



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

NATÁLIA RIBEIRO LINHARES

O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DOS AGENTES PÚBLICOS  
CONFIGURADO COMO IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

SOUSA - PB  
2009

NATÁLIA RIBEIRO LINHARES

O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DOS AGENTES PÚBLICOS  
CONFIGURADO COMO IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr<sup>a</sup>. Maria Marques Moreira Vieira.

SOUSA - PB  
2009

NATÁLIA RIBEIRO LINHARES

O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DOS AGENTES PÚBLICOS CONFIGURADO  
COMO IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Trabalho monográfico apresentado ao  
Curso de Direito do Centro de Ciências  
Jurídicas e Sociais, da Universidade  
Federal de Campina Grande, como  
exigência parcial da obtenção do título de  
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: \_\_\_\_\_

---

Orientadora: Professora Maria Marques Moreira Vieira

---

Examinador interno

---

Examinador externo

Dedico este trabalho ao meu irmão Rafael Linhares Ribeiro que, neste mundo, não pode partilhar comigo os dias de lutas e de vitórias que me foram oferecidos por esta caminhada.

A ele que, em sua simplicidade de viver, mostrou-se forte e aguerrido, me inspirando a continuar sempre, mesmo quando parecia impossível conseguir. Que no mundo espiritual ele possa se orgulhar e saber que todas as conquistas serão sempre NOSSAS e que ele, o meu Anjo Rafael, não será esquecido em nenhum instante.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, meu poderoso Pai, que em nenhum instante me deixou desistir ou ser abatida pela dor e pelo cansaço que me chegavam a todo instante. Ao meu Senhor, toda honra e toda glória, para sempre!

A minha mãe guerreira, mulher forte e incansável, que está e estará sempre comigo, sendo sua presença a única razão para que tivesse forças que me impulsionassem para a conclusão desta etapa de minha vida. A ela, todo o meu amor.

A minha querida família, minha estrela brilhante, presente de todas as maneiras possíveis e imagináveis em meu caminho, sendo de fundamental importância para mim.

A minha irmã por opção, Cinelândia Bandeira, amiga conselheira e racional que por muitas vezes me orientou e tentou me induzir sempre ao melhor caminho, o que nem sempre foi atendido por mim, porém, nunca será esquecido por ser ela um verdadeiro presente que a vida de universitária me ofertou.

A minha grande (literalmente) amiga Laíz Medeiros, a quem chamei de filha, pelo carinho, afeto e cuidado que sempre tive por ela e por ser uma pessoa tão divina em sua maneira de se portar diante dos acontecimentos da vida, transformando muitas vezes a sua condição de fragilidade em força e altivez para o enfrentamento dos dilemas de sua vida.

Aos colegas de curso Ana Izabele e Germano Dantas, que muito mais que companheiros de jornada se tornaram amigos inestimáveis. Pela sabedoria, inteligência, união, paciência e serenidade que eles me transmitiram ao longo destes cinco anos e meio, me ajudando a crescer como pessoa e a perceber o quão valiosa é uma verdadeira amizade.

Ao amigo de infância, de colégio e, pela graça divina, também de universidade, Rafael Pereira, menino que vi crescer em tamanho, sabedoria e inteligência, por quem tenho um apreço imenso e a quem desejo, podendo até vislumbrar, muito sucesso. Saibas que é merecedor de tudo de melhor que esta vida possa te oferecer e que eu rogo a Deus que você seja um grande homem e que um dia eu possa me orgulhar em dizer: este é meu velho amigo.

As amigas universitárias: Talissa Tomiyoshi, Izabelle Ariane, Giovanna Viana, Margela Nobre, Danielly Brito e Jamila Medeiros, companheiras de todas as horas e momentos, verdadeiras "pau pra toda obra".

A minha orientadora, professora Maria Marques Moreira Vieira, carinhosamente conhecida como Gracinha, por aceitar a missão de me encaminhar neste trabalho e por ser alguém que admiro, desde os meus primeiros anos de universidade, pela mulher virtuosa e humana que é, tendo sempre atendido aos pleitos por mim a ela encaminhados com muita paciência e retidão.

Enfim, agradeço a todos e a todas que direta ou indiretamente tiveram parte nesta conquista. Aos que oraram por mim, me incentivaram, ajudaram e acreditaram no meu êxito, a todos vocês, muito obrigada!

*“O Senhor é meu pastor: nada me falta.  
Em verdes pastagens me faz repousar,  
conduz-me até às fontes tranquilas e  
reanima minha vida; guia-me pelas  
sendas da justiça para a honra de seu  
nome.  
Ainda que eu ande por um vale de  
espessas trevas, não temo mal algum,  
porque tu estás comigo; teu bastão e teu  
cajado me confortam.  
Diante de mim preparas a mesa, bem à  
vista dos meus inimigos; tu me unges com  
óleo a cabeça, minha taça transborda.  
Bondade e amor certamente me  
acompanharão todos os dias de minha  
vida, e habitarei na casa do Senhor por  
longos dias.”*

Salmo 23 (22) – O bom pastor – Salmo de  
Davi

## RESUMO

A administração é fundamentalmente constituída de princípios que norteiam a atuação de seus componentes, e por se tratar de princípios devem ser tratados com extrema lisura, pois por se constituir o ponto central de um ordenamento jurídico, devem ser mantidos intactos. O eventual desrespeito aqueles constitui uma ofensa a toda Administração Pública e por isso o autor, no caso o ímprobo, deve ser punido com severidade. A atuação dos agentes está baseada na própria estrutura de se conceber a administração como um todo, em conseqüência disso, a estrutura da Administração Pública é o objetivo geral da pesquisa, e a partir daí esmiúça-se os objetivos específicos, quais sejam a citação dos princípios e a sua importância. Dentre os outros objetivos específicos destacam-se o estudo da generalidade das condutas que induzem ao desrespeito dos deveres de legalidade a serem observados pelos que exercem cargo, mandato ou função pública, os atos de improbidade, as suas respectivas tipificações de condutas ilícitas e as respectivas sanções. A conduta específica escolhida foi o de enriquecimento ilícito, por se tratar de um desfalque direto ao erário público. A metodologia da pesquisa em questão compõe-se dos métodos exegético jurídico, observados os institutos presentes nos instrumentos legais, em destaque a Constituição Federal e da Lei nº. 8.429/92, aquela por conter a estrutura da Administração Pública e seus princípios e esta por conter a tipificação legal das condutas que legalmente constituem atos de improbidade administrativa, em especial o enriquecimento ilícito; o método histórico evolutivo, responsável por conferir os contornos do desenvolvimento dos sistemas protetivos e ainda o método bibliográfico. Conclui-se que os instrumentos legais postos à disposição da defesa do patrimônio público são suficientes para tal fim restando à conscientização do agente público, tendo em vista o correto cumprimento dos seus deveres e uma postura mais rígida na aplicação das leis por parte do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Administração – moralidade – enriquecimento ilícito

## ABSTRACT

The administration is mainly composed of principles which guide the work of its components, and due to the principles should be treated with extreme smoothness, because as it constitutes the centerpiece of a legal system must be preserved. Infringements those, is an insult to all government and therefore the author, if the unrighteous shall be punished with severity. The agents' action is based on the structure of conceiving the administration as a whole, as a consequence, the structure of public administration is the focus of the research, and from there to go into the specific objectives, namely the service of principles and importance. Among other specific objectives include the study of most of the pipes that lead to the observance of the duty of legality to be observed by carrying out post, office or public, the acts of misconduct; their respective established types of illegal conduct and its sanctions. The line chosen was the specific act of embezzlement because it is a direct embezzlement of public funds. The methodology of this research consists of exegetical methods legal, because it is the reading of the institutes present legal instruments, highlighting the Federal Constitution and Law No. 8429/92, that it contains the structure of public administration and its principles and that it contains the legal classification of the behaviors that legally constitute acts of administrative misconduct, in particular illicit enrichment, and of the historical evolution responsible for checking the contours of the development of protective systems. The search is still the method of literature. We conclude that the legal instruments available to the defense of public property are sufficient for this purpose, there is the awareness of the public official in order to correct the length of their duties and a tougher stance on law enforcement by the judiciary .

Keywords: Administration - morality - embezzlement

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE.....</b>	<b>12</b>
2.1 CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	12
2.2 AGENTES PÚBLICOS.....	16
2.3 ATOS ADMINISTRATIVOS.....	18
2.4 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	29
2.5 PRINCÍPIO DA MORALIDADE.....	31
<b>3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>33</b>
3.1 CONCEITO: CONSIDERAÇÕES DOS ELEMENTOS CONCEITUAIS E SUA FORMULAÇÃO.....	33
3.2 HISTÓRICO: GÊNESE E EVOLUÇÃO DA SUA POSITIVAÇÃO.....	35
3.3 LEI 8.429/92 – LEI DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ASPECTOS RELEVANTES QUE A CARACTERIZAM.....	37
3.4 ANÁLISE DAS CONDUTAS TIPIFICADAS.....	42
3.5 APLICAÇÃO DAS PENAS ÀS CONDUTAS QUE CONFIGURA.....	46
<b>4 ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.....</b>	<b>49</b>
4.1 CONCEITO: ASPECTOS QUE INFORMAM A SUA CONSTRUÇÃO CONCEITUAL.....	49
4.2 SANÇÕES APLICADAS EM DECORRÊNCIA DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.....	55
<b>4.2.1 A perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio....</b>	<b>57</b>
<b>4.2.2 Ressarcimento do dano em consequência do enriquecimento ilícito.</b>	<b>59</b>
<b>4.2.3 Perda de função pública determinada pelo enriquecimento ilícito.....</b>	<b>61</b>
4.3 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA APLICAÇÃO DAS PENAS.....	63
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>67</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>69</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado em uma concepção moderna é confundido com a sua própria estrutura administrativa por que é esta, vislumbrando-se as três funções: executiva, legislativa e judiciária, a que é considerada essencial para a caracterização de um Estado, onde se estabelece uma relação imediata com o povo e, em virtude disso, é regida por um número maior de princípios no exercício de suas atividades.

O bom funcionamento da máquina burocrática estatal e a conseqüente prestação de um bom serviço público pressupõe a separação entre as esferas públicas e particulares. Os agentes públicos não devem, para o bom funcionamento do Estado, tomar o aparato estatal em proveito próprio, pois estão descumprindo as suas obrigações, e por isso merecem uma punição proporcional ao descumprimento daqueles deveres, que por sua vez são baseados em princípios.

O objetivo geral deste trabalho será a averiguação da estrutura da Administração Pública, os seus importantes mecanismos para o desenvolvimento da ação Estatal no sistema jurídico brasileiro, trazendo algumas considerações acerca do seu surgimento, do que seria o exercício da administração propriamente dita, e a conceituação desta ferramenta útil à vida social.

Posteriormente tratar-se-á do que são e quem são os agentes responsáveis pelo desenvolvimento da prestação dos serviços públicos, sendo que estes agentes públicos receberão sua classificação e suas atribuições pertinentes.

Especificamente, os atos administrativos serão tratados aqui de maneira minuciosa, conceituados, citadas todas as suas características assim como a sua tipologia e classificação das espécies, anotadas informações acerca de cada uma delas para uma compreensão geral do assunto.

Na seqüência terá uma abordagem genérica dos princípios norteadores da Administração Pública, nos quais destacar-se-á o da Moralidade, tendo em vista ser premissa para que se adentrem as questões da improbidade administrativa.

Prosseguindo, tratar-se-á da Improbidade Administrativa, mal que assola o setor público do país, recebendo conceito acerca do tema e análise histórica de como se desenvolveu esta temática em nosso meio. A lei nº 8.429/92, voltada para combater esse mal, será analisada por prever as condutas ilícitas e suas respectivas penalidades.

Por fim, as condutas referentes ao enriquecimento ilícito serão o ponto central por se constituir a modalidade mais grave de improbidade administrativa, sua tipicidade será abordada assim como as sanções cabíveis. O Ministério Público receberá especial enfoque por ser o responsável em zelar a coisa pública, que se constitui em um direito difuso.

A metodologia será composta pelos métodos exegético jurídico, em virtude da necessidade da análise da estrutura da administração e seus princípios regentes, presentes principalmente no texto constitucional; bem como a indispensável análise das condutas referentes à tipificação e imposição das respectivas sanções para os casos de improbidade administrativa presentes na lei nº 8.429/92.

A conduta referente ao enriquecimento ilícito também está presente nesta lei e será esmiuçada através do método exegético jurídico.

Também o método histórico evolutivo, devido a fundamental importância de compreender o desenvolvimento da produção legislativa, responsável por tentar conter os atos de improbidade administrativa no decorrer do século XX. O desenvolvimento dos institutos referentes à conceituação e os requisitos da conduta do enriquecimento ilícito terá como ponto de partida aqueles elaborados pelo Direito Romano.

A construção do trabalho terá como base o estudo da bibliografia especializada, tanto em matéria de Direito Administrativo como no estudo dos atos de improbidade administrativa e, portanto será o ponto de partida para a construção de conceitos referentes a estrutura do Estado, a conceituação e classificação dos seus agentes, dos princípios da administração. Será fundamental também para a conceituação das condutas presentes na lei e das hipóteses de aplicação de sanções para os ímprobos.

Ao final da pesquisa averiguar-se-á a importância de se questionar se a legislação atual é suficiente para combater os atos de improbidade administrativa e se garante o respeito aos princípios norteadores da administração, visando o respeito aos direitos dos indivíduos. E principalmente se as penalidades aplicadas aos ímprobos são proporcionais aos atos lesivos praticados, quais sejam a devolução das verbas retiradas dos cofres público e rompimento definitivos dos vínculos trabalhistas ou a perda de cargo público.

## 2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Apresenta-se neste capítulo considerações iniciais a respeito da Administração Pública, sua conceituação de forma ampla e sistemática, quem são os agentes que desempenham as suas atividades e quais são os atos utilizados no alcance dos objetivos deste mecanismo do nosso ordenamento jurídico.

Observar-se-á quais os princípios basilares que norteiam a Administração Pública, elencando os principais e analisando de forma clara cada um deles. Por fim, analisar-se-á o Princípio da Moralidade, como uma das fontes da Administração Pública, que serve para a formação de suas normas, para a condução de suas funções e de todos aqueles que estão sujeitos a ela.

### 2.1 CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ressalta SOUSA (2008) que, desde os primórdios tempos, na China, com a Constituição de Chow e as regras estabelecidas por Confúcio, demonstrou-se interesse em se definir e delimitar diretrizes para a administração, como os exemplos da Igreja Católica e das organizações militares, citados nos anais da nossa história como precursores da criação do que seria uma administração propriamente dita, objetivando alcançar sistemas e organizações metódicas e hierarquizadas, culminando com a Revolução Francesa, que pode ser considerada como estopim para a aceleração desta evolução, onde se percebeu a necessidade de se estabelecer contornos mais visíveis e avançados de conceitos e regras para a Administração Pública, no intuito de se acompanhar as mudanças que o mundo, naquele período, atravessava.

