagem a que não faz jus, por qualquer artifício que venha a empregar (abuso de confiança, excesso de poder, exploração de prestígio, tráfico de influência etc.). A vantagem patrimonial indevida, para a caracterização do enriquecimento

---

<sup>13</sup> Wallace Paiva Martins Júnior. **Probidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 215.

<sup>14</sup> **Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos**, Ed. Forense, 1960, p. 467

ilícito, pode ser obtida pelo agente público ou terceiro – caso este em que o agente público usa de sua função para enriquecer terceiro (que incidirá na conduta de ato lesivo ao erário, prevista no art. 10, X, p. ex.) ou compartilhar desse proveito -, como revelam os arts. 6º, 7º e 16, que, ao regularem a perda do proveito ilícito, a indisponibilidade e o sequestro, referem-se tanto ao agente público quanto ao terceiro.

Tem-se, pois, que qualquer ação ou omissão no exercício de função pública para angariar vantagem econômica, ou o simples fato de o agente público ostentar patrimônio incompatível com a evolução de seu patrimônio ou renda, caracteriza enriquecimento ilícito. Frise-se que o artigo 9º apresenta rol meramente exemplificativo de atos de enriquecimento ilícito, revelado pela expressão constante da parte final de sua cabeça (e notadamente).

Os requisitos, portanto, do enriquecimento ilícito são quatro: a) o enriquecimento de alguém; b) o empobrecimento de outrem; c) ausência de justa causa, o enriquecimento deve ser desvinculado do direito, não podendo advir da vontade do empobrecido, ou decorrer de obrigação preexistente ou da lei; d) nexos causal entre o enriquecimento e o empobrecimento, sendo que cada um destes elementos deve estar ligado ao outro em uma relação de causa e efeito.

Além desses requisitos que configuram o enriquecimento ilícito do agente público é mister, para que ele ostente a natureza de improbidade administrativa, o concurso de outros elementos, a dizer: (a) a intenção do indivíduo – dolo; (b) o enquadramento do sujeito ativo no conceito de agente público – ainda que de forma ampliada, conforme prescrevem os artigos 2º e 3º da mesma norma –; (c) a ausência de justa causa, devendo se tratar de vantagem que não tenha relação com a remuneração ou o subsídio do agente; (d) o nexos causal entre a percepção da vantagem indevida e o exercício do cargo que ocupa.

Esse é o escólio da melhor doutrina<sup>15</sup>, *in verbis*:

O enriquecimento ilícito do agente público resulta da somatória de quatro elementos nucleares, que podem ser resumidos assim: - percepção de vantagem patrimonial, pelo agente público; - ausência de fato lícito gerador da vantagem interna ou externa; - conduta (comissiva ou omissiva) administrativa proibida; e – liame causal entre a conduta administrativa e a vantagem patrimonial. A contrario sensu, não se

---

<sup>15</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 89.)



perfaz a figura do ato de improbidade causador de enriquecimento ilícito se: - o agente não auferir vantagem patrimonial além de seus subsídios; ou - se a vantagem eventualmente recebida não se relaciona com nenhuma conduta administrativa ilícita.

Vê-se, destarte, que é imprescindível, para a configuração desse tipo de improbidade administrativa a demonstração do dolo. Nesse sentido, ensina José Armando da Costa<sup>16</sup>:

O elemento subjetivo dessa figura delitual genérica é o dolo do agente público, ou, pelo menos, a sua voluntariedade. Não vemos chance para que tal infração disciplinar comporte a modalidade culposa, pois não é credível, nem verossímil, que possa alguém ser corrupto ou desonesto por negligência, imperícia ou imprudência.

Vistas as características fundamentais dessa espécie de ato de improbidade administrativa, teçam-se breves comentários sobre as condutas inculpidas nos incisos do art. 9º da Lei nº 8.429/92.

#### **4.1.1 Recebimento de vantagem econômica indevida**

A conduta que caracteriza improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito, consistente em receber vantagem econômica indevida, está descrita no artigo 9º, inciso I, *in verbis*:

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.

Basta a recepção da vantagem ilícita, não sendo necessária para a sua configuração tenha o agente público, que aceitou a “propina”, praticado ou omitido o ato funcional referente ao benefício pretendido pelo corruptor.

---

<sup>16</sup> **Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 98.

Caracteriza-se o ilícito pela presença dos seguintes requisitos: a) recebimento, pelo agente público, de dinheiro, bens ou qualquer espécie de vantagem direta ou indireta; b) conhecimento, pelo agente, da ilicitude da vantagem obtida; c) existência de um interesse direto ou indireto do fornecedor da vantagem, que possa ser alcançado por ação ou omissão do funcionário público. Mister haja relação entre o proveito almejado com o exercício funcional do agente público corrupto que aceitou a vantagem indevida. Ou seja, tem ele que agir como homem-função e não como homem-ser.

#### **4.1.2 Percebimento de vantagem para facilitar negócio superfaturado**

Reza o inciso II do artigo 9º da Lei de Improbidade, in verbis:

“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 artigo 1º por preço superior ao valor de mercado.”

Trata-se do famigerado superfaturamento ou tráfico de favores que prejudica o patrimônio público. A conduta ímproba do agente público materializa-se quando ele facilitar, quer dizer, remove óbices para tornar as “coisas” mais fáceis. Na primeira hipótese, o suborno é proporcionado ao agente público, como “preço”, “gorjeta”, “comissão” para facilitar o recebimento de sobrepreço pelo corruptor, à custa do erário. O poder público paga mais do que deveria, em virtude de desvio de poder do agente público. Confere o agente público corrupto valor maior que o real ou de mercado.

Desse modo, o agente público aufere vantagem econômica indevida e o valor do bem ou serviço contratado é superior ao de mercado. De atentar-se para a observação lúcida de Marino Pazzaglini Filho<sup>17</sup> de que “nesse tipo de improbidade administrativa, como sói acontecer, os requisitos legais para a contratação e prévia realização ou dispensa de licitação são formalmente observados. A fraude é de conteúdo, reside no superfaturamento do bem ou serviço contratado pelo organismo ou entidade pública.”

---

<sup>17</sup> **Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas.** 4. Ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p.48. 27

#### **4.1.3 Percebimento de vantagem por subfaturamento**

A dicção do inciso III do artigo 9º em comento está assim vazada, in verbis:

“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 ou valor de mercado.”

No dizer de Benedicto de Tolosa Filho<sup>18</sup>, “o núcleo da ação antijurídica do agente público está no ato de receber, direta ou indiretamente, vantagem econômica. Diretamente, quando auferir vantagem econômica representada pelo recebimento em pecúnia, em bens ou em forma de qualquer utilidade, com ou sem valor comercial. Indiretamente, quando se beneficia pela fruição de qualquer facilidade na obtenção da vantagem para si ou para terceiros.”

Vê-se, pois, que o ato pode ser comissivo, quando o agente participa diretamente da ação ilícita, ou por omissão que ocorre quando ele deixa de praticar ato para evitar o prejuízo ao erário. Diferentemente do superfaturamento, previsto no inciso anterior, quando o agente público se beneficia ao praticar o sobrepreço, neste ele facilita a alienação, a permuta ou a locação de bem público, bem como o fornecimento de serviço, por preço inferior ao de mercado. Trata-se, portanto, da figura do subfaturamento em detrimento do patrimônio público.

#### **4.1.4 Uso em obra ou serviço particular de pessoal e de bens de entidades públicas ou assemelhadas.**

O inciso IV do artigo 9º da Lei nº 8.429/92 dispõe sobre esse tipo de improbidade administrativa:

“IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das

---

<sup>18</sup> **Comentários à lei de improbidade administrativa:(atualizado de acordo com a medida provisória nº 1.088 e a lei de responsabilidade fiscal).** Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 74.

entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.”

Esse inciso trata da conduta do agente público que se serve, em proveito próprio, do trabalho de pessoas pertencentes a órgãos ou entidades públicas, ou que estejam à sua disposição, bem como de recursos públicos. Ele usa de mão de obra pública ou de bens públicos e os emprega em obra ou serviço particular dele mesmo, com a ciência da ilicitude de seu uso.

#### **4.1.5 Recebimento de vantagem por tolerar prática criminosa.**

Dispõe o inciso V do artigo 9º da Lei de Improbidade, *in verbis*:

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.

O núcleo do tipo é o verbo tolerar, ou seja, o agente público admite, permite a prática ilícita com o afã de receber vantagem econômica indevida. Somente aquele que tenha atribuição funcional de reprimir ou prevenir tais práticas é que pode cometer o ato ímprobo em tela. Abarca apenas os agentes de polícia judiciária ou os da polícia administrativa que têm o poder de polícia atinentes às atividades de prevenir ou coibir as atividades ilegais referidas na norma.

#### **4.1.6 Recebimento de vantagem mediante declaração falsa**

Está assim descrita essa modalidade de improbidade administrativa no inciso VI do artigo 9º da Lei nº 8.429/92, *in verbis*:

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.

Trata-se aqui de falsidade ideológica, haja vista que o agente público desonesto, recebe vantagem econômica de qualquer natureza para fazer declaração falsa sobre medições ou avaliações em obras ou serviços públicos e sobre informações a respeito de quantidade, peso, medida, qualidade ou características relativas a mercadorias e outros bens fornecidos à Administração Pública. Para a configuração do ato ímprobo em foco, mister que o agente público seja competente para emitir o documento; receba a vantagem econômica de qualquer natureza para falsear a verdade com a consciência da ilicitude do ato praticado.

#### **4.1.7 Enriquecimento sem causa lícita**

O enriquecimento sem causa lícita está assim descrita no inciso VII do artigo em testilha, *ipsis litteris*:

“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.”

Essa conduta ímproba só se configura se a vantagem ilícita resultar do exercício funcional (em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade). Nem todo enriquecimento do agente público, sem causa lícita, causa a incidência da Lei de Improbidade. Só o enriquecimento que resulta de ato de improbidade. E isso deve ser descrito na inicial da ação civil de improbidade e, sobretudo, comprovado. Não se presume o enriquecimento ilícito. Exige-se produção de prova de que o mesmo tem relação com o exercício do múnus público.

