



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4295

Requerente: Partido da Mobilização Nacional - PMN

Requeridos : Presidente da República e Congresso Nacional

Relator : Ministro Marco Aurélio

Lei de Improbidade Administrativa. Alegada inconstitucionalidade dos artigos 2º; 3º; 9º; 10; 11; 12, incisos I, II e III; 13 e seus §§; 15; 17, § 3º; 20, parágrafo único; 21, inciso I; 22 e 23, inciso II, todos da Lei nº 8.429/92, 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. Ausência das máculas de inconstitucionalidade apontadas pelo autor. Manifestação no sentido da improcedência do pedido.

Egrégio Supremo Tribunal Federal.

O Advogado-Geral da União, tendo em vista o disposto no art. 103, § 3º, da Constituição da República, bem como na Lei nº 9.868/99, vem, respeitosamente, manifestar-se quanto à presente ação direta de inconstitucionalidade.



I – DA AÇÃO DIRETA

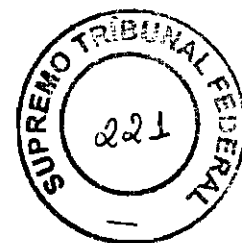
Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Partido da Mobilização Nacional – PMN, tendo por objeto a impugnação dos artigos 2º; 3º; 9º; 10; 11; 12, incisos I, II e III; 13 e seus §§; 15; 17, § 3º; 20, parágrafo único; 21, inciso I; 22 e 23, inciso II, todos da Lei nº 8.429/92, que 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.

Sustenta o autor que as normas impugnadas teriam violado os artigos 1º, *caput* e inciso III; 2º; 5º, *caput* e incisos LIV, XLV e XLVI; 37, § 4º; 52, incisos I e II; 86; 96, inciso III; 102, inciso I, c; 105, inciso I, a; 108, inciso I, a, e 127, § 1º, todos da Constituição Federal.

O Ministro Relator, na forma do artigo 6º da Lei nº 9.868/1999, determinou fossem solicitadas informações às autoridades requeridas e, decorrido o prazo, com ou sem manifestação, fossem ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República (fl. 66).

O Presidente da Câmara dos Deputados informou que a matéria versada na norma em exame foi “*processada pelo Congresso Nacional dentro dos mais estritos trâmites constitucionais e regimentais inerentes à espécie...*” (fl. 78).

ADI nº 4295 – Relator Min. Marco Aurélio



Por sua vez, o Presidente da República prestou as informações solicitadas, rebatendo, ponto por ponto, as alegadas inconstitucionalidades da Lei nº 8.429/92 (fls. 84/94).

Certificou-se o decurso do prazo sem que fossem prestadas as informações solicitadas ao Senado Federal (fl. 217).

Vieram os autos, na sequência, ao Advogado-Geral da União.

II – DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.429/92



Inicialmente, cumpre registrar que o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Recl nº 2128/DF, sufragou o entendimento de que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei nº 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade, nos termos da Lei nº 1.079/50, *verbis*:

“EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM.

(...)

MÉRITO. II.1.Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2.Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais



ADI nº 4295 – Relator Min. Marco Aurélio

 3 



agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição. II.3.Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c"; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II.4.Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, "c", da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.5.Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.¹" (grifos apostos)

¹Rel 2138 / DF, Relator: Min. NELSON JOBIM, Relator p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 13/06/2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJE -070, DIVULG 17-04-2008, PUBLIC 18-04-2008

 4 



Releva assinalar, contudo, que, à exceção dos agentes políticos, os demais agentes públicos respondem por improbidade administrativa, nos termos do artigo 2º da Lei nº 8.429/92, *verbis*:

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

A extensão que a norma objurgada deu ao termo agente público, para efeito da lei de improbidade administrativa, com exceção da apontada ressalva à categoria de agente político, não destoaria de sua conceituação doutrinária, conforme se depreende da lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves², *verbis*:

“A expressão agentes públicos tem sentido amplo. Significa o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado. Essa função, é mister que se diga, pode ser remunerada ou gratuita, definitiva ou transitória, política ou jurídica. O que é certo é que, quando atuam no mundo jurídico, tais agentes estão de alguma forma vinculados ao Poder Público. Como se sabe, o Estado só se faz presente através das pessoas físicas que em seu nome manifestam determinada vontade, e é por isso que essa manifestação volitiva acaba por ser imputada ao próprio Estado. São todas essas pessoas físicas que constituem os agentes públicos.”