Evidencia-se a respeito do surgimento da administração e de como se deu tal fato, que, anteriormente, quando a idéia de Estado já se apresentava porém, as regras que ecoavam e vigoravam entre os povos eram as oriundas de seus costumes e convenções, pode-se perceber que administrar cabia tão somente aplicação de tributos e de recursos em benefício e na defesa do melhor funcionamento e organização do círculo social. Vê-se que qualquer conceito de

Administração Pública se daria de forma ampla, levando-se em consideração toda atividade praticada, sem delimitação ou distinção de funções ou de objetivos a serem alcançados.

Preliminarmente, antes de qualquer conceito específico, são necessárias considerações acerca do que seria a administração ou, o que se considera à atividade de administrar.

Lembre-se que administrar se refere à atividade de dirigir, planejar e organizar; sejam pessoas, materiais ou recursos, em determinado setor ou local, onde sempre será necessária uma dinâmica para que se alcancem objetivos e metas preestabelecidas para execução de determinada atividade.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (apud DI PIETRO, 2001) considerou: “administrar significa não só prestar serviço, executá-lo, como, outrossim, dirigir, governar, exercer a vontade com o objetivo de obter um resultado útil.” Administrar é, pois, executar tarefa e, a partir desta execução, se atingir a satisfação, seja para quem recebe o benefício pela execução e produção da mesma, como também para quem a cria e produz.

Nessa linha de compreensão o administrativista MEIRELLES (2001, p. 78-79) ensina:

Em sentido lato, *administrar* é gerir interesses, segundo a *lei*, a *moral* e a *finalidade* dos bens entregues à guarda e conservação alheias. Se os bens e interesses geridos são individuais, realiza-se administração particular; se são da coletividade, realiza-se administração pública.

Visto isto e recordando o nascimento da ciência do Direito e do seu ramo, o Direito Administrativo, envereda-se pela Administração Pública, alvo da nossa atenção a seguir.

A Constituição Federal de 1988 trouxe inovações quando o legislador dedicou maior atenção no Título III, que dispõe sobre a Organização do Estado, a Administração Pública, em seu Capítulo VII, levando em consideração à necessidade de se positivar questões inerentes à mesma como também as suas particularidades.

Notável é se concluir que conceituar a esse respeito é tarefa árdua, visto a ampla e a variedade de definições encontradas e os critérios usados para se construir este conceito.

Prima face, considerar-se-á que o estudo da Administração Pública engloba tanto o que a compõe: seus órgãos, agentes, ações, princípios, como a atividade propriamente dita: o exercício de se administrar a coisa pública.

BASTOS (1994. p. 59) menciona:

É por esta razão que administrar é realizar atividade na condição de quem não é dono, mas tão somente cuida, zela pelos interesses do dono ou senhor. Na atuação estatal o senhor ou o *dominus* é a lei a quem cumpre regular a atividade administrativa. Ao Estado cabe tão somente a execução ou o cumprimento da lei, embora seja certo que neste atuar ou cumprir a lei há âmbitos maiores ou menores de um juízo administrativo autônomo, tecnicamente denominado discricionário, sobre a melhor forma e os melhores meios para tornar a lei eficaz.

Em suma, compreende-se que, para que a Administração Pública exista, faz-se necessária lei que a defina em consonância com as necessidades coletivas e, tendo em vista o bom desempenho e funcionamento do Estado como provedor do bem estar social.

Os bens e serviços consagrados como coletivos devem estar sujeitos sempre à ordem das leis e de princípios superiores que demonstrem a licitude das ações praticadas. Podemos citar, complementando este pensamento, o que leciona o doutrinador CRETELLA JÚNIOR (1997, p. 17), dizendo: “Administração é a atividade que o Estado desenvolve, através de atos concretos e executórios, para a consecução direta, ininterrupta e imediata dos interesses públicos”.

Analisando o conceito de Administração Pública sob a óptica de dois sentidos, já consolidados em nossa doutrina – o sentido formal (também denominado subjetivo ou orgânico) e o sentido material (também conhecido como objetivo ou funcional) – encontram-se as seguintes definições:

Formalmente, Administração Pública será a união de órgãos, agentes e pessoas jurídicas que, por determinação legalmente expressa, tem o intuito de desempenhar as atividades necessárias à administração do Estado e, em consequência disto, atingir as metas do Governo em benefício da coletividade. Isto

vale em qualquer das esferas políticas do Estado – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – como também em qualquer dos poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário.

Materialmente, são as funções e serviços públicos realizados pelo Estado de forma concreta e objetiva, buscando a funcionalidade, eficiência, eficácia no atendimento a comunidade através da prestação dos serviços e em nome da satisfação imediata dos interesses e necessidades dos cidadãos, que formam a Administração Pública.

Aduz-se serem muitas as maneiras doutrinárias de se conceituar a Administração Pública, considerando-se em suma que: em qualquer espaço e situação onde exista a prestação de serviços para uma determinada comunidade, através de pessoas, órgãos ou quaisquer mecanismos ligados ao Estado, primando sempre pelo respeito às leis e aos princípios estará, pois, caracterizada a presença da Administração Pública.

Saliente-se que, para que o desempenho das funções e atividades da Administração fossem, de fato, satisfatórios, se fez necessária, além da estrutura já existente e organizada, a criação de um meio que corroborasse para este fim. Para tanto foi inserido em nosso ordenamento jurídico o Decreto-Lei nº. 200 de 1967 que dividiu a Administração Pública em Direta e Indireta.

Composta pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a Administração Direta exerce de forma centralizada o seu poder de direção através dos órgãos ligados a ela (Ministérios e Secretarias). A Administração Indireta, formada por pessoas jurídicas com personalidade própria, são: as Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, que exercem ações governamentais de forma descentralizada, obedecendo sempre disposições legais e limites pré-estabelecidos. A Administração Pública conta ainda com a participação decisiva em suas atividades das Agências Reguladoras e Executivas, como também das chamadas Entidades Paraestatais, assim reiterando a busca pelos objetivos e metas que deve possuir o Estado através de seu Governo: uma administração voltada para o bem comum, visando o interesse público, a satisfação das necessidades dos cidadãos e o atendimento a comunidade.

## 2.2 AGENTES PÚBLICOS

Para que a atividade administrativa alcance plenamente as suas metas, torna-se preponderante a presença de mão de obra humana, vindo a praticar todos os atos necessários à Administração Pública e executando tudo aquilo o que lhe couber. Os agentes públicos são as pessoas físicas que de forma constante ou por determinado período, vinculadas ao poder público através de qualquer das formas previstas em lei, sendo estas remuneradas ou não, prestam os seus serviços à máquina estatal. Este agente poderá ser, desde o ocupante do cargo mais importante do país, como também um simples auxiliar de serviço que exerça suas funções numa pequena escola do interior. Ambos são enquadrados nesta definição.

Refere-se que, através dos agentes públicos é que o Estado se apresenta e se manifesta realmente perante o povo, operando em harmonia com a nossa Magna Carta e com as leis específicas para cada um dos tipos previstos garantindo assim, a funcionalidade dos órgãos e serviços estatais. Deve-se compreender de maneira clara que o agente público não deve ser considerado dono do cargo que ocupa e sim que, através de sua investidura, o mesmo foi designado a cumprir aquela função em favor do Estado, ente ao qual pertence, de fato e de direito, todos os órgãos, funções e cargos da máquina administrativa a qual o agente está vinculado.

Sabe-se que várias são as divisões e nomenclaturas usadas no meio doutrinário para se relacionar os tipos de agentes públicos, porém neste sentido, adota-se o que dita MEIRELLES (2001, p. 71-76) que: os agentes públicos podem ser divididos em cinco grupos distintos, quais sejam: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados.

Passa-se a análise das características de cada uma destas espécies de agentes públicos de forma a se compreender as suas competências, prerrogativas, formas de investidura e demais características determinantes.

Os agentes políticos são as pessoas que formam o Governo nos primeiros escalões. Estes possuem responsabilidades, prerrogativas e condutas definidas pela Constituição Federal e por outras leis que especificam suas funções e ações na Administração Pública. Atuam como dirigentes, estabelecendo a condução da máquina pública com total autonomia e liberdade, sem submissão hierárquica nenhuma neste exercício e, para tanto, não são considerados, a despeito de

qualquer punição, como os demais agentes públicos. Isto se deve a complexidade do cumprimento de sua atividade já que, sem tais prerrogativas, ficariam estes agentes políticos impedidos do seu exercício por receio a punições civis normalmente empregadas. Salvo se, em seu exercício forem configurados erros que sejam considerados, para efeitos punitivos, como sendo grosseiros, com uso de má fé ou através de abuso do poder, serão estes agentes punidos na forma da lei. Normalmente são investidos em suas funções através de eleições, nomeações ou designações e recebem seus pagamentos através de subsídios. Neste rol de agentes estão enquadrados os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os partícipes do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Estaduais e Vereadores).

Agentes administrativos são os servidores que compõem a grande maioria dos que prestam seus serviços ao Estado, ligados a este através da Administração Direta ou Indireta, sem que exerçam atividades políticas ou governamentais, sujeitos a hierarquia funcional e ao regime jurídico correspondente a entidade onde exercem suas atividades. Os agentes administrativos são os servidores públicos citados no artigo 37 da nossa Magna Carta, sendo eles: servidores públicos concursados, servidores públicos que exercem cargo ou emprego em comissão titulares de cargo ou emprego público e servidores públicos temporários. Já os agentes honoríficos são cidadãos convocados pelo Estado, em decorrência da notória capacidade profissional, condição cívica e honorabilidade para em determinado período colaborarem com o mesmo e seus objetivos. Geralmente não são remunerados por este serviço já que não possuem vínculo empregatício nenhum com o ente. Jurados, mesários, comissário de menores, presidentes de comissões e outros, são exemplos deste tipo de agente público.

Agentes delegados são particulares que recebem determinação de execução de obras, serviços ou atividades e as realizam em nome próprio, sofrendo fiscalização do ente interessado e seguindo as normas do Estado. Constituem uma parte de pessoas que colaboram com o poder público na execução de seus serviços sendo exemplos destes agentes os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados, leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos e todos aqueles que executam serviços de interesse coletivo. Estes agentes poderão responder civil e penalmente pelos crimes

que, porventura, venham a cometer, sendo através de responsabilidade objetiva (Constituição Federal, artigo 37, § 6º), mandado de segurança (Constituição Federal, artigo 5º, LXIX) e os crimes contra a Administração Pública previstos no Código Penal (artigo 327). Vale salientar que estes agentes responderão segundo as suas condutas pelo que descreve a lei e que, conforme caso específico, o Estado também poderá responder de forma subsidiária. Finalize-se com os agentes credenciados, sendo aqueles que recebem a incumbência de representar a administração em qualquer ação e, para isto, recebe remuneração correspondente ao serviço prestado pelo poder público que o credenciou.

Os Agentes Públicos integram os quadros Estatais através de investidura, que será feita legalmente de acordo com o cargo, emprego, função ou mandato a ser exercido pelo agente.

## 2.3 ATOS ADMINISTRATIVOS

Preliminarmente, seguindo os ensinamentos do doutrinador brasileiro CRETELLA JÚNIOR (1997, p. 185-189), faz-se algumas considerações que são relevantes a respeito da concepção do que seria o Ato Administrativo.

Todo fato que ocorre em nosso meio social, tendo este fato implicações jurídicas, é um fato jurídico. O fato é episódio que acontece e indica situação de direito e que faz quem dele participa ou, de qualquer forma, é atingido pelo mesmo, um personagem no mundo jurídico. O ato jurídico é considerado pelo referido doutrinador como sendo “toda ação ou omissão lícita do homem que produz efeitos na órbita do direito”. O ato jurídico como dito é ação e ambos, tanto o fato quanto o ato jurídico, existem no mundo do direito gerando efeitos, causando conseqüências e estão subordinados as normas jurídicas do Estado Democrático de Direito. Fato e ato jurídico diferem-se simplesmente porque fato é possibilidade enquanto ato é ação no mundo jurídico.

Já o fato administrativo não está enquadrado como episódio, acontecimento ou possibilidade no mundo administrativo. É, sim, atividade concreta, ato material praticado pela Administração no exercício de suas atribuições. DI PIETRO (2001, p.

175) considera ainda o fato da administração como todo aquele que “não produz efeito jurídico no Direito Administrativo”.

Considere-se o que seriam atos de administração, atos da administração e atos administrativos. Primeiramente, os atos de administração se confundem com os fatos administrativos já que ambos se caracterizam por ser a presença de forma material da Administração Pública através da execução de trabalhos, operações e procedimentos. Já os atos da administração são todos os atos provenientes da Administração, sejam eles de ordem jurídica ou não. O que difere um do outro é, especificamente, o atributo de juridicidade. É importante salientar que nem todo ato da administração será um ato administrativo. Ato administrativo é categoria própria e particularmente distinta de atos da administração.

Para a conceituação do Ato Administrativo em específico, entende-se este como espécie do gênero ato jurídico, base para todos os atos existentes no mundo do direito. Encontra-se na doutrina de MEIRELLES (2001) dados informam de que a primeira referência ao que seria ato administrativo surgiu no ano de 1812, a partir do Repertório Merlin, de Jurisprudência, que mencionava: “ordenança ou decisão de autoridade administrativa, que tenha relação com a sua função”. A divisão de funções e a adequação destas ao Estado de Direito é que deram contornos mais firmes ao ato administrativo, isto em países que são adeptos de regime jurídico administrativo como França, Itália e Alemanha, por exemplo. Países que vivem sistemas de *commow law* não se filiam a estas acepções já que o seu regime é uno, ou seja, a lei é comum para todos os entes, sejam eles privados ou públicos.

Vários elementos e critérios podem ser mencionados como sendo formadores para as acepções que existem e constroem o conceito de ato administrativo, no entanto, deve-se concentrar atenção naquilo que substancialmente nos indica a utilidade deste no cenário da Administração Pública.

Inicialmente, menciona-se que, é através do ato administrativo que a Administração Pública se manifesta, realizando e prestando os seus serviços de forma a produzir efeitos em casos concretos, atendendo sempre ao que dita as leis do nosso ordenamento jurídico. Pela divisão dos poderes – executivo, legislativo e judiciário – sabe-se que todos podem, de certa forma, praticar atos administrativos, tendo como meta ordenar seus serviços e seus servidores, assim como matérias relativas à sua privativa competência. Também nas autarquias, fundações e nas empresas estatais poderá haver o uso dessa prática.

Segundo MEIRELLES (2001, p. 141):

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Já a doutrinadora DI PIETRO (2001, p. 181) complementa esta definição enunciando que o ato administrativo é:

Declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos. Com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo poder judiciário.

Após estas conceituações, deve-se compreender que existem atributos que caracterizam os atos administrativos e os diferem dos demais atos presentes em nosso ordenamento, quais sejam: presunção de legitimidade (o ato é praticado de acordo com a lei, presumidamente, e será válido, até prova em contrário, sendo decretada a nulidade por autoridade dotada de competência para o feito); imperatividade (unilateralmente cria obrigações e situações para os administrados sem que seja necessária a concordância ou não para tais determinações); e a auto-executoriedade (não há necessidade, para que seja cumprida determinação da Administração, a intervenção do judiciário, sendo que esta executoriedade estará limitada ao estabelecido em lei e, sendo considerada abusiva, ficará o Poder Público obrigado a sua reparação).