#### **4.1.8 Exercício de outras atividades profissionais incompatíveis**

Assim estatui o inciso VIII do artigo 9º da Lei de Improbidade, *in verbis*:

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. 30

Neste caso, o agente público comete abuso de função ao aceitar emprego ou comissão, bem como por exercer atividade de consultoria ou assessoramento junto a pessoas que possam vir a ser beneficiadas com sua ação ou omissão funcional.

#### **4.1.9 Intermediação para aplicação de verba pública**

Dispõe o inciso IX do artigo em comento, *ipsis litteris*:

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

Prevê-se aqui a figura da intermediação da aplicação de verba pública de qualquer natureza. Portanto, o ato ímprobo não se restringe à intermediação da liberação de verba já devida pelo cumprimento do objeto do contrato, mas também a intermediação da aplicação de recursos, fato comum na obtenção de recursos a fundo perdido ou mediante contrapartida do ente governamental beneficiado, materializados através dos conhecidos convênios. Exige-se o concurso do agente público com terceiro.

#### **4.1.10 Recebimento de vantagem para prevaricar**

Reza o inciso X do artigo 9º da Lei nº 8.429/90, *in verbis*:

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

O agente público comete, nesta hipótese, o crime de prevaricação, pois se omite conscientemente do dever de ofício. Para a configuração do tipo é necessário que esteja ele no exercício de suas funções; tenha a obrigação legal de executar o ato; a consciência do dever funcional e da antijuridicidade da conduta e que aja movido pela intenção de receber vantagem econômica de qualquer natureza, ilícita.

#### **4.1.11 Apropriação de bens ou valores públicos**

A Lei de Improbidade, no inciso XI de seu artigo 9º estatui, *in verbis*:

“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.”

Trata o inciso do enriquecimento ilícito mediante a incorporação, por qualquer forma, de bens ou rendas pertencentes ao patrimônio público. Incorporar significa apoderar, anexar, apropriar. Visa o dispositivo evitar a "mistura" do patrimônio público com o dos agentes públicos. Configura-se a improbidade administrativa por apropriação do patrimônio público quando o agente, em razão da função que exerce, tem a posse ou guarda de bens, verbas ou valores pertencentes ao erário, e, de forma livre e consciente, apropria-se dos mesmos, em proveito próprio ou alheio.

Configura, a par de improbidade administrativa, crime de peculato, previsto no Código Penal, art. 312 do Código Penal, que reza, *in verbis*:

"Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa."

#### **4.1.12 Uso particular de bens ou valores públicos**

O último inciso do artigo 9º versa sobre o uso particular de bens ou valores públicos ao estatuir, *ipsis litteris*:

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

Trata-se do peculato de uso. Caracteriza-se com a mera utilização, mesmo sem intenção de incorporação, de bens ou valores pertencentes ao ente público.

A utilização de bens públicos somente pode se dar no exercício regular da atividade administrativa, no cumprimento dos deveres e obrigações funcionais, nunca em proveito próprio.

Tem-se, pois, que o enriquecimento ilícito se caracteriza através de qualquer ação ou omissão no exercício de função pública para angariar vantagem econômica, ou satisfazer interesse privado. Nesses casos, o agente público ostenta patrimônio incompatível com sua remuneração mensal como servidor público. Exige-se que a vantagem econômica indevida seja angariada em razão de seu liame com a Administração Pública, independentemente da existência de dano efetivo. É a mais grave das modalidades de improbidade administrativas previstas na Lei nº 8.429/92.

#### 4.2 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO

O artigo 10 da Lei nº 8.429/92 elenca os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, ao dispor, *in verbis*;

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; 33



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.

Erário não se confunde com patrimônio público. Aquele está contido neste, limitando-se aos bens e direitos de valor econômico, i.e., aos recursos financeiros do Estado, enquanto patrimônio público é conceito mais abrangente, abarcando o complexo de bens e direitos públicos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico.

Nessa modalidade de improbidade administrativa, o núcleo central é a lesão ao patrimônio público financeiro, ou seja, ao erário. Para sua caracterização é necessário o concurso dos seguintes elementos: a) ação ou omissão ilegal do agente público no exercício de função pública; b) má-fé e c) lesão efetiva ao erário. Wallace Paiva Martins Júnior<sup>19</sup> dilucida a respeito:

A tônica central do art. 10 é fornecida pela compreensão da noção de perda patrimonial, que é o efeito do ato comissivo ou omissivo do agente, e expressa-se na redução ilícita de valores patrimoniais. A ilicitude (aqui compreendida a imoralidade) é traço essencial à lesividade (...). A análise da lei mostra, sem sombra de dúvida, que o art. 10, caput, conceitua o prejuízo patrimonial, enquanto seus incisos indicam situações ilícitas em que a lesão é elementar e decorrente indissociavelmente. Nesse artigo, cuida-se de hipóteses de atos lesivos ao patrimônio público que, por obra do comportamento doloso ou culposo do agente público, causaram ônus indevido ao particular e impuseram ônus injusto ao erário, independentemente de o agente público obter vantagem indevida.

Com efeito, enquanto o artigo 9º diz respeito ao recebimento de vantagem patrimonial em razão do exercício de função pública, o 10 pertine tanto ao servidor público quanto ao particular e tem por fim apenas aqueles que causam lesão ao erário.

Frise-se que o ato ímprobo também independe da vontade do agente público, podendo ele agir com dolo ou culpa, com a ressalva de que esta, *stricto sensu*, não tipifica ato de improbidade administrativa, sendo necessária a presença da ilegalidade da conduta. O rol do artigo 10 é meramente exemplificativo, de modo que outras formas de ação ou omissão, desde que causem lesão ao erário, podem ser consideradas atos de improbidade administrativa.

---

<sup>19</sup> **Probidade administrativa**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.238.

A ilegalidade, portanto, é requisito indispensável à caracterização dessa modalidade de improbidade administrativa, além, é claro, de efetivo dano ao erário. Não se admite o prejuízo presumido, nem o dano moral. O dano tem que ser patrimonial.

#### 4.3 DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Reza o caput do artigo 11 da Lei nº 8.429/92:

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.

O preceito do referido artigo é residual, só se aplicando quando não configuradas as demais modalidades de improbidade administrativa. Seria uma espécie de “soldado de reserva”, fazendo minhas as palavras do saudoso penalista Nelson Hungria. Desse modo, se o agente público não se enriqueceu ilicitamente nem causou prejuízo ao erário, ações ou omissões que atentem contra os princípios da Administração Pública são tipificadas como ímprobos porque revelam o desvio ético de conduta, a inabilitação moral do agente público para o exercício da função pública.

José Armando da Costa<sup>20</sup> afirma que “o artigo 11 da Lei de Improbidade seria um tipo genérico, e que mesmo não se confundindo com fatispécie em aberto, funciona como um verdadeiro soldado de reserva, assomando sempre, em socorro da sistemática repressiva da lei” Ou seja, para o referido autor, a configuração de improbidade não se limita aos tipos especiais previstos nos incisos I a VIII do artigo 11 da Lei n.º 8.429/92, pois, com base na

---

<sup>20</sup> **Contorno Jurídico da improbidade administrativa**. 3. Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p.140. 35

amplitude dos princípios reitores da administração, a improbidade pode se caracterizar em outras hipóteses, desde que configurada a má-fé, a desonestidade.

Importante ressaltar que ilegalidade não é sinônimo de improbidade e a prática de ato funcional ilegal por si só não basta para configurar improbidade administrativa, sendo necessário que o ato tenha origem em comportamento desonesto, denotativo de má fé e de falta de probidade do agente público, praticado no exercício da função ou que tenha ligação com a mesma. Só exsurge um dos tipos previstos no artigo 10 em testilha quando a conduta contrária à lei fere os princípios éticos.

A violação aos deveres enumerados no caput do artigo 11 da Lei n. 8.429/92 deve ser consciente, ou seja, dolosa. Os atos de improbidade administrativa, ao contrário das faltas disciplinares, encontram-se muito mais no domínio do dolo que da simples culpa. A ideia de culpa, traduzida na imprudência, imperícia ou negligência, é incompatível com a noção de improbidade, que pressupondo um desvio de ordem ética e merecendo uma qualificação infamante, só muito excepcionalmente poderá admitir modalidade culposa.

Destarte, o artigo em comento deve ser interpretado e aplicado em conjunto com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Não é qualquer violação de princípios norteadores da Administração Pública que redunde em ato de improbidade administrativa. O ato deve estar acompanhado de dolo, materializado na intenção desonesta, imbuída de má-fé, e deslealdade, requisitos estes de ordem subjetiva, semelhantes àqueles elementos que compõem o desvio de poder ou finalidade.