Ademais, o fato de o Supremo Tribunal Federal entender que o artigo 2º da Lei nº 8.429/92 não se aplica aos agentes políticos, não significa

² Garcia, Emerson e Rogério Pacheco Alves: *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 2005. Editora Lumen Juris. P. 457



que declarou a inconstitucionalidade do questionado dispositivo legal, como bem explicitado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, às fls. 136/177, ao discorrer sobre o tema da aplicabilidade da lei de improbidade administrativa.

Diante das considerações acima, resta demonstrado que a norma objurgada, ao dispor sobre a abrangência do conceito de agente público, não violou o princípio do devido processo legal inscrito no artigo 5º, LIV³, da Constituição da República, tampouco feriu as normas de competência para julgamento de agentes políticos previstas nos artigos 52⁴, incisos I e II; 86⁵; 96⁶, inciso III; 102, inciso I, “c”⁷; 105⁸, inciso I, “a” e 108⁹, inciso I, “a”, todos da Carta Magna.

³ LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁴ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

⁵ Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

⁶ Art. 96. Compete privativamente:

III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

⁸ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

⁹ Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

ADI nº 4295 – Relator Min. Marco Aurélio



III – DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 8.429/92

Não merece prosperar a tese defendida pelo autor, no sentido de que o artigo 3º da lei de improbidade administrativa, ao “*imputar responsabilidade a quem não agiu sequer com culpa*” (fl. 10), teria agredido os princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV¹⁰, da CF) e do Estado Democrático de Direito (art. 1º¹¹ da CF).

Eis o teor do artigo 3º da Lei nº 8.429/92:

“Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

Nesse ponto, cumpre trazer à baila a lição de Waldo Fazzio Júnior¹², que, ao discorrer sobre o elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa, ensina que a subsunção do agente público às hipóteses da lei de improbidade administrativa reclama a presença de dolo ou culpa, *verbis*:

“A subsunção do agente às hipóteses da Lei nº 8.429/92 reclama a presença de dolo ou culpa. Sobre o vínculo subjetivo que liga o agente ao fato ilícito, Nelson Hungria (1959, p. 112) lembra que ‘somente com a averiguação in concreto desse nexó subjetivo se pode atribuir ao agente, para o efeito da

l - processar e julgar, originariamente:

a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

¹⁰ LIV –ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

¹¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

¹² Júnior, Waldo Fazzio. *Atos de Improbidade Administrativa . Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. São Paulo, 2007. Editora Atlas S.A. p. 80

ADI nº 4295 – Relator Min. Marco Aurélio



punibilidade, uma conduta objetivamente desconforme com a ordem ético-jurídica, ou reconhecer sua incidência no juízo de reprovação...

Estendendo esse fundamento penal para o plano dos atos de improbidade, para que se considere um ato como passível de sofrer sanções, não é suficiente a existência de conexão causal objetiva (entre a ação [ou omissão] e o resultado), nem sua subsunção típica (num artigo da LIA). É imprescindível a culpabilidade (culpa lato sensu) do agente público. Não se pune com fulcro em responsabilidade objetiva". (grifos apostos)

No caso em exame, **a norma hostilizada condiciona a aplicação da Lei nº 8.429/92 à presença de dolo ou culpa** na conduta do agente público ou daquele que, mesmo não o sendo, induza ou concorra para prática do ato de improbidade ou dele se beneficie direta ou indiretamente. Logo, não merece guarida a afirmação de que o dispositivo questionado ensejaria a punição do agente, tenha este agido com ou sem culpa.

Desse modo, verifica-se que a norma hostilizada não contrariou os artigos 1º e 5º, inciso LIV, da Lei Maior.

IV – DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 9º DA LEI Nº 8.429/92

Não procede a alegação de que o artigo 9º, *caput*, da Lei nº 8.429/92 teria violado as “*exigências de proporcionalidade (art. 1º e 5º, LIV, da CF) e de individualização de pena (art. 5º, XLVI¹³, da CF)*” (fl. 10), ao qualificar como improbidade o fato de alguém auferir, indistintamente,

¹³ X – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

ADI nº 4295 – Relator Min. Marco Aurélio

8



qualquer tipo de vantagem indevida, “*tornando tanto a de menor importância como a mais aviltante igualmente causas de imposição das graves penas de improbidade*” (fl. 10).

Confira-se o que dispõe o artigo 9º da lei de improbidade administrativa:

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

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

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

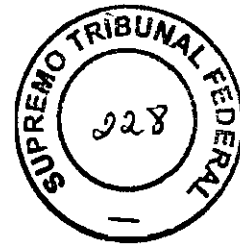
III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

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

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

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

ADI nº 4295 – Relator Min. Marco Aurélio



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

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

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

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

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

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

Waldo Fazzio Júnior¹⁴, ao abordar o tema da generalidade da norma acima transcrita, ensina:

“A generalidade exposta no caput do art. 9º se impõe, seguida da enumeração das condutas ímprobas mais significativas. Estas compõem a vitrine de parâmetros orientadores para os que deverão interpretar e aferir a responsabilidade do agente público por atos de improbidade que importam seu enriquecimento ilícito.