Seguindo, analisa-se como importantes requisitos ao ato administrativo a presença destes cinco elementos básicos para sua validação, fazendo-se considerações a cerca dos mesmos e apontando as suas principais características.

A competência é requisito em que se exige do agente poder jurídico legalmente expresso para prática do ato. Assim, possui legitimidade e é sujeito capaz para o exercício das atribuições que lhe foram conferidas. As pessoas jurídicas, órgãos e agentes que servem ao Estado são dotados de competência positivada pela lei. Não sendo o agente incompetente e nem este excedendo os

limites pré-estabelecidos, o ato é considerado válido, caso contrário, fica o ato sujeito a invalidade por falta de elemento ou requisito básico para sua existência. É considerado pela doutrina como irrenunciável, intransferível, imodificável, improrrogável e imprescritível, podendo ser delegado e avocado diante da discricionariedade da Administração, observado aquilo que limita a lei. No caso de excessos aos limites conferidos, pelo fato de ser o sujeito competente para tal ato, fica caracterizado o excesso de poder e estará sujeito o ato a anulação.

Tratando-se do objeto, diz-se que o ato deve possuir como objetivos a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas que digam respeito a coisas, pessoas ou atividades, sujeitas à ação do Poder Público e assim, gerando efeitos práticos e imediatos. É através do objeto que se enuncia, prescreve, dispõe e se manifesta o conteúdo do ato. Para tanto, o objeto deverá ser lícito, possível, certo e moral. Nos atos discricionários o objeto poderá ser escolhido pela Administração dentre as opções existentes na lei e de acordo com o que esta estabelece.

A forma se caracteriza por ser meio pelo qual o ato passa a existir, exteriorizado materialmente e sendo exposto ao conhecimento de todos à vontade da Administração Pública. A concepção de como poderá ser a forma de um ato, como ensina a doutrina de DI PIETRO (2001, p. 192), poderá ser restrita, onde será analisado unicamente o ato material em questão ou de forma ampla, onde se vislumbra o ato a partir de um procedimento, que é integrante da forma e existe a partir de uma série de operações que vão sendo realizadas para que se atinja o ponto, que é o ato em si, determinando a perfeição do mesmo. Este ato deverá obedecer ao que prescreve a lei, onde vigora majoritariamente a forma escrita, dado o fato de que assim poderão ser analisados a qualquer tempo e hora atos que sejam questionáveis ou que ensejem dúvida. Algumas exceções dão vazão a que se utilize forma verbal e outras como: sinais, apitos, ordens, cartazes, placas, etc. Entende-se que isto depende do caso e do que dispor a lei a este respeito. O silêncio também poderá ser considerado expressão de vontade da Administração nos casos em que for estipulado prazo para manifestação e, não ocorrendo esta, será o mesmo considerado como sinal positivo ou negativo, de acordo com a demanda. Estando a forma do ato viciada, ficará o ato sujeito a invalidação. No motivo será a situação ou fato que antecede, provoca, motiva, dá origem a determinação, autorização ou execução de um ato administrativo. Embasando o ato através de motivos verdadeiros, de fato ou de direito, podendo ser expresso em lei

(vinculado) ou a critério do administrador (discricionário). A teoria dos motivos determinantes corrobora esta aceção. Neste elemento ou requisito, havendo desconformidade, será o ato considerado nulo. Não se deve confundir a situação de fato e de direito, que é o motivo do ato, com a exposição e exteriorização da motivação para a prática do ato. O primeiro não se confunde com o segundo já que, este, está diretamente ligado à idéia de formalidade do que de motivo.

Pelo requisito da finalidade, estando ela explícita ou implícita na lei, é o resultado a ser atingido, o objetivo a ser alcançado em favor do bem comum e da satisfação do interesse coletivo através da prática do ato. Em alguns casos, poderá ser configurado o reconhecido desvio de poder ou de finalidade, que se caracteriza a partir do instante em que o agente, mesmo estando dentro da sua competência e capacidade, visa, através de tal ato, atingir finalidade diferente daquela a que se deve destinar tal ato. Ocorrendo isto, fica o ato sujeito a nulidade.

Diante do exposto, aproveitam-se os comentários feitos acerca destes elementos para se mencionar o que seria o mérito administrativo, correspondendo diretamente aos atos considerados discricionários. Vimos que nos requisitos formadores do ato alguns são considerados vinculados (competência, finalidade e forma) e outros tidos como discricionários (motivo e objeto) óbvio sabe-se que em hipótese nenhuma, apesar da liberdade existente nos atos discricionários, a lei deverá ser afastada ou inobservada. Motivo e objeto formam o mérito do ato administrativo a partir do arbítrio conferido a Administração na escolha destes, pela oportunidade e conveniência.

Segundo o doutrinador BASTOS (1994, p. 101), mérito ou merecimento do ato administrativo:

É a valoração que o administrador faz sobre a conveniência e oportunidade do ato a ser praticado e se relaciona com o motivo e o objeto do ato. Esta valoração só é possível nos atos discricionários.

Estando estes atos discricionários a critério da Administração esta não poderá, em hipótese alguma, usá-los para favorecimentos ilegais. Corroborando este pensamento, cite-se MEIRELLES (2001, p. 147):

No mais, ainda que se trate de poder discricionário da Administração, o ato pode ser revisto e anulado pelo Judiciário, desde que, sob o rótulo de *mérito administrativo*, se aninhe qualquer *ilegalidade* resultante de abuso ou desvio de poder.

Portanto, o mérito administrativo é elemento composto de juízo valorativo dado ao administrador público para que este, no uso da faculdade e das atribuições que lhe são conferidas, decida o melhor caminho a ser tomado para o alcance dos objetivos da Administração Pública, observando-se sempre os ditames da lei.

Destaca-se que estas classificações e definições são importantes para a compreensão deste tema já que, cientes do funcionamento da máquina administrativa e de algumas de suas minúcias, pode-se tratar de fatos, situações e problemáticas que possam surgir, despertando e merecendo devotada atenção do sistema jurídico brasileiro.

Observados os requisitos, passa-se a mencionar a classificação dos atos administrativos, que diante das esmiuçadas formas de se classificar em nossa doutrina, observa-se o que é considerado por ALEXANDRINO & PAULO (2006, p. 323-333) que listaram e classificaram os mais importantes atos: atos gerais e individuais; atos internos e externos; atos de império, gestão e de expediente; atos vinculados e discricionários; atos simples, complexos e compostos; ato constitutivo, extintivo, declaratório, alienativo, modificativo ou abdicativo; ato válido, nulo e inexistente; e por último, ato perfeito, imperfeito, pendente e consumado.

Atos gerais correspondem aos atos que alcançam todos os que estão sujeitos a Administração e tendo como meta o cumprimento do que dita a lei. São exemplos de atos gerais os decretos regulamentares, as instruções normativas e as circulares normativas. Já os atos individuais têm destino certo, ou seja, é destinado à pessoa certa e assim, gera uma situação jurídica particular. São exemplos destes as nomeações, exonerações, autorizações, entre outros.

Atos internos suscitam consequências somente no âmbito da Administração, entre os seus órgãos e agentes não geram direitos adquiridos e poderão ser revogados a qualquer tempo pela autoridade que o expediu. Portarias de remoção, de criação de grupos e ordens de serviços são exemplos de atos internos. Os atos externos alcançam os administrados em geral, surgindo direitos, obrigações,

determinando procedimentos e etc. Produzem efeitos externamente e isto deverá ocorrer a partir da publicidade do ato. Decretos, regulamentos e algumas nomeações exemplificam o que seriam atos externos.

O ato de império é impositivo, ou seja, determina à obrigação e execução pelo administrado daquilo que foi determinado pela Administração. Desapropriações, interdições e apreensões são exemplos claros desta atuação. Os atos de gestão são atos típicos da Administração, comparados aos que são praticados pelas pessoas privadas como aquisição de bens, aluguel de imóveis, entre outros. Atos de expediente dizem respeito à atividade interna desempenhada pela Administração em seus órgãos e repartições. Encaminhamento de documentação, movimentações de processos, são exemplos.

Nos atos vinculados, obedece-se ao que dita a lei e não tem liberdade alguma para sua execução, sempre estará sujeito a esta em qualquer circunstância enquanto que, o ato discricionário, mesmo tendo que obedecer a limites estabelecidos em lei, possui liberdade em virtude da oportunidade e conveniência no atendimento aos interesses da Administração. Salienta-se que entre os requisitos essenciais para a construção do ato, o motivo e objeto poderão ser escolhidos de forma discricionária e, já os de competência, finalidade e forma, atenderão sempre ao que dispõe a lei, sendo estes vinculados.

Ato simples provém de um único órgão, da manifestação unitária de vontade em relação a qualquer situação. O ato complexo, para ser caracterizado, necessita da manifestação de dois ou mais órgãos significando que, para ser o ato validado, se faz necessária a manifestação de todos estes envolvidos criando assim, um ato que é uno. Não se deve confundir o ato complexo com procedimento administrativo o qual, se deve entender, corresponde a uma série de atos consecutivos e intermediários que buscam a formação de um ato final alcançando os objetivos almejados. Por fim, o ato composto diz respeito ao que provém de um único órgão, porém, para que seja validado e produza os seus efeitos, necessita da manifestação de outro órgão que o aprove existindo, neste caso, dois atos, um principal e outro acessório.

Figura-se como ato constitutivo aquele que cria nova situação jurídica aos administrados, gerando obrigações ou direitos, o ato extintivo finaliza a situação jurídica criada, encerrando a relação e o ato declaratório, como o próprio nome faz referência, declara uma situação preexistente, resguardando o direito de quem o

possui. Este ato nem cria e nem extingue situação, ele apenas o declara e preserva. O ato alienativo diz respeito à transferência de bens ou direitos de um titular para outro enquanto que o ato modificativo altera situação preexistente sem extinguir direito ou obrigação. Abdicativo é ato pelo qual o titular de direito abre mão deste sendo assim, incondicional e irrevogável.

Atendendo a todos os requisitos legais: proveniente de autoridade competente, finalidade e forma descritas em lei, motivo e objeto determinantes para sua execução, configura-se o ato válido. Poderá este não ser eficaz tendo em vista a expectativa da ocorrência de uma condição ou termo que o encerre e valide. Ato nulo será aquele que se cria em discordância com qualquer dos elementos preponderantes, sendo este ilegítimo, ilegal e impossibilitado de produzir seus efeitos. Observe-se que o ato, ao ser criado, começa a produzir os seus efeitos dado o atendimento aos atributos de presunção de legitimidade e imperatividade. Constatado motivo para que este seja considerado nulo e sendo declarada nulidade (seja pela própria Administração ou pelo Judiciário), serão retroativos os efeitos da nulidade (*ex tunc*) em relação à Administração e a quem foi atendido diretamente pela criação do ato não atingindo os terceiros de boa-fé já que, estes, não poderão ser prejudicados por efeitos de algo do qual não foram participes ou, sequer, têm conhecimento. Tratando-se de ato inexistente, é aquele em que só existe a aparência de que há manifestação de vontade da Administração, porém, não existe um ato propriamente dito. Um exemplo deste tipo de ato seria a daquele que usurpa a função pública para prática de um ato do qual não possui competência e nem esta autorizado para a mesma.

Perfeito será o ato que atravessou todo o ciclo necessário para sua formação, todavia não se deve confundir o ato perfeito com o ato válido. O ato válido é aquele que atende a lei e está sujeito a ela, já o ato perfeito é aquele que passou por todo o ciclo de formação. Todo ato válido será perfeito, porém, nem todo ato perfeito será válido. O ato imperfeito por sua vez, não completou o ciclo de formação já o pendente, completou o seu ciclo de formação, é perfeito, mas fica dependente de condição ou termo para produção de seus efeitos. Ato consumado será aquele que já produziu todos os seus efeitos tornando-se assim, imodificável, definitivo e impugnável.

Seguindo esta linha, adiante-se sobre as espécies de atos que também fazem parte da temática. Têm-se os atos normativos, que são atos gerais e aplicados a

todos os administrados que estejam em situação semelhante. Explicam o conteúdo das leis de maneira a serem compreendidas de forma mais clara e de aplicação mais fácil. Estes atos poderão ser impugnados por aquele que por eles se sentir prejudicado mediante provocação ao poder que o emitiu ou pela via judicial. São exemplos: os decretos, os regulamentos, as instruções normativas e os regimentos. Os ordinatórios são atos internos, destinados aos servidores da Administração Pública organizados de forma hierárquica, recebendo os subordinados as ordens de seus superiores. São exemplos: as instruções, as circulares, os avisos, as portarias, as ordens de serviço e os ofícios; nos negociais verifica-se que caso coincidam os interesses da Administração com os de particulares, serão editados atos negociais na pretensão de se atingir este interesse. Este ato não será considerado contrato e produzirá para o administrado, efeitos concretos. Poderão ser vinculados (com previsão de direito legalmente estabelecida), discricionários (poderão ou não ser praticados de acordo com a vontade da Administração), precários (onde predomina a intenção do particular que provoca a Administração para sua obtenção) e os definitivos (é direito particular do particular onde predomina o interesse da Administração). Exemplos: licença (ato vinculado); autorização (ato discricionário e precário); permissão (ato discricionário e precário).

Finalmente os enunciativos, atos em sentido formal que declara situação jurídica que existe ou existiu entre Administração e particular sendo exemplos destes as certidões, atestados e pareceres; e nos atos punitivos, que é meio pelo qual a Administração penaliza seus servidores ou administrados que cometeram falta contra a mesma. Não se confunde com as penas aplicadas pelo cometimento de crimes ou contravenções em matéria de Direito Penal é, pois, a via pela qual a Administração, sem qualquer intervenção do Poder Judiciário aplica às sanções necessárias as infrações cometidas. Aplicação de multas administrativas, a interdição de atividades assim como a destruição de coisas são exemplos.

Diante desta classificação geral e das abordagens feitas, observar-se ainda que os atos administrativos estão propensos a possuir vícios em sua formação elementar e, em decorrência desta irregularidade, podem ser alvo de nulidade. Lembre-se que estes vícios apesar de se assemelharem, de certa forma, com os vícios do Direito Civil, não serão tratados como naquela matéria, tendo em vista as particularidades e diferenças que estes possuem em relação a aqueles.