## 5 DOS SUJEITOS DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

### 5.1 DOS SUJEITOS PASSIVOS

Pazzaglini Filho (2009) elenca cada um dos sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92, art. 1º<sup>21</sup>, in verbis:

1. União, Estados, Municípios e Distrito Federal;
2. Os órgãos da Administração direta do Poder Executivo: Ministérios, Secretarias Estaduais, Municipais, Distritais, Advocacia Geral da União e Procuradorias Administrativas e Judiciais;
3. As entidades da Administração Indireta do Poder Executivo das unidades federativas: autarquias, fundações instituídas pelo Poder Público, Sociedades de Economia Mista;
4. O Congresso Nacional, Senado Federal, Câmara dos Deputados, Assembleia Legislativa, Câmara Municipal e Câmara Legislativa;
5. Os órgãos do Poder Judiciário nas esferas federal, estadual e distrital: Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares, Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e seus organismos administrativos.
6. Os órgãos dos Ministérios Públicos Federais, Estaduais e Distritais: Conselho Nacional do Ministério Público, Procuradoria Geral de Justiça, Colégio de Procuradores de Justiça, Conselho Superior do Ministério Público, Corregedoria Geral do Ministério Público, Procuradorias de Justiça, Promotorias de Justiça e seus organismos auxiliares e de administração;
7. Os Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios e seus órgãos auxiliares;
8. As empresas incorporadas ao patrimônio público: sociedades por ações de natureza privada absorvidas por empresa pública ou sociedade de economia mista, que lhes sucede em direitos e obrigações (art. 227 da Lei nº 6.404, de 4.12.1976 – Lei das Sociedades por Ações);
9. As empresas privadas dependentes de controle direto ou indireto do Poder Público: entidades para cuja criação ou custeio o Erário concorreu ou concorre com menos de 50% de seu patrimônio ou receita anual;
10. As entidades privadas de interesse público, que manejam dinheiros públicos a elas transferidos mediante subvenções sociais e econômicas (transferências correntes ou contribuições parafiscais compulsórias destinadas a cobrir despesas de empresas particulares que desempenham atividades de interesse do Estado), benefícios ou incentivos fiscais (renúncias de parcelas de receitas do Poder Público com impostos em troca de investimentos de empresas particulares em atividades por eles

---

<sup>21</sup> 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 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 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.

estimuladas) ou creditícios (repasse de recursos públicos, a título de empréstimo subsidiado ou a fundo perdido, para empreendimentos particulares estimulados pelo Poder Público), v.g., serviços sociais autônomos (Senai, Senac, Sesi, Sesc e outros assemelhados), organizações sociais sem fins lucrativos, que desempenham atividades nas áreas de ensino, de pesquisa científica, de desenvolvimento tecnológico, de proteção e preservação do meio ambiente, de cultura e de saúde – Ongs, que firmam contrato de gestão com o Poder Público (Lei nº 9.637/98) -, organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP -, sem fins lucrativos, que, mediante termo de parceria firmado com o Poder Público, utilizam bens ou recursos públicos na prestação de serviços na área social não exclusivos do Poder Público, tais como assistência social, promoção gratuita da educação ou da saúde, promoção da segurança alimentar e nutricional, promoção do voluntariado, promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza, promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais e demais atividades arroladas no art. 3º da Lei nº 9.790/99, que disciplinou tais organizações, e qualquer outro tipo de entidade privada que receba ou administre valores de origem pública.

O sujeito passivo do ato de improbidade administrativa abarca todas as pessoas jurídicas públicas de direito interno, é dizer: União, Estados, Distrito Federal e Municípios; os órgãos dos três Poderes do Estado; a administração direta e a indireta; as empresas que, mesmo não integrando a administração indireta e não tendo a qualidade de sociedade de economia mista ou empresa pública, pertencem ao Poder Público e as empresas para cuja criação tenha o Estado concorrido com mais de cinquenta por cento.

Resumindo, conforme adverte Pazzaglini Filho (2009), citando decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo: “[...] onde houver um único centavo em dinheiro público envolvido, a lei terá incidência, independente de a entidade exercer atividade de natureza pública ou privada”.

## 5.2 DOS SUJEITOS ATIVOS

Os sujeitos ativos do ato ímprobo, nos termos da Lei de Improbidade, artigos 2º<sup>22</sup> e 3º<sup>23</sup>, são o agente público e terceiros.

---

<sup>22</sup> Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

<sup>23</sup> 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.

Segundo Waldo Fazzio Júnior<sup>24</sup>, “toda pessoa natural que exerce cargo, emprego ou função pública é agente público. A locução agente público compreende todas as pessoas que mantêm vínculo de trabalho, temporário ou permanente, a qualquer título, com o Estado. Vale para a administração direta e indireta, quer dizer, designa a pessoa natural que, sob qualquer pretexto, exerce atividade típica do Estado.” São eles: parlamentares de todos os níveis, chefes do Poder Executivo federal, estadual, municipal, Ministros e Secretários dos Estados e Municípios; servidores públicos (pessoas com vínculo empregatício, estatutário ou contratual, independentemente de ocuparem cargos efetivos, em comissão, permanentes ou temporários) e os particulares em colaboração com o Poder Público que atuam sem vínculo empregatício.

A Lei nº 8.429/92, conforme se vê pela transcrição do artigo 3º, citado em nota de rodapé nº 21, elenca o terceiro, o particular, como sujeito ativo do ato de improbidade administrativa. Recorra-se de novo ao magistério sempre elucidativo de Pazzaglini Filho (2009). “A participação de terceiro dá-se por indução ou concurso para a prática do ato de improbidade administrativa. E sempre que, sob qualquer forma direta ou indireta, auferir benefício. Indução é o ato de instigar, sugerir, estimular, incentivar o agente público a praticar ou omitir ato de ofício caracterizador de improbidade administrativa. O concurso é atividade de auxílio, de participação material na execução por agente público de ato de improbidade administrativa. Auferir benefício é tirar proveito patrimonial, direto ou indireto, de ato ímprobo cometido por agente público, seja ajustado previamente com este, seja em associação ilícita, nesse caso, o terceiro, de má-fé, ciente da improbidade cometida, dela se locupletando.”

Tem-se, pois, que os agentes públicos dividem-se em quatro tipos: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos e agentes delegados. Em suma, todo aquele que se enquadrar no comando do artigo 1º e seu parágrafo único da Lei nº 8.429/92, o qual vincula o artigo 2º do aludido diploma legal, sem prejuízo, por evidente, da incidência do artigo 3º, que é o mais amplo de todos, será havido como agente público.

---

<sup>24</sup> **Improbidade Administrativa: Doutrina, Legislação e Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008

## 6 DAS SANÇÕES

### 6.1 DAS ESPÉCIES DE SANÇÕES

A Constituição Federal em seu artigo 37, §4º, relaciona as sanções fundamentais por ato de improbidade administrativa que são: i) suspensão dos direitos políticos; ii) perda da função pública e iii) indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei. A Lei de Improbidade Administrativa, no artigo 12<sup>25</sup>, que regulamentou referido dispositivo, acrescentou a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Assim, têm-se sanções graduadas segundo a gravidade do ato ímprobo praticado que são: i) suspensão dos direitos políticos; ii) multa civil e iii) proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios a depender do ato de improbidade administrativa praticado.

Se implicar enriquecimento ilícito (art. 9º) ter-se-ão as seguintes penas: i) suspensão dos direitos políticos; ii) multa civil até três vezes o valor do acréscimo patrimonial; iii) proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

---

<sup>25</sup> Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

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

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a 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.

Se for o ato lesivo ao erário (art. 10) serão aplicadas: i) suspensão dos direitos políticos de 5 a 8 anos; ii) multa civil de até duas vezes o valor do dano e iii) proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Finalmente, se o ato de improbidade administrativa atentar contra os princípios da Administração Pública (art. 11) as penas serão: i) suspensão dos direitos políticos de 3 a 5 anos; ii) multa civil de até 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente público e iii) proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios por três anos.

Na fixação das punições, o Juiz atentará para a extensão do dano causado e o proveito patrimonial auferido pelo agente público, a teor do disposto no parágrafo único do artigo 12 transcrito em nota de rodapé de nº 23 e se aplicá-las acima do mínimo legal deverá fundamentar.

Já as sanções fixas previstas na Lei nº 8.429/92, art. 12, são: i) perda da função pública; ii) ressarcimento integral do dano e iii) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio.

Com efeito, o artigo 12 contém reprimendas que variam de acordo com a modalidade de improbidade administrativa praticada, variando conforme a gravidade do ato. Porém, qualquer que seja a espécie praticada, as punições são cumuláveis. Veja-se, *de per se*, cada uma dessas sanções.

- **Suspensão dos Direitos Políticos**

A Constituição Federal de 1988 veda expressamente a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão, todavia, somente se admite nas hipóteses estritas do artigo 15, incisos I, II, III, IV, V, dentre as quais consta expressamente a improbidade administrativa. Trata-se de sanção político-civil que gera a suspensão dos direitos políticos e não a perda.

A Lei nº 8.429/92 regula a forma e a gradação desse tipo de sanção, devendo incidir o princípio da proporcionalidade, mercê de sua gravidade. Na hipótese de efetivo enriquecimento ilícito, a suspensão dos direitos políticos pode ocorrer de oito a dez anos. O julgador fixa o quantum dentro desses limites (artigo 12, inciso I).



Quando houver lesão ao Erário, o prazo obrigatório de suspensão dos direitos políticos varia de cinco a oito anos (artigo 12, inciso II).

No caso de violação aos princípios da administração pública, sem danos ao Erário e sem enriquecimento ilícito, a suspensão pode oscilar entre três a cinco anos, inclusive (artigo 12, inciso III).

Em todos esses casos, o ato deve ser fundamentado, evitando-se excesso na dosimetria da pena. Operado o trânsito em julgado da sentença, a suspensão dos direitos políticos é auto executável, bastando a comunicação aos órgãos públicos competentes, com as anotações cabíveis, inclusive, na Justiça Eleitoral. Não há que se falar, evidentemente, na eventual necessidade de ajuizamento de outra demanda para "executar" a sanção já estabelecida na sentença decretadora da suspensão dos direitos políticos. Inexiste necessidade de outro processo judicial. A coisa julgada, aqui, permite a adoção das providências administrativas necessárias ao cumprimento do decisum.

- **Ressarcimento Integral do Dano e Perda dos Bens Havidos Ilícitamente:**

Tais sanções atingem o direito de propriedade e, como tais, submetem-se ao devido processo legal. Também aqui o julgador deve ater-se ao princípio da proporcionalidade.

Para a efetiva aplicação da pena de ressarcimento ao Erário, podem ser alcançados bens adquiridos inclusive em período anterior à prática da improbidade administrativa, ou em tempo anterior à vigência da Lei 8.429/92, pois o que importa é o efetivo ressarcimento, ou seja, ressarcimento integral do dano, independentemente da origem lícita ou não comprovada dos bens em si mesmos.

- **A Multa Civil:**

O pagamento de multa civil é sanção prevista invariavelmente para qualquer espécie de improbidade administrativa. É prevista para quaisquer das três modalidades fundamentais de improbidade administrativa. Evidente que a cobrança dos valores relativos a qualquer multa civil há de ser feita dentro do devido processo legal de execução. Daí que a ausência de bens ou de patrimônio passível de execução liberará o demandado dos efeitos dessa sanção, observado o prazo prescricional comum para a execução por dívida certa em dinheiro pelo Poder Público contra os particulares. Não é possível também qualquer conversão da multa em alguma outra sanção.

O valor da multa deve basear-se na natureza e gravidade do fato, critérios que envolvem a análise do montante de prejuízos causados ao Erário. Mister atentar para a conduta do agente como um todo, levando-se em consideração, quando da fixação da multa civil, fatores, tais como a natureza do cargo, o grau de lesividade de sua conduta, a repercussão social do fato, o elemento subjetivo, o modo de atuação, as circunstâncias, e outros elementos informativos disponíveis.

- **A Perda da Função Pública:**

Esta é uma sanção aplicável às três modalidades de improbidade administrativa, ou seja, aos atos que importem enriquecimento ilícito, dano ao Erário ou violação aos princípios da administração pública. Registre-se que o agente perde toda e qualquer função pública que estiver exercendo quando da prolação da sentença condenatória. Leva-se em conta, neste particular aspecto, o momento da aplicação da sanção para efeito de perda da função pública.

Essa sanção deve ser compreendida em conjunto com a sanção da suspensão dos direitos políticos. Não pode exercer função pública quem não está no gozo de seus direitos políticos. Trata-se de expressão que, por sua amplitude, abarca todo e qualquer cargo público, eletivo ou não, nos termos, aliás, do artigo 1º da Lei 8.429/92.

Frise-se que, nos termos da Lei de Improbidade Administrativa, art. 20<sup>26</sup>, a perda da função pública somente se consuma com o trânsito em julgado da sentença (sem prejuízo de administrativamente ser aplicada a pena de demissão, quando cabível, conforme se verá mais adiante). A aludida lei, no parágrafo único do referido dispositivo legal, autoriza, entretanto, o afastamento cautelar, quando necessário para a instrução processual, ou seja, quando o agente público puder interferir na produção de provas, por exemplo, mediante o exercício da hierarquia em relação a testemunhas, eliminando ou forjando documentos.

Na aplicação dessa grave sanção, o juiz deve atentar para o princípio da proporcionalidade, a fim de se evitar excessos. Ademais, deverá ser observado rigorosamente o devido procedimento legal.

---

<sup>26</sup> Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

- **Proibição de Contratar com a Administração Pública e de Receber Benefícios, Incentivos ou Subvenções, Fiscais ou Creditícias:**

Esta sanção está prevista no artigo 12, incisos I, II e III, da Lei 8.429/92. De um lado, limita o exercício de atividade profissional, vedando que o agente condenado por improbidade contrate com a Administração Pública. De outro, limita os direitos de percepção de benefícios e/ou incentivos fiscais ou creditícios do agente ímprobo junto ao Poder Público.

Ao contrário do que ocorre com a multa e com a sanção de suspensão dos direitos políticos, as quais podem ser graduadas, essa interdição de direitos é fixada abstratamente para qualquer forma de improbidade administrativa, sem prazos variáveis.

Tolhe-se o poder individualizador da sentença. O prazo é sempre rígido. Tal rigidez suscita, desde logo, indagação em torno da igualdade de tratamento aos agentes da improbidade, na medida em que todo e qualquer infrator receberia o mesmo quantum sancionatório. Não há limites mínimo e máximo, circunstância que impediria individualização da pena, ainda que de caráter extrapenal.

Diante do aparente impasse, o intérprete poderia percorrer variados caminhos. Parece, todavia, recomendável interpretar a norma em exame de acordo com o princípio da proporcionalidade, adaptando-a ao caso concreto, sem a eiva da inconstitucionalidade que eventualmente resultaria de previsão legal abstrata de sanção sem possibilidade de individualização.

Forçoso interprete o julgador a aplicação dessa sanção com cautelas. A uma porque o legislador estipulou a regra, vale dizer, a imposição da sanção, que, assim, emerge como consequência lógica da improbidade administrativa; a duas por ser despidendo até mesmo fundamentar sua imposição. Basta que se reconheça a improbidade administrativa. Mas da sentença há de emergir, naturalmente, uma fundamentação reconhecedora da gravidade do ato ímprobo e da conseqüente necessidade da medida restritiva de liberdade no mundo negocial. Em palavras diversas: a sanção há de estar respaldada na proporcionalidade, seja com invocação direta desse princípio, seja indiretamente conectada às bases e fundamentos da sentença.

Com efeito, na seara do direito administrativo, o legislador somente pode limitar o livre exercício da profissão no interesse do bem-estar comum (...). Além disso, o legislador deve ter condições de poder justificar a intervenção nesse direito fundamental com considerações apropriadas e razoáveis e não deve abusar de sua potestade legislativa para fins

inadequados. Nesse passo, é de se levar em linha de conta a relação de meios e fins. O meio é apropriado se, com o seu auxílio, o resultado desejado pode ser promovido; será necessário o meio quando ao legislador não tiver sido possível escolher outro menos gravoso e igualmente eficaz.

## 6.2. DIFERENÇA ENTRE DEMISSÃO E PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. SERÁ QUE EXISTE?

Tanto a demissão quanto a perda da função pública acarretam a ruptura do liame do servidor com o Poder Público. Esfacela-se a relação jurídica existente entre eles. A demissão é ato administrativo que determina a quebra desse vínculo, tendo caráter de penalidade, quando do cometimento de falta funcional pelo servidor. Restringe-se ao âmbito administrativo-disciplinar. A Lei nº 8.112/90 estatui no artigo 132, *in verbis*:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

- I - crime contra a administração pública;
- II - abandono de cargo;
- III - inassiduidade habitual;
- IV - improbidade administrativa;
- V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;
- VI - insubordinação grave em serviço;
- VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;
- VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;
- IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; XI - corrupção;
- XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117. (Grifos nossos)

As hipóteses referidas neste último inciso são as seguintes:

- i- valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;
- ii- participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;
- iii- atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;
- iv- receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;

v-aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro; vi-praticar usura sob qualquer de suas formas; vii-proceder de forma desidiosa; viii-utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares.

Já a perda da função pública, que consiste na cessação compulsória do vínculo jurídico do agente público com o órgão ou entidade pública, decorre de sentença condenatória em ação civil de improbidade administrativa. Quer dizer, ambas implicam o fim de tal liame. Tanto a demissão como a sanção de perda da função pública tem como consequência o alijamento do servidor do serviço público. Em relação a esse aspecto, não há nenhuma diferença entre essas espécies de penalidades. A diferença reside apenas em dois pontos: a) uma dá-se no âmbito de um processo administrativo disciplinar (a demissão) e a outra (a perda da função pública) no de um processo judicial; b) a perda da função somente produz efeitos com o trânsito em julgado da sentença que a decretou, ao passo que a demissão opera efeitos a partir da publicação da portaria demissória no Diário Oficial.

Em suma, ainda que pragmaticamente, no mundo fenomênico, ambas impliquem exatamente na mesma coisa (no desligamento do servidor da administração pública), doutrinariamente são sanções distintas. A demissão é sanção administrativa aplicada pela própria Administração a um servidor público após regular processo administrativo instaurado em razão do cometimento de falta disciplinar. Perda da função pública é sanção aplicada pelo Poder Judiciário, em processo judicial, em razão da condenação por crime ou ato de improbidade administrativa.

## 7 DA INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA DE RESERVA DE JURISDIÇÃO

O tema da aplicabilidade de pena expulsória pela Administração Pública a servidor incurso em ato de improbidade é dos mais palpitantes, não assumindo, entretanto, no moderno direito administrativo, contornos de vexata quaestio.

O artigo 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/90 reza *in verbis*:

“Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:  
IV - improbidade administrativa.”

Se o fato imputado ao agente público amoldar-se ao descrito no inciso referido, ou seja, caracterizar improbidade administrativa, então nada obsta seja demitido na seara administrativa, não havendo que se falar em cláusula de reserva jurisdicional, conforme se verá ao longo desta monografia. É dizer, a penalidade de demissão por ato de improbidade não é exclusividade do Poder Judiciário.

Com efeito, uma vez instaurado processo administrativo disciplinar em que se assaca contra o servidor público o cometimento da infração disciplinar de improbidade administrativa, e chegando à autoridade administrativa julgadora a essa conclusão quando do julgamento final, nada impede que inflija a penalidade de demissão ao acusado, alijando-o do serviço público.

A Lei nº 8.429/92 não revogou, de forma tácita ou expressa, dispositivos da Lei 8.112/90, que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. Aquele diploma legal tão-somente buscou definir os desvios de conduta que configurariam atos de improbidade administrativa, cominando penas que, segundo seu art. 3º, podem ser aplicadas a agentes públicos ou não. Em consequência, nada impede que a Administração exerça seu poder disciplinar com fundamento em dispositivos do próprio Regime Jurídico dos Servidores Públicos.

Tem-se, sem dúvida alguma, que a Lei nº 8.429/92 não derogou, expressa ou tacitamente, o inciso IV do artigo 132 da Lei nº 8.112/90, pois seu artigo 25<sup>27</sup> refere-se textualmente à revogação das Leis nºs 3.164, de 1º de junho de 1957 e 3.502, de 21 de dezembro de 1958, não incluindo, portanto, a Lei nº 8.112/90, artigo 132, inciso IV. Ao

---

<sup>27</sup> Art. 25. Ficam revogadas as Leis nºs 3.164, de 1º de junho de 1957, e 3.502, de 21 de dezembro de 1958 e demais disposições em contrário.

contrário, o artigo 12<sup>28</sup> da Lei em comento reafirmou a independência entre as esferas administrativa e judicial.