A Lei nº 4.717/65, conhecida Lei da Ação Popular, que segundo ALVES JÚNIOR é “a ação constitucional cível contra ato lesivo ao patrimônio estatal ou ao patrimônio público-coletivo da sociedade”, assim positiva com relação a estas questões:

Art. 2º. São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular das formalidades indispensáveis a existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação da lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Analisado o que for a citado percebe-se que os vícios serão relativos ao sujeito, à forma, ao objeto, ao motivo e ao fim. Em cada um destes, apresentam-se as especificidades dos vícios, que podem ser: relativos ao sujeito (por incompetência ou incapacidade); relativos à forma os vícios serão constatados, como se refere o artigo 2º, parágrafo único, b, da Lei acima transcrita, pela falta de observância do que exige a lei para se atingir o objetivo do ato; relativos ao objeto serão quando não possuir licitude, não for possível, não for moral ou não for determinado; relativos ao motivo o vício ocorrerá pela inexistência deste ou pela chamada falsidade de motivo; e, finalmente, relativos ao fim temos vícios praticados através do desvio de poder ou de finalidade que se apresenta na lei e indica que, tendo a agente intenção diversa daquela que é esperada e lhe foi confiada, executa ato que venha a prejudicar ou favorecer interesses diversos daquele tutelado pela Administração Pública. CRETELLA JÚNIOR (1997, p. 292) leciona o seguinte:

Desvio de poder é o uso indevido, que a autoridade administrativa, nos limites da faculdade discricionária de que dispõe, faz da "potestas" que lhe é conferida para concretizar finalidade diversa daquela que a lei preceituara.

Antes que se finalize as considerações acerca dos atos administrativos, discorre-se sobre como ocorre à extinção e destes atos em nosso ordenamento jurídico.

Em nossa doutrina existem expressas as seguintes modalidades de extinção do ato administrativo: pelo cumprimento dos efeitos do ato, que poderá acontecer através do esgotamento de prazo, pelo fato da execução do ato e pelo alcance do objetivo do ato; pelo desaparecimento do sujeito ou objeto; pela renúncia ou pela retirada do ato, que poderá ocorrer, dentre outras formas, pela revogação ou anulação.

Conceitua-se revogação de acordo com CRETELLA JÚNIOR, (1997, p. 305) que assim dita:

Revogação do ato administrativo é a manifestação unilateral da vontade da Administração que tem por escopo desfazer, total ou parcialmente, os efeitos de outro ato administrativo anterior editado pelo mesmo agente ou seu inferior hierárquico por motivos de oportunidade ou de conveniência.

A revogação tem caráter discricionário alinhando-se sempre as limitações da lei e é sempre tarefa da Administração, não sendo permitida a interferência do Judiciário nestas decisões. O ato administrativo mesmo sendo legal, tendo eficácia, mas estando, naquele momento, em desacordo com os interesses poderá ser revogado a critério da Administração não sendo seus efeitos retroativos (*ex nunc*). Lembre-se que os atos vinculados não poderão ser revogados.

Na anulação o critério usado para sua decretação será o de haver ilegalidade no ato administrativo. Poderá ser feita pela própria Administração, pela sua discricionariedade, ou pelo Judiciário, por meio de provocação de pessoa interessada retroagindo esta anulação aos seus efeitos (*ex tunc*). Invalidados serão todos os atos administrativos que sejam considerados inconvenientes, inoportunos

ou ilegítimos; que sejam executados pelos agentes erroneamente, culposamente, dolosamente ou com intenções diversas das esperadas no cumprimento da lei e em atendimento aos preceitos morais e éticos que devem reger o nosso ordenamento jurídico.

## 2.4 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os princípios, em matéria de Direito, são normas gerais, base fundamental para a formação do ordenamento jurídico e maestro das relações jurídicas. A amplitude no alcance dos princípios é perceptível, sendo possível notar que matérias diferentes poderão ser regidas pelos mesmos princípios, assim como em algumas existirão normas específicas a serem atendidas.

No Direito Administrativo, atendendo a existência da relação entre administrados e Administração, as atividades desempenhadas pelos órgãos e agentes, tanto na Administração Direita como Indireta, vê-se que regras especiais foram instituídas as quais receberam o rótulo de Princípios da Administração Pública, destinados a agir em atendimento ao interesse público.

A Magna Carta de 1988, em seu artigo 37, consagrou e tornou explícita a existência destes princípios, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Outros princípios são consagrados no Direito Constitucional e trazidos à matéria administrativa, alguns encontram-se estabelecidos em leis específicas, outros são mencionados em nossa doutrina e por muitas vezes na jurisprudência há citações a respeito, o certo é que, em se tratando de Direito Administrativo, é vital a presença destes, norteando e baseando a todos aqueles que se utilizam ou formam a nossa Administração Pública.

MEIRELLES (2001, p. 82) nos transmite:

Como salientado, por esses padrões é que deverão se pautar todos os atos e atividades administrativas de todo aquele que exerce o poder público. Constituem, por assim dizer, os fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais.

Fazendo algumas considerações básicas a respeito destes princípios, inicie-se tratando do que dita o **princípio da legalidade**, que nasceu a partir do Estado Democrático de Direito e limita a atuação da Administração ao que estabelece a legislação, esta não podendo dispor de seu poderio para executar ou determinar nada que não esteja de acordo com a lei. O **princípio da impessoalidade** nos traz a idéia de que a Administração, em sua atividade diária não poderá, em hipótese alguma, privilegiar ou desmerecer ninguém em detrimento de outrem ou de qualquer interesse que não seja o de benefício à coletividade e do que esteja em conformidade com a lei, observa-se que, praticando atividades administrativas, a figura que deve aparecer no cenário é a do órgão ou entidade e não a do agente que desempenha a função, sendo proibida a possibilidade de que através do desempenho de suas funções este seja promovido. De forma que todos os cidadãos tenham acesso às informações e as ações da Administração como também aquelas que sejam do seu interesse pessoal, tornando-se assim, conhecedores daquilo que está sendo executado pelo poder público, funda-se o **princípio da publicidade**. Os atos de uma gestão devem ser devidamente publicados, em jornal ou diário oficial de circulação na esfera de alcance do ato administrativo, lembrando-se que ele necessita deste pressuposto para que tenha sua eficácia garantida. Salvo algumas exceções, legalmente previstas, todos os atos deverão ser disponibilizados ao conhecimento do público.

Inserido pela Emenda Constitucional nº. 19/1998, o **princípio da eficiência** preza pelo bom desempenho das atividades praticadas pela Administração em favor do bem comum. Tanto o desempenho dos agentes como a forma de se organizar e de se desenvolver o sistema administrativo correspondem ao desejo de eficácia, eficiência e ao atendimento da relação custo/benefício, tão valorosa ao nosso mundo moderno. O princípio da eficiência administrativa inovou trazendo ao nosso ordenamento não só o objetivo de cumprir o texto legal como também de se melhorar a prestação dos serviços vinculados a Administração.

Em tópico posterior tratar-se-á, com atenção especial e minuciosamente, o **princípio da moralidade**, que se mostra pedra fundamental em nosso estudo já que, a desobediência a este causa dano terrivelmente prejudicial à máquina estatal. Os demais princípios citados pelos vários administrativistas em nossa doutrina nos servem como ingredientes secundários para o enriquecimento do conhecimento acerca deste tema, citem-se os mais prestigiados: supremacia do interesse público;

presunção de legitimidade; especialidade; controle ou tutela; autotutela; razoabilidade; proporcionalidade; motivação; segurança jurídica; ampla defesa; contraditório; entre outros.

## 2.5 PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Eleito este princípio para se destacar em razão dos demais, tendo em vista a sua relevante importância no que tange a Administração Pública e a devida obediência, tanto de quem a compõe como no exercício de suas funções.

Mencionado por DI PIETRO (2001, p. 77) como o primeiro autor a citar o conceito do que seria moralidade administrativa, Maurice Hauriou em sua publicação *Précis de Droit Administratif*, escreveu a respeito do assunto e marcou: “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Para este autor, separar o que era honesto do desonesto se fazia necessário no exercício das funções públicas e, com o passar do tempo, esta definição foi aceita pelos doutrinadores brasileiros, em sua maioria, sendo hoje corroborada com outras definições formando contornos específicos sobre o que é e o que significa a moralidade administrativa dentro do nosso sistema jurídico.

O legislador cria leis baseado em situações e necessidades de uma sociedade, visando protegê-la e sanar quaisquer problemas que apareçam para aqueles que os escolheram para tal missão. Todavia, a lei deve ser observada pelo administrador, na prática corriqueira de suas atividades, não seca e friamente pelo seu texto legal, mas com atenção e ética observando aquilo que é moral, honesto, bom e justo para satisfação do cidadão atingido pela execução da atividade desempenhada.

Observemos o que nos ensina FREITAS (1997, p. 67-68) em sua obra, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*:

[...] esse princípio poderia ser identificado com o da justiça, determinando que se trate o outro do mesmo modo que gostaria de ser tratado. Esse outro é a sociedade, pois o princípio da moralidade exige que, fundamentada e racionalmente, os atos, contratos e procedimentos administrativos venham a ser contemplados à luz da orientação decisiva e substancial, que

prescreve o dever de a Administração Pública observar, com pronunciado rigor e a maior objetividade possível, os referenciais valorativos basilares vigentes, cumprindo, de maneira precípua até, proteger e vivificar, exemplarmente, a lealdade e a boa-fé para com a sociedade, bem como travar o combate contra toda e qualquer lesão moral provocada por ações públicas destituídas de probidade e honradez.

O princípio da moralidade tem sido hoje prestigiado de forma latente na doutrina, mencionado de forma implícita em nossa legislação e de presença marcante em vários julgados que já invalidaram atos e puniram agentes que tiveram condutas em desconformidade com ele. A probidade é dever precípua daqueles que administram e desempenham funções públicas, não podendo estes, em nenhuma circunstância, fugir desta obrigação tendo em vista que a lesão à moralidade é infração prevista no § 4º, artigo 37 da nossa Carta Maior.

Sob outra óptica, cite-se DI PIETRO (2001, p. 79):

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

Atos praticados em desacordo com a lei e a moral serão invalidados, por desobediência ao princípio da moralidade, e esta invalidação poderá ser decretada tanto pela Administração como pelo Poder Judiciário, tendo ainda o próprio particular à oportunidade de, através de Ação Popular, pleitear esta medida.

### 3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Neste capítulo observar-se-ão questões acerca da Improbidade Administrativa, matéria legalmente expressa em nosso ordenamento e de presença marcante no cenário atual em matéria de Direito Administrativo.

Através da delimitação de um conceito simples e de fácil compreensão, da apresentação de um histórico onde fica possível entender a evolução desta temática, recordando leis que existiram e constituições já revogadas, de uma análise geral da Lei nº. 8.429/92, observando os sujeitos, condutas e penas relativas ao ilícito de Improbidade Administrativa, assim como uma delimitação sistemática, a partir da referida legislação, sobre as condutas e penas objetivando se compreender a questão da Improbidade em nosso sistema jurídico brasileiro.

#### 3.1 CONCEITO: CONSIDERAÇÕES DOS ELEMENTOS CONCEITUAIS E SUA FORMULAÇÃO

Preliminarmente, é necessário se considerar que *moralidade administrativa* e *probidade administrativa* não se mostram como sendo conceitos idênticos, porém existe concordância entre estas já que ambas cuidam e se voltam à mesma temática: a honestidade no exercício da atividade de se administrar o que é público.

Aquele que administra ou exerce função pública está automaticamente, ao assumir esta condição, vinculado a atender todos os ditames da lei, dos princípios e da moral, ensejando a falha deste exercício em ser considerada a gestão de má qualidade ou ímproba. O administrador da coisa pública deve se comportar com decência e ética, em consonância com aquilo que lhe é conferido por sua condição social, evitando o descrédito da população nas ações desenvolvidas em âmbito público e preservando o Estado Democrático de Direito.

Improbidade significa desonestidade, mau caráter, malícia, incorreção e é ato daqueles que não procedem com dignidade, boa fé e moral à frente de suas obrigações, sendo todos os atos praticados com este condão considerados como atos viciados. Improbidade administrativa é ato ilícito, configurado pela lesão à moralidade e pela desonestidade, sendo o agente que prática punido e

responsabilizado de acordo com as regras do nosso ordenamento jurídico. A intenção de se tratar deste tema é a de se promover a ética na Administração Pública, tendo como objetivos supremos o combate à corrupção e a impunidade.

PAZZAGLINI FILHO (2000, p.39) conceitua:

A improbidade administrativa é designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da Ordem Jurídica (Estado de Direito, República e Democrático), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo tráfico de influências nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante concessão de obséquios e privilégios ilícitos.

Expressa na Constituição de 1988, em seu artigo 37, § 4º, a improbidade administrativa se caracterizou e ganhou espaço na nossa legislação, sendo prevista de maneira ampla e sem contornos visíveis e específicos, por este motivo, merecida foi a publicação da Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992, vindo a corroborar o que já dispunha a Carta Maior. Mesmo com a edição desta lei, que ficou conhecida como “Lei de Improbidade Administrativa”, e sendo a referida considerada por muitos como uma lei um tanto quanto vaga, pelo fato de não definir de forma concisa o que seria o ato de improbidade administrativa propriamente dito, fazendo com que, para fins de aplicação, possa ser interpretada de diversas maneiras.

A citada lei delimita em seu texto as possíveis condutas e punições, a saber que, diante da prática do ato, as ações cabíveis em âmbito civil e penal não serão prejudicadas, sendo totalmente possíveis e necessárias para o cumprimento rigoroso do que se espera no combate desta moléstia social. A Lei de Improbidade Administrativa protege tanto a Administração Pública, o que lhe forma e pertence, como também o próprio administrado, utilizador desses mecanismos.

O ato de improbidade administrativa importa em três condutas legalmente expressas: enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e atentado aos princípios da Administração Pública, os quais serão considerados, um a um, em análise próxima.

Ressalte-se, que Improbidade Administrativa nada mais será do que, ato praticado por quem de fato e de direito exerça função ou atividade voltada à Administração Pública e que, durante este exercício, maculou, desonrou e feriu

através deste ato a única e principal intenção que deve nortear as ações no âmbito da Administração: o bem comum e a satisfação dos interesses da coletividade.

### 3.2 HISTÓRICO: GÊNESE E EVOLUÇÃO DA SUA POSITIVAÇÃO

O nosso ordenamento jurídico, desde a sua criação, evolui e acompanha os passos da sociedade que o recebe e isto se mostra indispensável já que, o sistema jurídico de um país deve caminhar de mãos dadas com a sua população, seus anseios e os fatos que ocorrem no meio em que se convive. Diante desta condição, também em matéria de Direito Administrativo ocorrem mudanças e evoluções nas questões voltadas à Administração Pública, não sendo difícil perceber que várias e importantes são as inovações trazidas ao efetivo exercício e controle desta.

Dispositivos legais foram criados em nosso ordenamento jurídico no sentido de se prevenir os atentados cometidos contra a administração do Estado e o seu patrimônio.

O primeiro a se ter notícia em nossa doutrina, segundo DI PIETRO (2001, p. 660-663) fora o Decreto-lei nº 3.240 de 1941, que previa sequestro de bens por quem cometesse ato que incidisse prejuízo a Fazenda Pública e a perda deste em caso de condenação criminal. A autora cita em sua obra vários destes dispositivos que, no início, norteavam e se preocupavam em delimitar sanções a casos que gerassem tanto prejuízo a Fazenda Pública, como aos atos de locupletamento ilícito.

A Constituição de 1946 seguiu com o intuito de estabelecer regras em razão do exercício das funções públicas e enunciou a respeito da prática de enriquecimento ilícito, onde o legislador fez questão de positivar sobre quais seriam as possíveis penalidades face a esta prática, tendo posteriormente sido complementada através da Lei nº 3.164 de 1957, conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha, onde se montou contornos mais aparentes e se estabelecendo como alvos as medidas cabíveis e os objetivos da previsão legal, sendo uma medida de natureza civil, independentemente de qualquer ação penal existente.

Seguindo esta meta, foi instituída a Lei nº 3.502 de 1958, conhecida como Lei Bilac Pinto, que passou a vigorar juntamente com a já editada, porém regulou de forma contundente as questões inerentes a lei, como: sequestro e perda de bens;

quem são os servidores enquadrados na previsão; equiparou funções dentro da administração para fins de aplicabilidade da lei; definiu quais os casos que configuram enriquecimento ilícito; entre outras medidas que ainda se mostravam um tanto obscuras e dispersas na lei anterior. Estas leis tiveram validade assegurada até a edição da Lei 8.429/92 e foram de pouca aplicabilidade já que, em se tratando de enriquecimento ilícito, difícil se fazia a caracterização do crime.

Em 1967, fora editada nova Constituição que passou por duas modificações através da Emenda Constitucional nº 1/69 e a nº 11/78. O dispositivo expresso na Carta Maior daquele ano delimitou tanto acerca do enriquecimento ilícito como inovou, trazendo a tona o dano ao erário como ato ilegal em seu texto. Nas demais constituições promulgadas em nosso país (1891, 1934, 1937, 1946, 1967) e ainda hoje, na atual, temos referência a punições destinadas ao Presidente da República pelos crimes de responsabilidade, sendo considerado um crime de lesão à probidade administrativa.

Após esta trajetória de tênues mudanças com relação às sanções por prática ilícita na Administração Pública, chega-se à nova Carta Magna da República, datada do ano de 1988 onde, pela primeira vez e de maneira inovadora, vislumbrou-se a improbidade administrativa. Citada no texto da Constituição em seu artigo 37, § 4º e mais adiante, podendo ser encontradas indicações preventivas em matéria de probidade e moralidade na Administração (artigo 14, § 9º da Lei Maior) percebe-se que toda esta abordagem se deve à incansável intenção em se prevenir, combater e exterminar os atos ilícitos e corruptos que estão enraizados em nosso meio.

A tarefa de se promover a moralização na Administração Pública não tem se mostrado tarefa fácil e tampouco eficaz, visto que os atos de corrupção vem se alastrando ao longo dos anos e estão presentes em todos os períodos e em todas as sociedades ao redor do mundo. A nossa história mostra grandes e constantes casos de corrupção e escândalos corriqueiros nos regimes políticos, sejam estes democráticos ou ditatoriais. O fato é que, a corrupção existe e é tema em constante discussão na sociedade, sendo assim alvo da merecida atenção de quem legisla em todos os países que, infelizmente, são aterrorizados por esta moléstia.

### 3.3 LEI 8.429/92 – LEI DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ASPECTOS RELEVANTES QUE A CARACTERIZA

Editada em 2 de junho de 1992, esta lei veio com o objetivo de se aliar a idéia do legislador constituinte em se instituir de vez dispositivo que tipifique e sancione os atos cometidos por meio de ações ímprobas contra a Administração Pública. Definida em seu preâmbulo como lei que “dispõe 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 e dá outras providências” considerou DI PIETRO (2001, p.662) o seguinte a este respeito:

Melhor seria que do preâmbulo constasse referência à improbidade administrativa ou ao dispositivo constitucional, já que nem todos os atos de improbidade implicam enriquecimento ilícito. Na prática, a lei ficou conhecida como “lei da improbidade administrativa.

Fica fácil se concordar com a autora já que se percebe que em seu contexto legal a abrangência desta lei é bem mais ampla do que o demonstrado pelo seu prefácio.

O ilícito de improbidade cometido poderá ser tanto de natureza *administrativa*, onde se encontra a previsão legal nos Estatutos de cada servidor, estabelecido que estes responderão ao devido procedimento administrativo a fim de serem penalizados pela prática ofensiva, como também poderá ser o ilícito classificado como crime, sendo *penalmente* sancionado de acordo com o Código Penal Brasileiro, que prevê penas aos que cometem crimes contra a Administração. Também pode se perceber sanções de natureza *civil* e *política*, de acordo com a Carta Política de 1988, as quais incidem a suspensão de direitos políticos, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário pelos agentes tidos como ímprobos.

Frise-se que o objetivo da lei nada mais é, em síntese, do que a aplicação de sanções e o ressarcimento ao erário daquilo que fora obtido indevidamente pelo

agente praticante e, em virtude desta, que abrange todas as esferas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), passa-se a analisar os elementos que compõe sua formação, para a existência da ação e da punição cabíveis, onde se verifica a presença destes elementos: sujeito passivo, sujeito ativo, ato danoso e elemento subjetivo.

Em primeiro lugar, para se conhecer quem figura como sujeito passivo, que é aquele que sofre as conseqüências do ato, observa-se o seguinte artigo da Lei nº 8.429/92:

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.

Assim, fica claro que União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a Administração Pública direta, indireta (conceituadas em capítulo anterior) ou fundacional (definição retirada do texto constitucional através da Emenda nº 19/98) além dos órgãos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário estão expressamente protegidos por esta lei que ampara também: as empresas que foram integradas ao patrimônio público, as entidades criadas ou custeadas pelo Estado em até 50% (cinquenta por cento) na forma de custeio ou pela renda anual.

No parágrafo único do mesmo texto legal tem-se:

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.

Abrigadas nesses termos estão as entidades nitidamente expressas as quais recebem subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício do setor público.

Podem-se citar alguns exemplos de entidades conhecidas em nosso meio como SESI, SESC, SENAC e SUDENE, entre outras, que se enquadram neste dispositivo.

Ainda no citado artigo 1º da Lei, pode-se observar referência ao agente público como sujeito ativo desta relação, qual seja, aquele que dá razão de ser a ação de Improbidade Administrativa. O legislador fez questão de definir no artigo 2º o que seria agente público em nuances mais pertinentes ao interesse almejado pela Lei, a qual deve ser observada com rigor, tendo em vista as várias possibilidades para que seja classificado um agente como sujeito ativo.

Todos os servidores públicos estão inclusos nesta gama de opções e em relação aos agentes políticos, dotados de prerrogativas constitucionalmente previstas, estes terão, também na Lei de Improbidade Administrativa, a segurança que lhes é conferida pela Carta Magna do país.

No artigo 3º da Lei em análise se fala naquele que induz, concorre ou se beneficia de forma direta ou indireta através do ato e sobre isto, menciona-se a idéia de COSTA (2000, p. 21):

No primeiro momento, o particular, ao induzir o agente público, estará despertando neste um ato de violação que ainda não havia sido por ele cogitado. Em outras palavras, o particular terá, nessa modalidade de participação, influenciado o servidor público a praticar tal infração. Enquanto no segundo momento, ao colaborar com a ação do agente funcional, terá aderido ao plano já concebido, e, na terceira ensancha, terá apenas auferido as vantagens do ato de improbidade, sem que tenha estimulado a sua prática, nem tampouco adjutorado na sua execução.

Fica então consolidado que terceiros que venham a induzir, colaborar ou receber benefícios, mesmo que estes não sejam em seu favor, ferindo com isto a legislação, estarão incluídos como sujeitos ativos do ato de improbidade.

O ato danoso é aquele que infringe direitos sendo ele praticado por uma pessoa (sujeito ativo) em desfavor de outra (sujeito passivo). Caracteriza-se aqui através das condutas tipificadas pela Lei e que se encontram elencadas nos respectivos artigos 9º, 10 e 11, sendo elas: enriquecimento ilícito; prejuízo ao erário; e atentado aos princípios da Administração Pública.

O ato praticado poderá ser por meio de ação (conduta) ou omissão que tenham o cunho de prejudicar o bom andamento da atividade administrativa. Deve-

se entender que para que se chegue à idéia de que ocorreu, de fato, o ato danoso, não se faz necessária a consumação do mesmo, mas a simples intenção do agente em alcançar determinado objetivo em desfavor da Administração Pública o que já merece sanção pelo que, não sendo atingido o erário com prejuízos, mas, tendo sido os serviços públicos alvo de descrédito em decorrência de determinada ação, fica comprovado o abalo na credibilidade e na moral da administração.

À prática destas condutas podem ocorrer de maneira conjunta, sendo possível que o mesmo agente, a partir de ato ímprobo, atente contra princípio fundamental, cause prejuízo ao erário e enriqueça de maneira ilícita.

Como elemento subjetivo encontram-se as figuras da culpa e do dolo. Em se tratando da Lei de Improbidade, é pacífico na doutrina que, em sua maioria, os atos de improbidade não são praticados com a subjetividade da culpa. A culpa é o ato em que o agente não tem a intenção de lesar a alguém, de alcançar objetivo algum, já que não age impulsionado pela má-fé, sendo classificada sua ação por negligência, imperícia e imprudência. Constata-se, portanto, que não se pode falar em culpa pelo simples fato de que, para a prática de qualquer das condutas tipificadas na lei se faz necessária a mínima intenção do agente, onde este objetiva atingir um fim ilícito ao cometer o ato, sendo de sua vontade que algo ocorra em desfavor da Administração e para isto ele age usando de artifícios escusos, má-fé e desonestidade, manchando a imagem da Administração de forma a esta ser apontada como ineficiente e inoperante.

Segundo definição de CAPEZ (2004, p. 143) dolo “é a vontade e a consciência de realizar os elementos constantes do tipo legal. Mais amplamente, é a vontade manifestada pela pessoa humana de realizar a conduta.”

Extraí-se desse conceito que os agentes, sujeitos ativos de um ato ímprobo, atuam dolosamente contra a Administração Pública sendo, portanto, o dolo, o elemento subjetivo do delito de improbidade. Observa-se, no que ensina COSTA (2000, p. 22) uma síntese desses dados, onde conclui:

Não sendo concebível que uma pessoa enriqueça ilicitamente, que cause prejuízo ao erário ou que transgrida os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições públicas, por ação meramente culposa (negligência, imprudência ou imperícia), forçosamente haveremos de concluir que o elemento subjetivo do delito disciplinar da improbidade é o dolo.

Trazendo-se a baila esta idéia, referenda-se que diante das penalidades previstas em decorrência de ato de Improbidade Administrativa, penas estas que acarretam grandes e fortes limitações a quem as recebe, percebe-se que somente os agentes, em ação dolosa, “merecem” recebê-las, não sendo justo aos que agem apenas com culpa receber sanções tão prejudiciais em decorrência de atos que, muitas vezes, foram cometidos por desconhecimento ou pura inocência na ação.

A Lei versa sobre a declaração de bens quando da investidura de agente em cargo, emprego ou função na Administração, passando a ser requisito no Poder Executivo Federal, regulamentado pelo Decreto nº. 5.483 de 2005. Encontram-se considerações sobre procedimento administrativo, nos artigos 14, 15 e 16 da Lei, em que se estabelecem requisitos para a instauração de investigação administrativa e formação de comissão para apuração de delito de improbidade. Oriente-se que, todo e qualquer cidadão poderá representar contra agente supostamente criminoso, sendo chamado a tomar conhecimento tanto o Ministério Público como também o Tribunal de Contas que poderão, caso requerido, acompanhar o procedimento já que este poderá anteceder o processo judicial quando atender a todas as reclamações expressas na lei.

O procedimento administrativo é de competência exclusiva da Administração Pública e cada ente da Federação terá responsabilidade exclusiva em relação à apuração dos fatos ocorridos e em tomar as medidas necessárias a este respeito. Outros textos legais, como a própria Constituição Federal, já fizeram menção a estes dispositivos sendo eles repetitivos, de certa forma, e tendo desnecessária referência na lei.

O artigo 17 e seus parágrafos subsequentes abordam a ação principal, ação judicial em rito ordinário, estabelecendo regras gerais e informando sobre o que existe de pertinente com relação a isto, como o cabimento ao Ministério Público ou a pessoa interessada no pleito para que se provoque o início da lide, sendo proibido taxativamente, pela lei, transação, acordo ou conciliação. Este dispositivo legal deve ser aplicado em harmonia com outras leis existentes em nosso ordenamento que versem a respeito desta matéria ou que busquem os mesmos fins. A ação civil pública, após ampliação de seus objetivos (artigo 129 da Magna Carta), tem sido utilizada quase que unanimemente, assim como medidas cautelares preestabelecidas na lei, para os casos de atos de improbidade.

No artigo 18 fala-se na hipótese da sentença que julgar procedente a ação delimitando assim, os meios pelos quais à pessoa jurídica afetada pelo ato de improbidade será ressarcida e em quais termos este se faz a luz da legislação.

Por fim, o Capítulo VII fala da prescrição da lei, sendo instituído no artigo 23, incisos I e II, o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previstos aos casos abordados e, apesar da omissão da lei em se enquadrar também os terceiros ou particulares que concorram na prática de improbidade, analogicamente, prescreve-se pelo mesmo prazo. Atente-se para os casos em que, tendo sido cometidos atos que causem prejuízo ao erário público, não haverá prazo prescricional, haja vista o que dispõe o artigo 37, § 5º da Constituição Federal.

### 3.4 ANÁLISE DAS CONDUTAS TIPIFICADAS

Como citado anteriormente, as condutas cabíveis a esta lei são as de enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e atentado contra os princípios basilares da Administração Pública.

O Capítulo II da Lei nº 8.429/92 trata dos Atos de Improbidade Administrativa, os quais analisa-se de forma gradativa e genérica, em razão de cada conduta tipificada, de maneira a poder ser compreendidas as intenções do legislador ao positivar estas ações como condutas proibidas.

Inicialmente, tem-se no artigo 9º:

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:

Trata-se de enriquecimento ilícito, ato danoso previsto em outras matérias do nosso Direito Positivo, que causa o empobrecimento de alguém em detrimento daquele que pratica a ação (nexo causal), tornando injusta e inconcebível esta situação nos moldes jurídicos de nosso sistema atual. O enriquecimento ilícito é um

dos atos mais prejudiciais a Administração Pública já que, usando de ferramentas imorais e escusas, o agente investido por mandato, cargo, emprego ou função dedicada a prestação de serviços públicos, auferir lucro, vantagens e benefícios, formando patrimônio muitas vezes bilionários às custas daquilo que é, por excelência, destinado a servir a coletividade.

A Lei tenta através dos doze incisos (I a XII), tratar desse assunto de maneira a normatizar e atacar de forma eficaz esta enfermidade, não sendo afastada a possibilidade da existência de outras condutas que possam condizer com o interesse de enriquecer ilícitamente sendo a estas cabível a punição de acordo com o exposto em lei. Tratar-se-á do enriquecimento ilícito mais adiante, de forma minuciosa e por meio de uma abordagem completa.

Passando para a segunda modalidade de conduta, prevista pela Lei em análise, note-se o que nos traz o artigo 10:

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:

O erário público considerado como termo econômico é voltado às finanças públicas tanto da União, Estados, Municípios e Distrito Federal e está ligado ao conceito de orçamento; a figura do fisco e do tesouro nacional estão voltados diretamente ao Direito Tributário, já que os recursos que formam o erário são oriundos, basicamente, da cobrança de impostos recolhidos pela Administração dos contribuintes (cidadãos).