Desse modo, se a conduta típica de improbidade administrativa estiver intimamente ligada ao exercício funcional do servidor, caracterizando essa espécie de infração disciplinar, prevista na Lei nº 8.112/90, artigo 132, inciso IV, poderá sofrer ele a reprimenda da demissão, sem necessidade de haver o ente público, ao qual vinculado o agente, que ingressar com ação judicial para defenestrá-lo de seus quadros.

A pena de demissão decorrente de ilícito administrativo cometido por servidor público prescinde, pois, de confirmação do Poder Judiciário para produzir efeitos, por se tratar de exercício do poder disciplinar da Administração Pública. Destarte, a improbidade administrativa pode ser evocada pela Administração Pública federal como fundamento para aplicar a pena de demissão, não se exigindo que o Poder Judiciário se pronuncie previamente sobre a sua caracterização. Esse é o entendimento assente dos tribunais, conforme se verá no capítulo 8.

O servidor público condenado em processo administrativo disciplinar por ato de improbidade pode ser demitido independentemente de condenação judicial. A decisão judicial só é indispensável para a aplicação das penas de suspensão de direitos políticos, indisponibilidade de bens ou ressarcimento ao erário – previstas na Lei de Improbidade.

---

<sup>28</sup> Art. 12. **Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica**, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

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

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a 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. (Grifos nossos)

O entendimento de que, a partir da edição da Lei nº 8.429/92, não mais seria possível a demissão por improbidade administrativa mediante processo administrativo disciplinar – admitida pelo artigo 132, inciso IV, da Lei n. 8.112, não prevalece, porquanto os casos de improbidade não tratados pela Lei n. 8.429 continuam sujeitos ao estatuto dos servidores e podem ser apurados e punidos em processo administrativo disciplinar. Assim também ocorre quando o fato se enquadra na Lei de Improbidade, mas, pela sua importância, não justifica as outras penalidades previstas por ela, além da demissão.

A Lei nº 8.429/92, como visto anteriormente, trata dos atos de improbidade que impliquem enriquecimento ilícito (artigo 9º), lesão ao erário (artigo 10) ou ofensa aos princípios da administração (artigo 11), prevendo as penas de demissão, suspensão de direitos políticos, indisponibilidade de bens ou ressarcimento ao erário, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.

Quando as infrações disciplinares alcançam potencial de improbidade compatível (isto é, quando sujeitas à pena de demissão, suspensão de direitos políticos, indisponibilidade de bens ou ressarcimento ao erário), podem ser objeto de processo e aplicação das penas previstas na Lei de Improbidade tanto como na lei funcional, mas para a aplicação das penas de suspensão de direitos políticos, indisponibilidade de bens ou ressarcimento ao erário, porque não há previsão na lei funcional, só se procederá judicialmente.

Assim, quando se pretende a caracterização de ato de improbidade previsto nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429 e se pretende a aplicação das penalidades ali previstas além da demissão, a investigação deve ser judicial. Ao contrário, se a improbidade é de menor importância que não resulte na penalização da Lei de Improbidade ou não constitua improbidade contra a administração ou o erário, a pena administrativa, inclusive de demissão, poderá ser imposta em processo administrativo.

O fato de a lei do funcionalismo também estabelecer que o ato de improbidade é causa para demissão não significa que as punições tenham a mesma natureza. A infração disciplinar e o ato de improbidade legalmente submetem-se cada qual a regime peculiar, e sobretudo, por essa mesma razão, não se excluem. É possível admitir que uma infração disciplinar possa ser reconhecida como ato de improbidade e sujeitar-se ao processo judicial correspondente, assim como reconhecê-la como crime e sujeitá-la à ação penal, sem que, por uma ou outra circunstância, seja inviabilizada a autonomia da investigação administrativa disciplinar.

A Constituição Federal de 1988 admite a perda do cargo do servidor nas hipóteses de sentença transitada em julgado e de processo administrativo em que seja garantido o direito de defesa. O entendimento de que as infrações disciplinares de improbidade, em qualquer caso,



estariam sujeitas à ação judicial implica manifesta desatenção ao texto constitucional e aniquilação do poder de autotutela da administração, com sério reflexo na autonomia administrativa do Poder Executivo.

Forçoso reconhecer que, com o advento da Lei nº 8.429/92, não ficou regulada inteiramente a matéria de que a Lei 8.112/90 trata em termos abstratos ou gerais, de maneira que não se pode afirmar que a subsunção de ato de improbidade administrativa prevista em leis anteriores foram tacitamente revogadas pela Lei afluyente de âmbito nacional (Lei 8.429/92), que prescreveu nos seus artigos 9º, 10 e 11 três figuras legais de improbidade administrativa: (i) enriquecimento ilícito, (ii) prejuízo ao erário e (iii) violação dos princípios da Administração Pública.

Assim não é correto afirmar-se, invocando-se o princípio de que a lei posterior (a Lei nº 8.429/92) revoga a anterior (a Lei nº 8.112/90, artigo 132, inciso IV), previsto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, artigo 2º, § 1º<sup>29</sup>, de sorte que não está eliminada do sistema repressivo a figura aberta do artigo 132, IV da Lei 8.112/90. Não se pode também alegar que o servidor público ficaria em situação de completa insegurança quanto ao cometimento do ilícito do ato ímprobo, dando ensejo a sanções indevidas que poderiam resvalar para motivações subjetivas, porquanto lhe é assegurado constitucionalmente o devido processo legal e o contraditório, nos termos do artigo 5º, inciso LIV<sup>30</sup>, além do controle judicial do ato sancionatório que se revestir de arbitrariedade.

Destarte, à administração pública é admitida a potestade punitiva por improbidade administrativa, desde que a conduta do servidor público se ajuste ao tipo sancionador em foco, previsto no artigo 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/90. Esse poder de punir sempre esteve inserido no âmago das funções executivas.

---

<sup>29</sup> Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

**§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.**

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência. (Grifos nossos)

<sup>30</sup> Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (Grifos nossos).

Discorda dessa tese o douto magistério de Mauro Roberto Gomes de Mattos<sup>31</sup> ao sustentar que a Lei de Improbidade Administrativa derogou a Lei nº 8.112/90, inciso IV, do artigo 132:

Há incompatibilidade formal ao se aplicar o disposto no art. 132, IV, da Lei 8.112/90, sem estabelecer um dos tipos elencados nos artigos 9º, 10 e 11, da Lei 8.429/92, em decorrência de que a lei específica (geral) é que tem competência para prever os casos de punição dos atos de improbidade administrativa. Portanto, a incompatibilidade não ocorre por contradição da lei antiga (Lei 8.112/90) pela lei geral (Lei 8.429/92) e sim pela omissão de seu comando, que prevê de forma genérica a "improbidade administrativa" como uma conduta passível de demissão, sem descrever os tipos da lei geral: enriquecimento ilícito (art. 9º), prejuízo ao erário (art. 10) e violação aos princípios da boa administração pública (art. 11). Essa situação genérica, distanciada da lei que regulou inteiramente a matéria é ilegal, em decorrência de que os tipos da improbidade administrativa são os descritos na Lei 8.429/92, que apesar de terem um caráter aberto não admitem a subsunção da conduta do servidor público em um simples e ilegal ato de improbidade administrativa, como grafado no inciso IV, do art. 132, da Lei 8.112/90. Isso porque o referido inciso IV, não tipifica a conduta relativa ao ato de improbidade administrativa, que será objeto de investigação a ser desenvolvida no processo administrativo disciplinar. Nenhuma outra lei ou comando legal poderá dispor sobre os tipos, as hipóteses e sanções referentes ao ato de improbidade administrativa, pois, coube à lei geral (Lei 8.429/92) regulamentar o art. 37, § 4º, da CF, fixando, de forma ampla, os casos que são previstos como ímprobos. Não incumbe à Administração Pública a imposição de penalidades previstas na Lei 8.429/92 (improbidade administrativa), eis que a competência é privativa do Poder Judiciário. Após esse julgado da Excelsa Colenda Corte, dúvidas não pairam que a imposição das penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa, e uma delas é a demissão do servidor público, são privativas do Poder Judiciário, devendo a instância administrativa disciplinar representar para que o Ministério Público ou para o Órgão lesado ingressem com a competente ação em juízo. As demissões levadas a efeito, pela instância administrativa, após a entrada em vigor da Lei 8.429/92, são nulas de pleno direito, pois o agente público somente poderá ser demitido após o trânsito em julgado da sentença condenatória. A precoce demissão efetivada através do processo administrativo disciplinar, antes do trânsito em julgado da ação de improbidade administrativa, como aduzido, é ilegal, violando o disposto no art. 20, da Lei 8.429/92.

Essa doutrina não tem sido encampada pela jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante se verá no capítulo 8. O fato é que é poder-dever do administrador público reprimir os desvios de conduta dos servidores e aplicar-lhes as penalidades previstas em lei quando os atos transgressivos sejam tipificados no estatuto disciplinar do funcionalismo, como é o caso da improbidade administrativa, falta gravíssima, passível de demissão.

---

<sup>31</sup> (Lei 8.112/90 Interpretada e Comentada, Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008, pp. 924/925).

Sem dúvida, é direito da Administração Pública – e sobretudo dever – alijar de seus quadros o servidor que incorre em improbidade administrativa, comprometendo a dignidade, a moralidade, o bom procedimento, a lealdade e os valores superiores que deve preservar. Neste diapasão, é que assoma legal a demissão de servidor incurso em transgressão que se classifique como improbidade administrativa, na fase decisória de processo administrativo disciplinar, no qual tenham sido provados os fatos constitutivos da falta funcional que lhe é imputada, após lhe ter sido assegurado o pleno direito de defesa.

A Administração não está obrigada a manter em seus quadros aquele que comprometeu a retidão de conduta, comprovadamente, no **desempenho funcional**, fugindo ao cumprimento de seus deveres e proibições como agente público, consoante previsão das regras legais e constitucionais de atuação no múnus que ocupa. Sendo infração disciplinar, indubitável o direito de a Administração Pública exercer seu poder sancionador sobre o agente faltoso, demitindo-o, antes mesmo da abertura ou desfecho de eventual ação judicial de improbidade pelo Ministério Público ou pela própria pessoa jurídica de direito público legitimada.

Nessa toada, a doutrina autóctone sufraga a tese, dominante, diga-se de passagem, de que a Administração Pública pode, sim, demitir servidor, ao considerar que ele tenha cometido ato de improbidade administrativa (falta disciplinar passível de demissão, nos termos do artigo 132, inciso IV, da L. 8.112/90), independentemente de prévia instauração ou julgamento de processo judicial pelo mesmo fato, segundo se colhe do escólio abalizado de José Armando da Costa, *in verbis*:

A improbidade administrativa perpetrada pelos agentes públicos constitui delito de natureza disciplinar, o qual, depois de ser devidamente apurado em processo administrativo disciplinar idôneo, configura justo título para lastrear a inflição da pena capital de demissão ao servidor considerado e julgado culpado.<sup>32</sup>

Da mesma foram pensa Juarez Freitas:

“É possível o servidor público ser demitido por prática de ato de improbidade administrativa mediante o devido processo administrativo disciplinar, antes do eventual ajuizamento ou do trânsito em julgado de ação deduzida com fulcro na Lei 8.429/92”<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> **Contorno jurídico da improbidade administrativa**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 121.

<sup>33</sup> **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3<sup>a</sup>. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 17.

Marcelo Figueiredo pontifica com mestria:

"Existem vários veículos para a perda do cargo; o judicial não é o único. Assim, v.g., há demissão por improbidade nas hipóteses estatutárias (Lei 8.112, de 1990)".<sup>34</sup>

Com efeito, o disposto no artigo 20<sup>35</sup>, da Lei 8.429/92, segundo o qual a perda da função pública somente ocorrerá com o trânsito em julgado da sentença condenatória proferida na ação de improbidade, circunscreve-se à orbita judicial, não coartando o poder/dever de a Administração Pública exercer o poder disciplinar de punir o servidor faltoso, incurso em conduta amoldada aos ditames do referido diploma normativa, com a penalidade demissória.

Sendo assim, imperioso concluir que, podendo o servidor público sofrer reprimenda na tríplice esfera: civil, penal e administrativa, também por improbidade administrativa, a aplicação da sanção de perda da função pública por sentença judicial, proferida num processo de improbidade administrativa, pode restar prejudicada se, antes disso, o ente público houver demitido o réu mediante processo administrativo disciplinar. Entretanto, se a Administração Pública chegar à conclusão de que o fato tido como infração disciplinar não caracteriza improbidade administrativa, nos termos desenhados na Lei n 8.429/92, não poderá, depois, valer-se da ação judicial de improbidade administrativa para perseguir a decretação da perda da função pública, tendo em vista que lhe faltaria, nesse caso, interesse de agir. Subsistiria, em tese, dito interesse para perseguir a aplicação das demais sanções elencadas no artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92, quais sejam, ressarcimento integral do dano, se existente; suspensão dos direitos políticos; pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

A propósito, recorra-se ao ensinamento sempre atual de Wallace Paiva Martins<sup>36</sup> que dilucida com clareza e precisão o tema ora em disceptação:

<sup>34</sup> **Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 4. ed. atual. e. ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 272.

<sup>35</sup> Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

<sup>36</sup> **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 179-180.

"As hipóteses de atos de improbidade administrativa não excluem a conceituação legal do fato delineada nos estatutos do funcionalismo federal, estadual e municipal. A previsão da imposição judicial das sanções por improbidade administrativa, nos autos da ação própria, não significa que a Lei 8.429/92 tenha instaurado uma instância única para julgar os atos ímprobos e nem que se tenha retirado a competência administrativa, no mesmo particular, derivada do poder disciplinar.

É de sabença geral que o direito pátrio adotou o postulado da independência das instâncias administrativa, civil e penal, de modo que o agente público que comete ilícito contra a Administração poderá sujeitar-se às três esferas, das quais poderá resultar a pena de perda do cargo público. Assim, esta sanção pode dimanar de uma pena imposta pelo Poder Judiciário, no julgamento de processo criminal, como pela Administração Pública ao julgar processo administrativo disciplinar, infligindo-lhe a demissão. A diferença é que, no primeiro caso, o Estado reprime um ilícito penal, enquanto, no segundo, um ilícito administrativo. Nem por isso os Tribunais Pátrios ou a doutrina deixam de abrigar, de forma pacificada, a independência das instâncias administrativa e criminal, de modo que a autoridade administrativa pode classificar uma conduta como crime contra a Administração e punir essa falta de natureza também disciplinar, independentemente de prévia condenação em processo-crime pelo mesmo quadro fático.

Forçoso concluir que a aplicação das penalidades da Lei 8.429/1992 cabe também à Administração Pública, na seara de um processo administrativo disciplinar, respeitado o devido processo legal, visto que a improbidade administrativa está capitulada na Lei 8.112/1990, artigo 132, inciso IV, como infração funcional passível de demissão.

Na verdade, o que distingue o ato de improbidade administrativa da infração disciplinar por improbidade, e assim a necessidade ou não de prévia ação judicial, é a natureza da infração, pois a lei funcional tutela a conduta do servidor estabelecendo regime jurídico próprio, enquanto a lei de improbidade dispõe sobre sanções aplicáveis a todos os agentes públicos, servidores ou não, no interesse da preservação e integridade do patrimônio público.

Quando o ato do servidor é ato típico de improbidade em sentido estrito, tipificado nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.492/1992 e se pretende a aplicação das penalidades ali previstas, além da demissão, a investigação prévia deve ser judicial. As improbidades não previstas ou fora dos limites da lei de improbidade ainda quando se recomende a demissão, sujeitam-se à lei estatutária, prevalecendo, portanto, o artigo 132, inciso IV da Lei nº 8.112/90.

Nesse sentido, recorra-se, mais uma vez, ao escólio de Wallace Paiva Martins Júnior<sup>37</sup>:

A Lei Federal n. 8.429/92 não revogou a Lei Federal n. 8.112/90, nem as leis estaduais nem as municipais, no que diz respeito às faltas funcionais e correlatas sanções, processo administrativo e competência no exercício do poder disciplinar, inclusive no tocante à probidade administrativa. São esferas distintas e independentes de repressão. As hipóteses de atos de improbidade administrativa não excluem a conceituação legal do fato delineada nos estatutos do funcionalismo federal, estadual e municipal, de modo que não se pode afirmar que as primeiras prevalecem sobre as segundas. Destaca-se, aqui, primeiramente, o processo administrativo-disciplinar, que tem por finalidade apurar os ilícitos funcionais praticados pelo agente público, com vistas a responsabilizá-lo por infração que praticou no exercício do cargo público que ocupa ou da função pública que exerce.

A jurisprudência é assente quanto a permitir que a Administração Pública demita o servidor, por considerar que ele tenha cometido ato de improbidade administrativa (falta disciplinar passível de demissão, nos termos do artigo 132, inciso IV, da L. 8.112/90), independentemente de prévia instauração ou julgamento de processo judicial pelo mesmo fato, consoante será demonstrado no próximo capítulo.

---

<sup>37</sup> In ob. cit. p. 275.

## 8 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS

Os Tribunais do país têm sufragado a tese de que a Administração Pública pode demitir por ato de improbidade administrativa, desde que a conduta do servidor se adapte a um dos modelos elencados na Lei nº 8.429/92, artigos 90, 10 e 11 e, claro, tenha ele agido na condição de **homem-função**, e não na de **homem-ser**. É dizer, mister aja no **exercício da função pública**, porquanto os atos da vida privada estão fora do alcance de aludido pergaminho legal. Com efeito, este diploma legal autoriza a demissão por ato de improbidade. Todavia, a ilegalidade da conduta **durante o exercício** do múnus público é condição indispensável para caracterizar-se o ato de improbidade em exame, em harmonia com o modelo de responsabilização nela previsto.

Com efeito, a demissão só é factível se o servidor acusado houver praticado o fato tido por ímprobo no exercício de suas atribuições funcionais, conforme exigência da Lei nº 8.429/92 que em seu artigo 4º exige pratique o agente público tal ato no exercício da função pública, in verbis: “Art. 4º. **Os agentes públicos** de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade **no trato dos assuntos que lhes são afetos.**” (Grifos nossos)

Assim, agente público para os efeitos especificados na Lei nº 8.429/92 é vocábulo que compreende todo aquele que está, mediante norma legal, autorizado a expressar a vontade estatal. Necessário, pois, atue o agente público na qualidade de servidor público e no desempenho de suas atribuições funcionais. A conduta não se ligando a tais atribuições, não se vinculando aos assuntos que lhe são afetos na labuta diária, não tipifica ato de improbidade administrativa nos termos desenhados pela lei de regência. Pode caracterizar infração penal o fato praticado ou outra infração disciplinar, mas não improbidade administrativa.

Sem dúvida que a improbidade administrativa disciplinada pela Lei nº 8.429/92 está ligada ao exercício da função pública. No dizer de José Afonso da Silva<sup>38</sup>, “a Lei nº. 8.429/92 coíbe a improbidade administrativa que consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo **no exercício das suas funções**, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada.” (Grifos do original)

---

<sup>38</sup> **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Malheiros Editores, São Paulo-SP, 2005, p. 669 56

Trata-se de uma essencialidade da Lei nº 8.429/92, a dizer: proceder o agente público no exercício da função pública para a caracterização da infração disciplinar de improbidade administrativa. Não é possível dê-se uma interpretação extensiva para abarcar atos da vida privada, dissociados do exercício daquela função. A esse respeito, veja o magistério de Fábio Medina Osório<sup>39</sup>:

A improbidade administrativa não se configura, pois, pelo chamado comportamento incompatível com a função pública, se tal conduta estiver dissociada totalmente das atribuições do agente público, visto que não tratamos de uma honra privada e de seus reflexos no setor público, mas sim da honra diretamente vinculada às funções públicas.