As ações ou omissões dessa conduta estão apontadas nos incisos I a XV, do aludido artigo, que se utiliza dos verbos permitir, facilitar, doar, realizar, conceder, frustrar, ordenar, entre outros, demonstrando o caráter executório caracterizado nas atividades lesivas.

A lesão ao tesouro público é modalidade muito usada pelos agentes ímprobos e, em muitos casos, têm-se notícias de punições a estes, conforme o que dita a lei, como se percebe através desta decisão proferida recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGADA AFRONTA AO ART. 535 E 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE DO ART. 10, INCISO X, SEGUNDA PARTE, DA LEI 8.429/92. POSSIBILIDADE DE ELEMENTO SUBJETIVO DA CULPA NAS CONDUTAS DO ART. 10. DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO CULPOSO E PREJUÍZO AO ERÁRIO PRESENTES NO ACÓRDÃO A QUO. RECURSO PROVIDO.

1. O aresto recorrido não está eivado de omissão nem de contradição, pois resolveu a matéria de direito valendo-se de elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide, havendo, na verdade, mero inconformismo em relação aos fundamentos da decisão.

2. A alegação de ofensa aos artigos 1º, 5º e 10, inciso X, da Lei 8.429/92 merece acolhida, pois o acórdão recorrido deixou assente a existência de dano ao erário por responsabilidade do prefeito municipal, à época ordenador de despesas, configurando-se ato de improbidade administrativa.

3. A decisão recorrida reconheceu claramente a responsabilidade do ex-prefeito - Nelson Jorge Maia quanto à realização de obras ineficazes para solução do acúmulo e proliferação de substância conhecida por necrochorume que traz sérios e graves riscos à saúde e à segurança da população, causando efetivamente lesão ao erário do município de Passos/MG.

4. Doutrina e jurisprudência pátrias afirmam que os tipos previstos no art. 10 e incisos (improbidade por lesão ao erário público) prevêem a realização de ato de improbidade administrativa por ação ou omissão, dolosa ou culposa. Portanto, há previsão expressa da modalidade culposa no referido dispositivo, não obstante as acirradas críticas encetadas por parte da doutrina.

5. Restou demonstrada na fundamentação do acórdão atacado a existência do elemento subjetivo da culpa do ex-prefeito bem como o prejuízo que a negligência causou ao erário, caracterizando-se, por isso mesmo, a tipicidade de conduta prevista no art. 10, inc. X, segunda parte, da Lei 8.429/92.

6. Recurso especial provido para restabelecer a condenação do ex-prefeito do município de Passos/MG - Nelson Jorge Maia ao ressarcimento integral do dano, atualizado monetariamente pelos índices legais acrescido de juros de mora na taxa legal, nos termos do art. 12, inc. II, da Lei 8.429/92.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Por meio desta decisão, onde o ex-prefeito da cidade de Passos, Estado de Minas Gerais, interpelou recurso devido a acórdão publicado julgando-o culpado, tendo o egrégio tribunal se pronunciado favorável à decisão proferida em instância inferior, ficando comprovada a existência de dano ao erário por ocasião de obras realizadas pelo então prefeito. Ficou consubstanciado através desta decisão que, notadamente, está prevista a modalidade culposa na conduta de lesão ao erário, sendo o ex-prefeito condenado ao ressarcimento integral do dano causado.

A conduta tipificada pelo artigo 11 da Lei 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:

Como visto, os princípios fundamentais da Administração Pública são regentes desta e sua observância é vital para que sejam válidos os atos e que estes conotem o desejo de se priorizar o atendimento das necessidades da coletividade. Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência são os princípios constitucionalmente expressos, porém sabe-se que outros existem explícitos ou implícitos em leis, doutrinas e jurisprudências, e que atentados contra quaisquer deles, importará em falta grave contra a Administração.

Também por via de ação ou omissão esta prevista a forma de se chegar a este comportamento, que se encontra descrito nos incisos I a VII, do citado artigo. Mesmo que o fato de ferir os princípios não implique em ato danoso de enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário não será afastada a caracterização da conduta tipificada.

O dever do administrador com a honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade fica claro diante do que vem exposto no retro aludido artigo. Clara é, pois, a intenção do legislador ao promulgar esta lei, buscando o combate à corrupção, as falcatruas, aos desmandos e aos atos de improbidade cometidos, controlando e fiscalizando o exercício dos agentes, o que pode ser feito tanto pela própria Administração como pela sociedade, maior interessada e beneficiária direta desta lei.

Defende-se que mesmo a sua eficácia sendo notoriamente questionada, a conhecida Lei de Improbidade Administrativa não deixa de ser um instrumento que, tornando-se conhecido e sendo utilizado corretamente, poderá modificar o meio de maneira a satisfazer os interesses da sociedade, tão descrente e inconformada por presenciar tantos atos escandalosos, assim como ver atingido o objetivo primordial da Administração Pública que é o atendimento a sociedade através da prestação de bons serviços.

### 3.5 PENAS: APLICAÇÃO NAS CONDUTAS QUE AS CONFIGURA

A Constituição de 1988 já informava sobre as penas cabíveis aos agentes que praticassem atos de improbidade tipificados naquele dispositivo como também em lei a ser editada *a posteriori*. Suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário foram as previsões previamente estabelecidas no referido artigo.

Ressalte-se que as penas de suspensão de direitos políticos e perda da função pública são civilmente aplicadas, não importando em ato criminoso, portando, não sendo penalmente sancionadas. A indisponibilidade de bens é pena de caráter preventivo e para se punir com o ressarcimento deverá o ato ter causado prejuízo ao erário, não ocorrendo, não cabe se falar em ressarcimento.

Para tanto, não cabe aprofundamento em relação às penas estabelecidas em outros dispositivos, sabendo-se que estas existem e devem ser incondicionalmente aplicadas quando necessário. Aqui, o que interessa, será a análise do disposto no Capítulo III da Lei nº. 8.429/92 intitulado "Das Penas". O artigo 12 lembra que, independentemente das penas em área civil, penal e administrativa, serão aplicadas as sanções dispostas nos incisos I, II e III, sendo estas penas voltadas a cada tipo de conduta praticada no ilícito da prática de improbidade administrativa.

Pelo ato de enriquecimento ilícito, encontra-se estabelecido que (inciso I):

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;

Considerando-se a idéia de ser este ilícito o mais grave, vê-se que algumas das penas aplicáveis são maiores no caso de enriquecimento ilícito, tanto no que tange a suspensão dos direitos políticos, pena de 8 a 10 anos, como a multa civil, que será três vezes maior, dado o valor do dano causado e a proibição de se

contratar com a Administração, receber dela benefícios, incentivos fiscais ou creditícios penaliza-se em 10 anos.

Mais a frente, encontrar-se-ão destacadas todas as questões pertinentes ao enriquecimento ilícito, tratadas de maneira específica, inclusive em relação às penas e sua aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico.

Importando como ato que causa prejuízo aos cofres públicos, saliente-se o que nos dita o inciso II:

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;

Os casos de suspensão de direitos políticos e perda da função política serão penalizados em 5 a 8 anos; passa a ser de 2 vezes o valor da multa cobrada pelo dano causado em acréscimo patrimonial e nos casos de proibição de contratação, recebimento de incentivos fiscais e creditícios da Administração pelo agente, a imputação será de 5 anos.

Por fim, em casos de atentado aos princípios norteadores da Administração Pública, o inciso III traz a previsão de penas, quais sejam:

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.

Assinale-se que, neste caso, o legislador fez observação com relação à ocorrência ou não de dano, pressuposto para a ação de ressarcimento. A suspensão cai para de 3 a 5 anos, a multa pelo valor do dano se dará no *quantum* de cem

vezes o valor da remuneração recebida pelo agente praticante e, por último, a impossibilidade de se contratar, receber incentivos fiscais ou creditícios será de 3 anos. Tudo isto em decorrência de ter se ferido os princípios, que são considerados por muitas vezes, tanto na doutrina como nos julgados de nosso sistema, como superiores a qualquer norma positivada, tendo em vista que eles abrangem não só o anseio da lei como também, alcançam virtudes preponderantes no convívio e nas relações sociais tais como honestidade, honra e moral.

Aduz-se que as penas na Lei de Improbidade Administrativa devem observar, para sua acertada aplicação, a extensão do ato danoso, pelo que foi causado de prejuízos efetivos assim como pela macula a imagem da Administração. Pode o agente responder por uma ou mais condutas, pelas penas cabíveis, podendo estas ser concomitantemente aplicadas.

## 4 ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

O ordenamento jurídico brasileiro, em virtude da previsão constitucional para o princípio da reserva legal, necessita delimitar legalmente as condutas típicas, as que serão passíveis de punição por contrariar uma expectativa social de regularidade ou mesmo ferir os sentimentos sociais relevantes. O nosso sistema legal por isso visa compatibilizar o fato com a norma jurídica para se verificar o descumprimento ou não do comando normativo e então aplicar uma punição cabível.

No que tange a improbidade administrativa três condutas foram tipificadas pelo legislador brasileiro para enquadrar legalmente os agentes públicos: o enriquecimento ilícito, os atos lesivos ao patrimônio público e os atos atentatórios aos princípios regentes da atividade estatal. O enriquecimento ilícito, por constituir o objeto de investigação deste trabalho é analisado de forma mais específica neste capítulo com ênfase ao que de mais relevante o informa.

### 4.1 CONCEITO: ASPECTOS QUE INFORMAM A SUA CONSTRUÇÃO CONCEITUAL

O enriquecimento ilícito é um exemplo proeminente dos atos lesivos ao erário público, decorrência lógica dos atos de corrupção, são atos intimamente ligados, pois ao se apropriar indevidamente das verbas públicas, pelas quais deveria zelar o agente público toma como seu um montante que não lhe pertence; tem ganhos patrimoniais claros e distantes daqueles que porventura pudesse auferir apenas com o seu esforço próprio.

Esse campo do conhecimento jurídico é alvo de estudos desde remotas épocas, a se destacar a produção dos pretores do então Império Romano, que lastreados por princípios de equidade repudiavam o enriquecimento sem causa lícita. Por isso é no Direito Civil que se encontra o embrião das concepções adotadas pelo legislador para a elaboração do art. 9º da lei 8.29/1992, que especificamente trata do tipo legal em questão.

Remonta-se por isso os conceitos presentes no âmbito da legislação civil para conceituar o presente tipo legal.

Orlando Gomes (apud MONTEIRO, 2003) traz um clássico conceito para enriquecimento ilícito, visualizado quando a expensas de outrem um indivíduo obtém vantagem patrimonial incompatível com a sua regular situação financeira ou mesmo sem que tal ganho se funde em dispositivo legal. Ao se aprofundar nos estudos desse ato ilegal, Gomes cita os requisitos que devem ser averiguados para se configurar o enriquecimento ilícito na legislação civil: o enriquecimento de alguém, o empobrecimento de outrem, nexo de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento e a falta de causa justa.

Sob a ótica do Direito Administrativo pode-se atentar para algumas particularidades em relação ao conceito geral apresentado anteriormente, mas que guardam uma tênue semelhança. Há nitidamente o enriquecimento de alguém, no caso em questão, o do agente público; o empobrecimento de outrem, a população em geral que por meio de impostos, taxas e contribuições supre o tesouro público e por isso é empobrecida.

Diversas teorias citadas por Garcia e Alves (2008) procuram justificar a existência do enriquecimento ilícito. Na visão de alguns doutrinadores baseia-se exclusivamente no princípio de equidade, que se releva importante por preservar o patrimônio de alguém em benefício imerecido de outrem. Por outro lado justifica-se a existência de sua proibição na necessidade de “equilíbrio dos patrimônios” ou de “segurança estática das fortunas”, ao quais são ignorados quando há a transferência injustificada de valores.

Ainda como sucedâneo das construções filosóficas, Garcia e Alves (2008) denotam que se trata de um negócio anormal em que a pessoa enriquecida se satisfaz dos efeitos da atividade de outrem sem que haja uma ação direta sua. Para outros está conexo à responsabilidade civil, pois aquele que se locupletou à custa alheia cometeu um ato ilícito, tendo o dever de indenizar em muitos casos. Dentre as teorias uma merece destaque por atender a uma ordem principiológica mais ampla a que contempla o não-locupletamento ilícito como em um dever moral que deve orientar as relações sociais, sendo consectário dos princípios da Justiça e do Direito.

Essa última teoria merece destaque por fazer alusão à necessidade de obediência moral nas relações negociais, exigência que encontra amparo nos mandamentos constitucionais que alçaram a princípio regente da administração pública brasileira a moralidade administrativa, que de cunho essencialmente subjetivo, como não poderia deixar de ser, exige uma boa conduta dos agentes

públicos no trato do patrimônio público, visando o bem-estar dos cidadãos. Ora na medida em que há apropriação dos bens públicos ocorre o desrespeito aos deveres de boa conduta exigidos pelo princípio da moralidade.

Prevê duas hipóteses para o enriquecimento sem causa, podendo adequar-se ao princípio da legalidade e de um ato ilícito. O princípio do não-locupletamento indevido reside na regra de equidade que proíbe a um indivíduo enriquecer às custas do dano, do trabalho ou da simples atividade de outrem, prescindindo da anuência do prejudicado. O enriquecimento à custa de outrem não viola a ordem moral, o que a infringe é o enriquecimento injusto, o qual ocasiona o dever moral de indenizar aquele que foi prejudicado.

Consoante Garcia e Alves (2008) os requisitos essenciais para a verificação da configuração do enriquecimento indevido são os mesmo citados anteriormente: o enriquecimento de alguém, o qual pode ser de ordem material, intelectual ou moral; o empobrecimento de outrem, quer seja positivo, a perda de patrimônio, ou negativo o ano pagamento do serviço prestado; ausência de justa causa, o enriquecimento não encontra amparo no direito, não podendo advir da aspiração do lei do, ou decorrer de obrigação preexistente ou da lei; nexo-causal entre o enriquecimento e o empobrecimento, sendo que cada um destes elementos deve estar ligado ao outro em relação de causa e efeito.

As condutas típicas que implicam no reconhecimento legal de enriquecimento ilícito estão presentes no art. 9º da lei 8.29/1992 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 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 fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

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

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

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

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

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

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

Da análise do *captu* do referido artigo 9º defere-se que se trata de um crime próprio na medida em que apenas agentes no exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da lei cometem atos de improbidade, em virtude de o agente conscientemente receber tal vantagem, conclui-se que o elemento volitivo do mesmo é o dolo.

Para que se configure tal figura típica é necessário que se reúnam alguns requisitos. De forma genérica fala-se em enriquecimento ilícito quando há vantagem indevida de alguém, no caso deve ser o agente; e este por sua vez deve exercer cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º

da lei 8.429/1992 e o benefício deve guardar relação com o cargo, mandato, função ou emprego; a carência de causa justa, devendo se tratar de vantagem indevida, sem qualquer equivalência com os vencimentos recebidos pelo agente público; e por fim a relação de causalidade entre a vantagem indevida e o exercício do cargo, pois a lei não deixa margem a dúvidas ao falar em vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, emprego ou função.

Em comparação com o direito civil, o enriquecimento proveniente de improbidade administrativa tem sempre origem em uma ilicitude, já que ao agente público, no exercício de suas funções, deve pautar as suas ações na legalidade não havendo previsão legal, fala-se em atos ilícitos.

De acordo com as lições de Garcia e Alves (2008, p. 237) a análise do empobrecimento nas duas esferas é distinta, pois ao tratar da improbidade:

A idéia de empobrecimento é substituída pela noção de vantagem patrimonial indevida, sendo considerado ilícito todo proveito relacionado ao exercício da atividade pública e que não seja resultado da contraprestação paga ao agente ou consectário lógico da função exercida (v.g.: uso do veículo oficial), o que demonstra de forma insofismável a infringência dos princípios da legalidade e da moralidade, verdadeiros alicerces da atividade estatal. A análise da tipologia legal demonstra o acerto deste entendimento, já que na grande maioria dos casos a vantagem indevida obtida não é originária dos cofres públicos, mas de terceiros.

Denota-se dessa afirmação que a vantagem não está ligada ao necessário enriquecimento do agente em prejuízo da administração, encontra sua razão de existir no descumprimento dos deveres de conduta pelo quais deveria zelar, apesar das maiores atenções se voltarem aos desfalques nos cofres públicos, as condutas de proveito mesmo que breve, como o uso de um veículo ou de um computador para o uso pessoal devem ser combatidos por contrariar os princípios da legalidade e da moralidade.

Nas situações previstas nos incisos do referido artigo, que tornam concretas os conceitos gerais são as condutas ilícitas que configuram o enriquecimento, quais sejam: auferir, receber, perceber, aceitar, utilizar, usar, adquirir e incorporar realizadas em prejuízo do mandamento legal. De acordo com Garcia e Alves (2008) o agente público que apenas solicita a vantagem indevida, não tem a sua conduta tipificada no referido art. 9º e sim no art. 15 porque apenas a solicitação não se

encontra entre as condutas típicas daquele artigo não constituindo enriquecimento ilícito.

Dentre as condutas legais previstas no artigo 9º da lei 8.429/1992 duas voltam-se nitidamente ao enriquecimento concreto do agente mediante ganhos patrimoniais, os incisos II e VII. Conforme o inciso II está configurado o enriquecimento ilícito quando percebe vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades no art. 1º por preço superior ao valor de mercado.

A conduta em questão é tipificada mediante a configuração dos seguintes requisitos o enriquecimento do agente e, pois aquele conseguirá vantagem para que este receba contraprestação superior à devida que se trate de agente que ocupe cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades previstas no art. 1º; a ausência de justa causa, ferindo os princípios da legalidade e da moralidade, de onde se retira a ilicitude as conduta; dependência entre o enriquecimento do agente. Apenas de modo reflexo é que se trata do empobrecimento das entidades mencionadas no art. 1º, tratando-se, pois de elemento secundário. Nessa hipótese a investigação deve abranger não apenas o que contrata, como também de todos os envolvidos, que opinaram no processo de licitação.

A conduta prevista no inciso VII é a forma mais comum da figura típica do enriquecimento ilícito: 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. A vantagem patrimonial individual decorre do tráfico de função pública.

Deste modo, para a caracterização desta modalidade de enriquecimento ilícito é imprescindível que a aquisição de valores incompatíveis com a receita do agente público tenha ocorrido em consequência do subvertido exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade na Administração Pública direta, indireta, fundacional ou nas entidades a que se refere o art. 1º da referida lei federal.

Para a caracterização da ilicitude há que se evidenciar o nexo de abuso do exercício funcional com enriquecimento, com certeza compete ao Ministério Público ou à entidade autora, na ação civil pertinente, comprovar que o enriquecimento do agente público deriva de um ato de improbidade praticado no exercício de função pública. Na verificação da ocorrência ou não de improbidade deve ser considerada não apenas a desproporção entre a receita e o patrimônio, deve-se destarte

comprovar o aumento patrimonial ilícito, somente o enriquecimento auferido em virtude do cargo, emprego, função ou atividade do agente deve ser considerado.

#### 4.2 SANÇÕES APLICADAS EM DECORRÊNCIA DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Tendo delimitado o bem jurídico tutelado e realizada a subsunção do caso concreto a norma jurídica, especificamente quando configurado o crime de enriquecimento ilícito perante a observação do art. 9º da lei 8.429/1992 é indispensável que seja aplicada uma punição aos responsáveis visando ressarcir o poder público do prejuízo causado, além disso, promover a finalidade educativa prevista no bojo de qualquer norma penal: dissuadir a prática de delitos semelhantes.

De acordo com as normas gerais que regem o direito penal e que aqui devem ser observadas a sanção deve guardar proporcionalidade com o delito, um padrão de reprimenda deve ser estabelecido a partir dos delitos mais graves e com este parâmetro punir com mais severidade delitos que ofenda bens jurídicos que merecem uma atenção mais especial: majora-se a sanção conforme aumente a lesividade do ato. Conforme esses critérios os delitos previstos na lei 8.429/1992 tem juízos de punição variados que vão desde punições mais brandas para os delitos de menor potencialidade quando se desrespeita os princípios administrativos indo até os de maior gravidade, os que se referem à punição pelo enriquecimento ilícito.

As punições para os crimes de improbidade administrativa estão presentes no art. 12 da lei 8.429/1992 de seguinte redação:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 8 (oito) a 10 (dez) anos, pagamento de multa civil de até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente,

ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos, pagamento da multa civil de até 2 (duas) vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 (cinco) anos;

III — na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 5 (cinco) anos, pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração recebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos.

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 a agente.

As punições acima transcritas estabelecem linhas gerais muito semelhantes aos diferentes atos de improbidade como a 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 variando a intensidade da punição conforme o delito, maior punição para os casos de enriquecimento ilícito. Ressaltando que para este último estabelece-se uma punição que se destaca a suspensão dos direitos políticos pelo prazo que pode variar dentre oito e dez anos.

Evidencia-se que o fulcro é a sanção aplicada para os casos de enriquecimento ilícito prevista no inciso I mencionado anteriormente, qual seja a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos de 8 (oito) a 10 (dez) anos, o pagamento de multa civil de até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos.

#### **4.2.1 A perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio**

A primeira punição estabelecida pelo referido inciso do art. 12 refere-se a perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, tal dispositivo encontra amparo no texto constitucional precisamente no art. 5º, XLVI, b cuja redação dispõe que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras a perda de bens.

Em consonância com o texto constitucional o Código Penal comina também a perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio como efeito da condenação, em relação aos instrumentos do crime e aos produtos, bens ou valores auferidos com a sua prática, instruções estas presentes no art. 91, II, a e b do referido Código.

O exercício de um cargo, função, emprego guarda em sua própria natureza o dever jurídico de não enriquecer ilicitamente, que se encontra amparado nos princípios administrativos, notadamente o da moralidade e transparência, em virtude da desobediência desse dever é que o legislador instituiu a punição ao enriquecimento ilícito, visando coibir a sua prática.

Ao se referir a perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio o legislador apenas institui uma forma de restabelecer a situação anterior ao desfalque, na medida em que o patrimônio logrado mediante esforços próprios e legítimos é protegido conforme previsão legal, pois mediante a análise dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional a propriedade é um bem protegido, desde que não se trate de produto de delito; como sucedâneo a propriedade que é proporcional aos seus ganhos deve ser assegurada.

Para que o crime esteja configurado o acréscimo patrimonial deve ser contemporâneo à atividade do agente, deve ser averiguada a incompatibilidade entre este e a sua remuneração. Uma vez constada a incompatibilidade entre os ganhos e o patrimônio, o excesso pode ser constituído tanto de valores desviados do patrimônio público como pelos benefícios recebidos de terceiros em razão da atividade exercida.

Em virtude do acréscimo ilegal no que se refere ao excesso de patrimônio a perda envolverá os bens ou valores, assim como seus frutos e produtos. Tratando-se de bens fungíveis haverá a restituição sobre valor equivalente do patrimônio do

improbo, se os bens foram consumidos ou deteriorados. Se infungíveis, este deve ser incorporado novamente ao patrimônio, e não sendo possível a devolução *in natura*; será restituído o valor equivalente.

Conforme as lições de Garcia e Alves (2008, p. 427) somente a conduta que não gerou proveitos financeiros concretos para o detentor de cargo, emprego ou função pública pode ser estimada financeiramente:

Ainda que a vantagem indevida seja obtida por intermédio de prestação negativa, a qual evitará que o ímprobo realize qualquer dispêndio de ordem financeira para saldar determinadas obrigações, mantendo seu patrimônio intacto e garantindo-lhe a satisfação de um interesse qualquer (v.g. utilização de funcionários públicos para a realização de um serviço, permitindo que o ímprobo economize o numerário que despenderia com a contratação da respectiva mão de obra), deve o proveito auferido ser financeiramente estimado, culminando com a verificação do numerário que o ímprobo efetivamente poupou e a ulterior condenação de restituir o valor apurado.

Qualquer vantagem patrimonial ilegal deve ser combatida, no exemplo acima citado, o benefício adveio do não pagamento pela realização da mão de obra, este não pagamento é o que gerou o enriquecimento ilícito, e o valor a ser apurado com base nos dados de mercado referente ao custeio dessa atividade é o que será devolvido aos cofres públicos.

No que tange aos bens a serem apurados para garantir o pagamento referente ao acréscimo patrimonial, apenas aqueles subseqüentes ao exercício da função poderão ser abordados por um procedimento cautelar que para garantir o pagamento determine sua indisponibilidade, já que os adquiridos em período anterior à investidura não têm conexão com a atividade pública, não se teria nesse último quadro como estabelecer a relação de causalidade exigida para a configuração do enriquecimento ilícito.

Quanto aos fungíveis que foram consumidos ou deteriorados, ou mais especificamente aos bens infungíveis que não se encontram no patrimônio do ímprobo, por exemplo, em virtude de alienação a terceiro de boa-fé, o que afasta, inclusive, a possibilidade de enquadramento deste último no art. 3º da Lei nº8.429/1992 e, por via automática, inviabiliza que outro bem seja retirado do seu patrimônio.

Tendo como finalidade a efetividade da aplicação das penalidades previstas no art. 12 da referida Lei, é factível a probabilidade de a medida cautelar alcançar outros bens em quantia semelhante, ainda que adquiridos em momento anterior ao próprio ato de improbidade. Somente assim será possível fazer face à sanção de perda de bens ou valores. Sendo outro o entendimento, bastaria que o ímprobo colocasse em circulação o montante em dinheiro que subtrairia ou ainda que vendesse o bem fruto de apropriação para que se tornasse impossível aplicação da referida penalidade.

Duas idéias que entre si guardam semelhanças e em conseqüência podem ser confundidas merecem ser diferenciadas: a sanção de perda de bens ou valores com a obrigação de ressarcir o dano causado ao patrimônio público. Quanto à sanção de perda de bens não há maiores problemas. No que tange ao a obrigação de reparar o dano em virtude de responsabilização nos moldes da seara civil, pois em um primeiro entendimento permitiria a que o patrimônio público fosse inicialmente recomposto e, posteriormente, acrescido de numerário equivalente àquele em que fora lesado, o que implicaria em uma dupla penalização pelo mesmo fato ilícito.

A correta retirada dos valores ilicitamente ganhos pelo ímprobo de seu patrimônio vem de encontro ao próprio interesse da administração pública, esta mediante a aplicação de tais dispositivos vem prestigiar o adequado funcionamento de seu quadro de funcionários. Caso tais medidas fossem olvidadas o interesse particular sobrepor-se-ia ao da administração em geral.

A sanção correspondente a perda dos bens encontra significado de existir no próprio ato ilícito praticado, o bem ou valor retirado deve ser repostos, ações correlatas uma que deflagra o início do processo e a outra produto de um ato de improbidade.

#### **4.2.2 Ressarcimento do dano em conseqüência do enriquecimento ilícito**

De acordo com as lições extraídas da doutrina civilista, como ensina Monteiro (2003), surge a obrigação de indenizar e o dever de reparar o dano mediante a constatação de uma conduta de um agente que por ação ou omissão lesa o

patrimônio de outrem, seja material ou moral. Para que se configure a necessidade de reparar o dano é imprescindível estabelecer um elo entre a conduta do agente e o dano, o que se chama de nexo de causalidade.

O dever de reparar o dano é fundamental para retomar o estado anterior dos patrimônios em especial daquele lesado, para que na medida das possibilidades o estado anterior à ocorrência do dano seja restabelecido. De acordo com as lições de Garcia e Alves (2008) tal concepção fora alçada a categoria de princípio geral do direito e em virtude disso é integralmente aplicada no ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público. Como visa restabelecer o estado anterior tanto do patrimônio do ímprobo quanto da administração pública não se pode falar que se trata de uma punição.

Os requisitos exigidos para a configuração do dano e a obrigação de repará-lo pelo ímprobo são os mesmos exigidos para a responsabilização civil: a ação ou omissão do agente, mediante a verificação do elemento volitivo do dolo ou da culpa; o dano; a relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano e a conduta do agente seja lícita, quando age em decorrência do estado de necessidade, ou ilícita para que se configure o dever de indenizar.

A compleição desses elementos deve ser devidamente valorada por ocasião da verificação do ato de improbidade, o que não impede, neste componente, um breve estudo da amplitude do dano a ser reparado. A expressão ressarcimento contém a idéia de correspondência na contraprestação apresentando-se correlato à atividade do agente que ilicitamente acarrete dano ao erário. A contraprestação, consoante a elocução da Lei nº 8.429/1992, haverá de ser global, o que torna imperativo o dever de ressarcir todos os prejuízos sofridos pela pessoa jurídica lesada, qualquer que seja a natureza destes.

Se depois da verificação do dano for evidente a disparidade entre o valor do dano e a obrigação de reparar, menciona Garcia e Alves (2008, p. 430):

[...] caberá à Fazenda Pública ajuizar as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público (art. 17, § 2º, da Lei nº 8.429/1992). Sob este aspecto, é relevante observar que a independência com a esfera cível foi levada a extremos, já que a pessoa jurídica lesada será instada a integrar o pólo ativo da ação caso não a tenha ajuizado (art. 17, § 3º); terá total liberdade para suprir as omissões detectadas na inicial; poderá produzir as provas que demonstrem a dimensão do dano e terá ampla possibilidade de apresentar as

irresignações recursais pertinentes, logo, inexistente justificativa para a injurídica possibilidade de renovação da lide.

Em virtude dessa redação constituiu-se um óbice para o efetivo ressarcimento do erário público, pois exige que para a complementação do total a ser reparado deve-se promover as ações necessárias, havendo portanto a necessidade da instauração de uma nova lide tendo em vista a complementação do desfalque. Objetivando harmonizar o dispositivo em questão com o instituto da coisa julgada, considera-se que tal ação torna-se necessária quando a Fazenda Pública não participou do processo que originou o ressarcimento inferior e quando a real proporção do dano não tenha sido discutida, ou ainda mediante a constatação de fatos supervenientes que fatalmente influam na mensuração dos valores a serem devolvidos.