Essa também é a doutrina de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:<sup>40</sup>

Como derivação lógica do sistema da Lei nº 8.429/92, não bastará a identificação da condição de agente público e do correspondente vínculo com um dos sujeitos passivos em potencial dos atos de improbidade para que possa ser divisada a prática de atos de improbidade. É necessário, ainda, que o indivíduo pratique o ato, que pode ser comissivo ou omissivo, em razão de sua especial condição de agente público. Assim, não praticará ato de improbidade aquele que, *verbi gratia*, seja servidor de uma unidade da federação e, estando de férias, danifique bens pertencentes a outra unidade da federação. Obviamente, neste singelo exemplo, a condição de agente público não apresentou qualquer relevância para a prática do ato, já que desvinculado do exercício funcional.

Comunga desse entendimento Marcelo Caetano<sup>41</sup>, segundo se vê de suas lições lúcidas, *in verbis*:

“A probidade administrativa consiste no dever de “o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer.”

Também Rigolin<sup>42</sup> professa a mesma crença, *ipsis litteris*:

“Chama-se improbidade administrativa aquela havida ou praticada no seio da Administração, já que pode haver improbidade na esfera civil, na vida particular, ou na militância comercial de qualquer pessoa; apenas por referir-se a situações ou fatos ligados à Administração, dentro dela, a Lei. 8112, a exemplo de outras leis, denominou aquela improbidade administrativa.” (Grifei) 57

<sup>39</sup> **Teoria da Improbidade Administrativa**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 285.

<sup>40</sup> **Improbidade Administrativa**, Lumen Juris Editora, p. 240.

<sup>41</sup> **Manual de direito administrativo**, t.II, p. 684, Rio de Janeiro, 1970.

<sup>42</sup> **Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis**, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 230.



Ora, se esta não fosse a verdadeira exegese da Lei nº 8.429/92, todo ato ilegal praticado por agente público, sem ligação com a função pública, seria considerado ímprobo do ponto de vista administrativo. Mas esta não é a melhor interpretação da Lei em comento, segundo magistério de Wallace Paiva Martins Júnior<sup>43</sup>, *in verbis*:

“Improbidade administrativa, em linhas gerais, significa **servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os deveres do cargo e a relevância dos bens, direitos, patrimônio.**” (Grifos nossos)

A improbidade administrativa, assim, de acordo com a melhor doutrina, sinônimo jurídico de corrupção e malversação administrativas, exprime o exercício da função pública com desconsideração aos princípios constitucionais expressos e implícitos que regem a Administração Pública.

Assim, necessário que o fato praticado pelo servidor, tachado de ímprobo, para configurar infração administrativo-disciplinar com a roupagem de improbidade administrativa, prevista na Lei nº 8.112/90, tenha ligação com o exercício da função pública, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:<sup>44</sup> “a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada cum granu salis, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além do que o legislador pretendeu.”

Também esse é o entendimento do egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região<sup>45</sup>, *in verbis*:

“Improbidade administrativa. Atos que atentam contra os princípios da Administração Pública. Tortura e espancamento de presos.

**1. Os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, listados no art. 11 da Lei n. 8.429, de 02/06/92, não se confundem com simples ilegalidades administrativas, devendo, a mais disso,**

<sup>43</sup> Ob. Cit. p. 113.

<sup>44</sup> Resp 841.421/MA, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, J. 22.05.07

<sup>45</sup> Agravo de Instrumento nº 2006.01.00.033531-0/MG, Rel. Des. Federal Assusete Magalhães, Rel. para acórdão, Des. Federal Olindo Menezes, 3ª Turma, j. 11.11.08.

**apresentar alguma aproximação objetiva com a essencialidade da improbidade, em termos de prejuízo ao erário ou de enriquecimento ilícito. As imputações de tortura e espancamento de presos, mesmo tipificando condutas graves, administrativas e penais, não devem ser enquadradas na previsão do art. 11, I, da Lei n. 8.429/1992, para fins de improbidade administrativa.**

2. Provimento do agravo de instrumento. Reforma da decisão agravada. Rejeição da ação ordinária de improbidade administrativa (art. 17, § 8º - Lei n. 8.429/1992).

Desse modo, mister faça o intérprete a necessária diferença entre **ilegalidade** e **improbidade**, esforçando-se para superar, a odiosa exegese literal, pois, do contrário, poderá ressoar a conclusão inafastável, em qualquer das esferas dos Poderes da República, de que todo ato ilegal implica, sempre e sempre, improbidade, o que sobressai irrazoável.

Em suma, não basta **ser** o acusado da prática de ato de improbidade administrativa **agente público**, mas sim que **aja como agente público**. Isto é crucial para a configuração da improbidade administrativa como infração disciplinar ou como ilícito previsto na Lei nº 8.429/92.

Assim, uma vez tenha o agente público cometido o fato havido como ímprobo no exercício da função pública, poderá ser demitido, conforme visto alhures, na esfera administrativa, segundo pacífico entendimento jurisprudencial, consoante abaixo se demonstra.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já pacificou a questão em inúmeras decisões, cujas ementas seguem abaixo, *in verbis*:

Ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - LITISPENDÊNCIA - NÃO CONFIGURAÇÃO - DIREITO ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - DEMISSÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO DEMONSTRADO - ANULAÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO PENAL - REFLEXOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO - PENALIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DESNECESSIDADE DE AÇÃO JUDICIAL.

1. Não cabe ao Poder Judiciário o exame do mérito administrativo motivador do ato administrativo, restringindo seu exame à aferição da regularidade do procedimento e da legalidade da pena aplicada.

2. Hipótese em que não há litispendência com ação judicial que tramita no TRF da 2ª Região, visto que não demonstrada a identidade da causa de pedir e do pedido, bem como diante da inexistência de identidade do pólo passivo nos dois feitos confrontados.

3. Não caracteriza cerceamento de defesa a falta de interrogatório para a qual deu causa o investigado ao deixar de comparecer em três distintas convocações feitas pela Comissão Processante, ante à impossibilidade de favorecimento a quem deu causa à nulidade, nos termos do art. 565 do CPP, aplicado por analogia. Incidência, na espécie, do princípio pas de nullité sans grief.

4. Não configura cerceamento de defesa o indeferimento motivado da oitiva de testemunhas ou de realização de prova pericial. Hipótese em que foram ouvidas 8 (oito) das 11 (onze) testemunhas arroladas, respondidos os quesitos do acusado pela própria Comissão Processante.

5. É perfeitamente possível a utilização em processo administrativo de prova emprestada de ação penal, mesmo quando anulada a sentença, notadamente quando esse fato se deu por motivos meramente processuais ou procedimentais, mantidos incólumes os demais atos do processo.

**6. Não ofende a Lei 8.492/92 a aplicação da pena de demissão por ato de improbidade administrativa examinado em processo administrativo disciplinar. Precedentes.**

7. A indicação de nova capitulação para os fatos apurados pela Comissão Processante não macula o procedimento adotado, tendo em vista que o indiciado se defende dos fatos a ele imputados, não da sua classificação legal. Precedentes.

8. Segurança denegada.

(MS 16133 / DF, Rel. Min. Eliana Calmon, 1ª Seção, j. 25.09.13, DJe 02.10.13). (Grifos nossos)

No Supremo Tribunal Federal, em julgamento recente, a 1ª Turma endossou a possibilidade de a Administração Pública demitir servidor que incorreu em ato de improbidade administrativa, **independentemente da propositura de ação judicial**, como transcrito a seguir

RECURSO - MINISTÉRIO PÚBLICO - FISCAL DA LEI. A interposição do recurso pelo Ministério Público, após haver emitido, na origem, parecer que não veio a ser acolhido, pressupõe a configuração de ilegalidade. PROCESSO ADMINISTRATIVO - DIREITO DE DEFESA - OBSERVÂNCIA. Instaurado o processo administrativo e viabilizado o exercício do direito de defesa, com acompanhamento inclusive por profissional da advocacia, descabe cogitar de transgressão do devido processo legal. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA E PENAL. As esferas são independentes, somente repercutindo na primeira o pronunciamento formalizado no processo-crime quando declarada a inexistência do fato ou da autoria. PROCESSO ADMINISTRATIVO - IMPROBIDADE - PENA. Apurada a improbidade administrativa, fica o servidor sujeito à pena de demissão - artigo 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/90. Decisão. A Turma negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª Turma, 04.10.2005.

(RMS 24293/DF, relator Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 04/10/2005, 1ª Turma, DJ de 28-10-2005, p. 50)

Ainda, a colenda 1ª Turma do excelso Supremo Tribunal Federal encampou o mesmo entendimento, consoante acórdão assim ementado:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO POR ATO DE IMPROBIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PENA MENOS SEVERA. O órgão do Ministério Público, que oficiou na instância de origem como custos legis (art. 10 da Lei nº 1.533/51), tem legitimidade para recorrer da decisão proferida em mandado de segurança. Embora o Judiciário não possa substituir-se à Administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal. Este, porém, não é o caso dos autos, em que a

autoridade competente, baseada no relatório do processo disciplinar, concluiu pela prática de ato de improbidade e, em consequência, aplicou ao seu autor a pena de demissão, na forma dos artigos 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/90, e 11, inciso VI, da Lei nº 8.429/92. Conclusão diversa demandaria exame e reavaliação de todas as provas integrantes do feito administrativo, procedimento incomportável na via estreita do writ, conforme assentou o acórdão recorrido. Recurso ordinário a que se nega provimento. Decisão: A Turma negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança. Unânime. 1ª Turma, 26.10.2004. (RMS 24901/DF – relator o Ministro Carlos Brito, Julgamento em 26/10/2004, 1ª Turma, DJ de 11-02-2005, p. 13.

O próprio Pleno do Supremo Tribunal Federal assentou em vários precedentes:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: POLICIAL: DEMISSÃO. ILÍCITO ADMINISTRATIVO e ILÍCITO PENAL. INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA: AUTONOMIA. I. - Servidor policial demitido por se valer do cargo para obter proveito pessoal: recebimento de propina. Improbidade administrativa. O ato de demissão, após procedimento administrativo regular, não depende da conclusão da ação penal instaurada contra o servidor por crime contra a administração pública, tendo em vista a autonomia das instâncias. II. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal: MS 21.294- DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence; MS 21.293-DF, Relator Ministro Octavio Gallotti; MMSS 21.545-SP, 21.113-SP e 21.321-DF, Relator Ministro Moreira Alves; MMSS 21.294-DF e 22.477-AL, Relator Ministro Carlos Velloso. III. (...)" (MS 23401/DF, Relator o Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, Julgamento em 18/03/2002, DJ de 12-04-2002, p. 55)

A ausência de decisão judicial com trânsito em julgado não torna nulo o ato demissório aplicado com base em processo administrativo em que foi assegurada ampla defesa, pois a aplicação da pena disciplinar ou administrativa independe da conclusão dos processos civil e penal, eventualmente instaurados em razão dos mesmos fatos. Interpretação dos artigos 125 da Lei nº 8.112/90 e 20 da Lei nº 8.429/92 em face do artigo 41, § 1º, da Constituição. Precedentes. 3. Mandado de segurança conhecido, mas indeferido, ressalvando-se ao impetrante as vias ordinárias." (MS 22534/PR, Relator o Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, Julgamento em 19/05/1999, DJ de 10-09-1999, p. 03)

Mandado de segurança. - É tranquila a jurisprudência desta Corte no sentido da independência das instâncias administrativa, civil e penal, independência essa que não fere a presunção de inocência, nem os artigos 126 da Lei 8.112/90 e 20 da Lei 8.429/92. Precedentes do S.T.F. - Inexistência do alegado cerceamento de defesa. - Improcedência da alegação de que a sanção imposta ao impetrante se deu pelo descumprimento de deveres que não são definidos por qualquer norma legal ou infralegal. Mandado de segurança indeferido. (MS-AgR 22899/SP, Relator o Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, Julgamento em 02/04/2003, DJ de 16-05-2003, p. 92)

Vê-se, portanto, que, seja sob o ângulo da doutrina, seja sob a ótica da jurisprudência pátria, a Lei n 8.429/92 não derogou o artigo 132, inciso IV, da Lei 8.112/90, que trata da demissão do servidor ímprobo, donde se conclui que a pena de demissão de servidor público ímprobo, prevista na Lei Estatutária, é compatível com o disposto no artigo 20 do citado

diploma legal, podendo ser aplicada pela Administração Pública, após regular processo administrativo disciplinar, asseguradas ao servidor acusado todas as garantias legais e constitucionais, desde que esteja no exercício da função pública e o fato a ele atribuído configure improbidade administrativa, nos termos desenhados pela referida lei federal.

Com efeito, em razão da independência das instâncias (artigo 125 da Lei 8.112/90 e artigo 12 da Lei 8.429/92) pode a Administração exercer o seu poder disciplinar ao servidor faltoso mesmo antes da existência de processo judicial prévio, ainda que a conduta ímproba configure crime em tese, visto que, além de outros motivos, enquanto a sanção administrativa é aplicada para proteger os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que a Administração Pública, no exercício de seu poder disciplinar, poderá demitir servidor público ímprobo, por meio de processo administrativo disciplinar, mesmo que não haja processo judicial prévio, desde que o fato se amolde a um dos tipos descritos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, e, obviamente, a conduta esteja associada ao exercício do cargo, ou seja, tenha ele agido na condição de **homem-função** e não na de **homem-ser**.

No entanto, deverá ser observado durante o processo administrativo disciplinar a estrita observância do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, além da razoabilidade e da proporcionalidade entre as supostas condutas praticadas e as penas disciplinares infligidas, sob pena de nulidade, esta declarada pelo Poder Judiciário, excepcionalmente, no controle jurisdicional do processo administrativo, em casos de eivas.

Válida, destarte, a pena capital máxima aplicada intramuros ao servidor público acusado da prática da infração disciplinar de improbidade administrativa, porquanto a Lei nº 8.429/92 não derogou o artigo 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/90, e são independentes as esferas civil, penal e administrativa, sendo compatível, assim, tal penalidade com o disposto na Lei 8.429/92.

Não há, pois, que se falar em cláusula de reserva jurisdicional, posto que a penalidade de demissão por ato de improbidade não é monopólio do Poder Judiciário. Com efeito, uma vez instaurado processo administrativo disciplinar em que se assaca contra o servidor público o cometimento da infração disciplinar de improbidade administrativa, e chegando à autoridade administrativa julgadora a essa conclusão quando do julgamento final, nada impede que inflija a penalidade de demissão ao acusado, alijando-o do serviço público.

A Lei nº 8.429/92, não derogou, de forma tácita ou expressa, dispositivos da Lei 8.112/90, que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. Aquele diploma legal tão-somente buscou definir os desvios de conduta que configurariam atos de improbidade administrativa, cominando penas que, segundo seu artigo 3º, podem ser aplicadas a agentes públicos ou não. Em consequência, nada impede que a Administração exerça seu poder disciplinar com fundamento em dispositivos da Lei nº 8.112/90.

*Conditio sine qua non* para a caracterização da improbidade administrativa, seja sob o prisma da Lei nº 8.112/90, seja sob o da Lei nº 8.429/92, é que a conduta típica de improbidade administrativa tem que estar intimamente ligada ao exercício funcional.

Satisfeita essa condição, a pena capital máxima decorrente de ilícito administrativo cometido por servidor público prescinde, pois, de confirmação do Poder Judiciário para produzir efeitos, por se tratar de exercício do poder disciplinar da Administração Pública, conforme jurisprudência mansa e pacífica dos pretórios pátrios citada alhures.

Assim, quando se pretende a caracterização de ato de improbidade previsto nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429 e se pretende a aplicação das penalidades ali previstas, além da demissão, a investigação deve ser judicial. Ao contrário, se a improbidade é de menor importância que não resulte na penalização da Lei de Improbidade ou não constitua improbidade contra a administração ou o erário, a pena administrativa, inclusive de demissão, poderá ser imposta em processo administrativo.

O fato de a lei do funcionalismo também estabelecer que o ato de improbidade é causa para demissão não significa que as punições tenham a mesma natureza. A infração disciplinar e o ato de improbidade legalmente submetem-se cada qual a regime peculiar, e sobretudo, por essa mesma razão, não se excluem. É possível admitir que uma infração disciplinar possa ser reconhecida como ato de improbidade e sujeitar-se ao processo judicial correspondente, assim como reconhecê-la como crime e sujeitá-la à ação penal, sem que, por uma ou outra circunstância, seja inviabilizada a autonomia da investigação administrativa disciplinar.

A Constituição Federal admite a perda do cargo do servidor público nas hipóteses de sentença transitada em julgado e de processo administrativo em que seja garantido o direito de defesa. O entendimento de que as infrações disciplinares de improbidade, em qualquer caso, estariam sujeitas à ação judicial implica manifesta desatenção ao texto constitucional e aniquilação do poder de autotutela da administração, com sério reflexo na autonomia administrativa do Poder Executivo.

Desse modo, em arremate, é direito da Administração Pública – e sobretudo dever – alijar de seus quadros o servidor que incorre em improbidade administrativa, comprometendo a dignidade, a moralidade, o bom procedimento, a lealdade e os valores superiores que deve preservar, não sendo exclusividade do Poder Judiciário tal faculdade, pois a Administração não está obrigada a manter em seus quadros aquele que comprometeu a retidão de conduta, comprovadamente, no **desempenho funcional**, fugindo ao cumprimento de seus deveres e proibições como agente público, consoante previsão das regras legais e constitucionais de 64

atuação no múnus que ocupa. Sendo infração disciplinar, indubitável o direito de a Administração Pública exercer seu poder sancionador sobre o agente faltoso, demitindo-o, antes mesmo da abertura ou desfecho de eventual ação judicial de improbidade pelo Ministério Público ou pela própria pessoa jurídica de direito público legitimada.

Entretanto, se a Administração Pública chegar à conclusão de que o fato tido como infração disciplinar não caracteriza improbidade administrativa, nos termos desenhados na Lei nº 8.429/92, não poderá, depois, valer-se da ação judicial de improbidade administrativa para perseguir a decretação da perda da função pública, tendo em vista que lhe faltaria, nesse caso, interesse de agir. Subsistiria, em tese, dito interesse para perseguir a aplicação das demais sanções elencadas no artigo 12, inciso III, da Lei em testilha, quais sejam, ressarcimento integral do dano, se existente; suspensão dos direitos políticos; pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Forçoso concluir que a aplicação das penalidades da Lei 8.429/1992 cabe também à Administração Pública, na seara de um processo administrativo disciplinar, respeitado o devido processo legal, visto que a improbidade administrativa está capitulada na Lei 8.112/1990, artigo 132, inciso IV, como infração funcional passível de demissão, desde que o fato tenha sido perpetrado na condição de homem-função, é dizer no exercício de suas atribuições funcionais, porquanto os atos da vida privada estão fora de seu raio de ação, e se amolde a um dos tipos descritos na Lei de Improbidade, arts. 9º, 10 e 11.



## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1992.

CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

COSTA, José Armando da. **Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa**. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

FILHO, Benedicto de Tolosa. **Comentários à lei de improbidade administrativa** (atualizado de acordo com a medida provisória nº 1.088 e a lei de responsabilidade fiscal). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FILHO, Marino Pazzaglioni. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**, Salvador: Forum, 2011

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6.ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. **Probidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Lei 8.112/90 Interpretada e Comentada, Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. **Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis**. São Paulo: Saraiva, 1995. 66

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.