#### **4.2.3 Perda de função pública determinada pelo enriquecimento ilícito**

Em virtude da sua natureza a punição somente atinge o agente público, excluindo por lógica o terceiro, *extraneus* que contribuiu para o ato ou dele se beneficiou. É consequência da não congruência de interesses entre a Administração Pública e os atos praticados pelo agente, enquanto ligado com aquela não se confundindo com a sua qualidade de cidadão. Uma vez configurada a perda de função do ímprobo não se limita a um lapso temporal, considerando-se, portanto como definitiva. Consoante Garcia e Alves (2008) excetuando-se a hipótese de ajuizamento da ação autônoma de impugnação, não se submete a reversão, consumando seus efeitos com o trânsito em julgado da sentença que impôs a sanção de perda de função.

Tal sanção é aplicável a todos aqueles que exerçam, ainda que transitoriamente ou sem remuneração e independente da forma que se chegou a função, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º da Lei nº 8.429/1992 e tem sob o seu alcance os que desenvolvam determinada atividade pública em razão de concessão, permissão, autorização etc.

Em suma todos aqueles que exercem atividades na administração pública direta e indireta.

Como forma de ampliar o alcance da norma seu artigo 2º, ampliou o significado da expressão agente público. Em razão disto, não é possível limitar a aplicação da sanção a uma determinada categoria quando a norma proibitiva é aplicável a todas. De acordo com o artigo 9º caput conclui-se que o entendimento dado a referida expressão envolve qualquer atividade desempenhada ou a forma de investidura.

Das lições de Garcia e Alves (2008, p.446) há ponderação sobre os detentores de mandato político:

Especificamente em relação aos detentores de mandato político (Governador, Prefeito etc.) afigura-se indubitável que devem observar os princípios estatuídos no art. 37 da Constituição, pois não seria razoável sustentar que esse preceito, o que inclui o seu parágrafo quarto, somente seria aplicável aos demais servidores públicos. Estes possuem disciplina autônoma nos arts. 39 e ss da Constituição da República, não sendo demais lembrar que os detentores de mandato político ocupam o mais alto grau hierárquico do Poder Executivo, qualquer que seja o ente da Federação, o que os erige à condição de principais destinatários das normas que disciplinam a Administração Pública, tipificam os atos de improbidade e que prevêem a denominação da "perda da função". Ante o exposto, não há que se falar em ampliação de efeitos não previstos em norma restritiva.

Dos detentores de mandato político é que se deve esperar a conduta de maior probidade, pois serão exemplos para os demais integrantes da Administração Pública. Retirá-los do alcance de tais penalidades serviria como uma aprovação irrestrita de condutas consideradas como moralmente reprováveis.

A idéia de que o afastamento dos detentores de mandato implica em insulto à soberania do voto popular e que tem em sua síntese a essência da soberania estatal. Porém ao deferir um mandato popular a um determinado indivíduo espera-se que o desempenho seja lícito. Distanciando-se da licitude e rompendo o elo de encadeamento lógico deve existir entre o mandato outorgado e a função a ser exercida, dissolve-se a legitimidade conferida para o exercício do mandato o que permite ao Poder Judiciário a recomposição da ordem jurídica lesada.

Visando o normal andamento do processo pode-se por uma medida cautelar afastar o agente político do cargo se for necessário para se atingir o conteúdo probatório. Como se trata de uma medida cautelar exige-se a demonstração dos requisitos: *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. O afastamento em virtude de se configurar, na hipótese em questão, como necessário para a instrução processual deve cessar ao final desta. É possível em virtude da natureza cautelar dessa medida voltada a garantir a instrução processual, permite-se a aplicação para os agentes que não podem sofrer a perda de função, como Deputados Federais e Senadores.

A definitiva medida punitiva com a perda da função pública demonstra a incompatibilidade entre a personalidade do agente e a administração da coisa pública, evidente pela prática do ato de improbidade motivando o rompimento definitivo dos vínculos laborais entre o agente e a Administração Pública. Obviamente a função a ser atingida é àquela exercida por ocasião da prática do ato de improbidade, mesmo que o agente exerça duas ou mais atribuições de naturezas diversas, eletiva ou contratual, o provimento jurisdicional haverá de alcançar todas, motivando o total rompimento dos vínculos existentes entre o agente e o Poder Público.

O conteúdo do art. 20 da Lei de Improbidade, a sanção de perda da função, exclusivamente gera conseqüências com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ainda que o provimento jurisdicional se reserve a valorar acontecimentos passados, a produção de efeitos futuros é incontestável. A mencionada valoração redundará na cominação de restrições à esfera jurídica do ímprobo em momento posterior ao ato de improbidade, pouco importando a função presente.

#### 4.3 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA APLICAÇÃO DAS PENAS

Nesse ponto apresenta-se como necessário destacar que a defesa do patrimônio público é um direito difuso e que tem como destinatários uma massa indeterminada de sujeitos, sendo incumbência de toda a sociedade ao contrário do que ocorre nas divisões clássicas dos direitos individuais, que possuem destinatários singulares. Em virtude da sua caracterização como direito difuso, a Constituição

Federal em seu art. 129, III deferiu ao Ministério Público a competência para promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

Em sintonia com as disposições constitucionais a lei 8.429/1992 vem tutelar a proteção dos direitos difusos inerentes à defesa do patrimônio público dos atos de improbidade administrativa, notadamente o enriquecimento ilícito.

No que concerne à investigação, como dito cabe ao Ministério Público proteger a coisa pública mediante a promoção da competente ação civil pública. O primeiro momento em que se tem o conhecimento do ato de improbidade é durante o procedimento administrativo, que não tem em sua composição a necessidade de contraditório, pois, não tem de per si a finalidade de instaurar um conflito de interesses, não se olvidando, porém dos princípios concernente a preservar a legalidade dos atos administrativos.

Em virtude de ser um procedimento em sua composição e finalidade similar ao inquérito policial, por exemplo, destina-se a demonstração dos elementos que configuram o ilícito e a sua autoria, ou seja, é uma simples coleta de indícios. Trata-se de um elemento de formação da opinião do *Parquet* que se vislumbrar os requisitos necessários para promover a competente ação, o fará.

Constatada a presença, em tese, de tais circunstâncias o competente membro do Ministério Público definirá pela necessidade, ou não, da propositura da ação civil pública em busca da satisfação da aspiração social, estando o órgão ministerial vinculado ao princípio da obrigatoriedade, tal como ocorre no âmbito da ação penal de iniciativa pública. É importante o perfeito andamento da marcha processual per meio da atuação do Poder Judiciário, embora as sanções previstas na Lei nº 8.429/92 não tenham em seu bojo natureza penal. Por isso somente por intermédio do processo, com todas as suas garantias constitucionais, que se logrará a plenitude sancionatória concebida pelo legislador.

De acordo com Garcia e Alves (2008, p. 527) justifica-se a necessidade do pronunciamento judicial:

[...] princípio *nulla poena sine iudice*, sem prejuízo, é ainda insuficiente à demonstração do interesse agir do autor da ação de improbidade, visto que, se por um lado o processo é imprescindível, por outro, a pretensão sancionatória por ele veiculada só será digna de ser apreciada pelo Poder Judiciário quando arrimada em elementos mínimos demonstradores da

existência do atuar ímprobo. Noutra giro: não se podendo alcançar a integral incidência das sanções previstas na Lei nº 8.429/92 senão através da via jurisdicional, tem-se como implícito o interesse de agir tanto do Ministério Público quanto dos demais legitimados. Não obstante, em razão da gravidade das sanções aplicáveis, considerando-se, também, o *strepitus fori* desencadeado pela só existência de relação processual de tal natureza, capaz de afrontar seriamente o *status dignitatis* do réu e de colocar em xeque a própria credibilidade da administração, deve-se exigir que as pretensões formuladas pelo autor se vejam arrimadas, corroboradas por um mínimo de elementos probatórios, análise que, no momento de propositura da ação, se faz ainda em caráter provisório e superficial, contentando-se com a verificação da existência de meros indícios.

Então para que a ação seja apreciada pelo judiciário exige-se um dano que viole os deveres do detentor de cargo, emprego ou função pública que por si implique no descumprimento dos deveres inerentes a legalidade que deve ser observada no exercício daqueles. No caso de esquecimento das condutas eivadas pela ilegalidade seria uma “carta branca” para que novos casos ocorressem.

Extrai-se do conteúdo do art. 17, caput, da Lei de Improbidade, possui o Ministério Público a legitimidade para solicitar ao Poder Judiciário a reparação dos possíveis danos causados pelo agente ímprobo, como também a aplicação das sanções previstas em seu art. 12.

Infere-se os maiores entraves na aplicação das penalidades correspondentes aos atos de improbidade administrativa, a *priore* das condutas que envolvem o enriquecimento ilícito; está na averiguação do patrimônio do ímprobo em dois momentos: anterior e posterior ao exercício de mandato, emprego, cargo ou função pública. Uma vez que apenas após averiguação da desproporcionalidade entre os rendimentos auferidos pelo mesmo e o seu patrimônio real é que se pode vislumbrar uma punição.

Nesse ínterim enfatiza-se a importância do princípio da transparência que deve reger a administração pública como um todo, em especial dos detentores de mandato eletivo onde residem os maiores problemas quando o assunto a ser discutido é a desproporção entre os rendimentos e o elevado padrão de vida ostentado por eles.

Para dificultar a eficácia da sanção, que conseqüentemente atenuará as implicações do ilícito, tornando inócio o esforço despendido pelo ímprobo, exige-se ou pelo menos se espera uma cuidadosa investigação do destino final dos bens ou valores amealhados por ele, o que não excluirá a identificação dos intermediários, os

popularmente conhecidos como “laranjas”. Torna-se mais difícil esse tipo de fraude, mas não impossibilita a comprovação de que o patrimônio excedente em nome dos familiares é proveniente da atividade ilícita do ímprobo devendo esses bens serem reincorporados a coisa pública e o autor da improbidade punido com a perda do vínculo laboral com o Estado.

## 5 CONCLUSÃO

Os principais princípios regentes da Administração Pública são o da legalidade e da moralidade, não só pelo conteúdo filosófico contido na sua estrutura, e sim pelos comandos enunciados. A conduta dos agentes responsáveis por gerir a coisa pública deve ser pautada na lei, por isso se falou na Lei nº. 8.429/92 que combate as condutas irregulares na administração e por ser através dos agentes públicos que o Estado se manifesta realmente perante o povo. Operando em harmonia com a nossa Magna Carta e com as leis específicas para cada um dos tipos previstos garantindo assim, a funcionalidade dos órgãos e serviços estatais.

Os agentes, como demonstrado, são o reflexo da Administração Pública, se a sua atuação é pautada na legalidade e moralidade a administração não é desrespeitada pelo povo. O Estado foi construído para atender aos anseios da população, onde se visa o bem estar social e onde os interesses do Estado divergem daqueles dos seus agentes: os interesses particulares são relegados a segundo plano tendo em vista a consecução dos ideais sociais de bem comum.

Quando os interesses dos agentes públicos são tomados como protagonistas desrespeita-se os direitos individuais e por isso não se pode falar em legalidade dos atos do poder público. Como visto o ato administrativo para obter validade deve resguardar pela legalidade, está em consonância com a legislação e por isso guardam coesão com as disposições constitucionais que zelam pela legalidade.

Ficou compreendido que, além dos atributos que caracterizam os atos administrativos e que os diferenciam dos demais atos presentes em nosso ordenamento, quais sejam: presunção de legitimidade, imperatividade, auto-executoriedade dentre outros; porém se o ato for eivado de ilegalidade é declarado nulo e não pode produzir efeitos.

A anulação dos atos administrativos recebeu enfoque ao tratar dos critérios usados para tal fim, qual seja a análise de sua ilegalidade realizada pela própria Administração, pela sua discricionariedade, ou pelo Judiciário, por meio de provocação de pessoa interessada retroagindo esta anulação aos seus efeitos.

A moralidade como princípio teve por escopo a ordenação das condutas dos agentes público, que baseadas no mesmo deveriam ser honestas e de boa-fé, tal a

importância atribuída que sua observância é obrigatória tanto pelos particulares quanto pela Administração Pública.

Em sintonia com a moralidade o legislador consagrou a improbidade por, de certa forma, se constituir em afronta àquela. É corrupção administrativa, que, sob diversas configurações, promove o desvirtuamento da Administração Pública revelando-se pelo alcance de vantagens patrimoniais impróprias em prejuízo do erário, pelo exercício irregular das funções e empregos públicos, pelo tráfico de influências nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante concessão de obséquios e privilégios ilícitos.

Foi definido o ato de improbidade administrativa como o atentado aos princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições:

O enriquecimento ilícito como visto é uma espécie desse gênero, por meio do qual o agente obtém vantagens patrimoniais concretas, seja pelo ganho financeiro desproporcional à custa do erário ou utilização de bens e serviços da administração para uso próprio. Destacou-se a importância do Ministério Público na defesa do patrimônio público como direito difuso a que os brasileiros têm direito.

Foi averiguado que a legislação existente é própria para combater o mau uso dos bens públicos e as punições direcionadas para tal são suficientes, como a devolução de bens e valores, o ressarcimento do dano e a perda da função pública, porém os meios de investigação precários a disposição dos investigadores dificultam a aplicação das referidas penalidades.

Infelizmente a mudança de postura dos agentes públicos em relação ao erário depende de uma mudança de hábitos culturais, de que se deflui que a confusão entre os patrimônios público e particular está enraizado na cultura brasileira e mediante a punição mais severa e eficiente aos atos de improbidade, em especial do enriquecimento ilícito vislumbra-se uma mudança de postura.

A legislação é um conjunto de comandos dotados de imperatividade e uma sanção correspondente para o seu descumprimento. Se as sanções citadas na pesquisa para a punição dos atos de improbidade forem corretamente aplicadas, em especial a perda da função pública e a proibição de se estabelecer novo vínculo com a administração, casos notórios de ganhos patrimoniais dos agentes públicos serão raros.

**REFERÊNCIAS**

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9266>. Acesso em 10/09/2009

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

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal: parte geral**. 11ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

COSTA, José Armando da. **Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa**. 1ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FILHO, Marino Pazzaglini. **Princípios Reguladores da Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2000.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GARCIA, Emerson & ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 4ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 4.717, Promulgada em 29 de junho de 1965. Regula a ação popular.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 8.429, Promulgada em 2 de junho de 1992. Dispõe 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 e dá outras providências.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MONTEIRO, Washigton de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações Volume 5. 2ª parte**. 34ª ed. revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.

SOUSA. Artigonal – Diretório de artigos gratuitos, publicado em 26/11/2008 por NBDESUSA. Disponível em <http://www.artigonal.com/administracao-artigos/historia-e-evolucao-da-administracao-659998.html>. Acessado em 01/08/2009

Superior Tribunal de Justiça – Jurisprudência/STJ disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=les%E3o+ao+er%E1rio+p%FAblico&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1> Acessado em 11/10/2009