Se o elenco de incisos do art. 9º fosse exaustivo, qualquer outra atuação configuradora de enriquecimento ilícito, não contemplada nesse feixe de incisos, seria atípica.

Tem-se, então, que se a conduta do agente público ajustar-se aos termos do art. 9º, caput, da Lei nº 8.429/92, mesmo que não encontre identidade em qualquer um de seus incisos, ter-se-á por aperfeiçoado ato de improbidade administrativa, na modalidade enriquecimento ilícito.

Quando o caput do art. 9º usa o advérbio notadamente, para dar ingresso aos seus incisos, certamente está dizendo que a

¹⁴ Op. Cit. , p. 93



sequência comportamental desses incisos é mera enumeração, que nela não se esgota a matéria; que outros exemplos podem ocorrer, como efetivamente ocorrem. Notadamente, na Lei nº 8.429/92, significa principalmente, sobretudo etc., introduzindo a exemplificação.



A estratégia normativa adotada recomenda não dispersar as luzes da análise sobre a casuística representativa, mas centralizá-las no conceito representado. A configuração do enriquecimento ilícito deve circunscrever-se ao conceito do caput do art. 9º, em que se encontram aglutinados todos os seus elementos constitutivos.

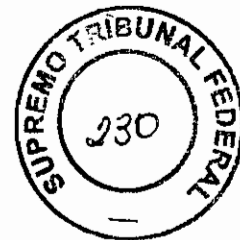
Em compensação, diante da insistência legal na enumeração, não há como fugir à rápida prospecção no interior dos incisos do art. 9º. Essa operação é útil, porque interpretações, a maior ou menor, do conteúdo desses tipos-derivados se prestam para subverter a leitura primordial do tipo fundamental, o do caput. Também se recomenda para o efeito de diferenciar os atos de enriquecimento ilícito dos atos que lesam o erário”.

Verifica-se, pois, que o *caput* da norma combatida está centrado no enriquecimento ilícito do agente público, ainda que a conduta deste não se amolde às hipóteses elencadas em seus incisos. Isso significa que os enunciados dos incisos do artigo 9º da Lei nº 8.429/92 são apenas exemplificativos, não esgotando a matéria, posto que outras hipóteses configuradoras de enriquecimento ilícito podem ocorrer.

Note-se, ademais, que a lesividade não é circunstância elementar do art. 9º, ou seja, não é integrante necessária do enriquecimento, conforme se verifica da classificação dos atos de improbidade administrativa, nas seguintes modalidades: a) atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); b) atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e c) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). Essa classificação evidencia não ser o dano aos cofres públicos elemento essencial das condutas ímprobadas descritas nos incisos dos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/92.

ADI nº 4295 – Relator Min. Marco Aurélio

 11 



Observe-se, ainda, que, à luz do princípio da proporcionalidade, as sanções poderão ser aplicadas cumulativamente, mas as situações concretas poderão recomendar a flexibilização das sanções. Será relevante, para tal juízo, a verificação de fatores diversos, como a valorização da personalidade do agente, sua vida pregressa na Administração Pública, o grau de participação no ilícito, a gravidade moral e material dos fatos, sua repercussão social e o concurso de ilícitos.

Ressalte-se, contudo, que o momento de incidência da proporcionalidade é a sentença. Isso significa que apenas ao juiz caberá, ao examinar o caso concreto, dizer da proporcionalidade das sanções.



Tem-se, assim, que no caso em exame não há violação aos art. 1º e 5º, incisos XLVI e LIV, da Constituição Federal, uma vez que todos os incisos do artigo 9º da Lei nº 8.429/92 contemplam hipóteses de enriquecimento ilícito, independentemente de sua maior ou menor lesividade, sendo certo, ainda, que todos os atos elencados como ímprobos são portadores de gravidade a justificar as sanções que lhes são impostas pela lei de improbidade administrativa.

V – DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 10 DA LEI Nº 8.429/ 92

Segundo o autor, o artigo 10 e seus incisos da Lei nº 8.429/92, teriam vulnerado os artigos 1º, inciso III¹⁵/; 5º, inciso LIV e 37, § 4º¹⁶, todos

¹⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III – a dignidade da pessoa humana;

ADI nº 4295 – Relator Min. Marco Aurélio

 12 



da Carta da República, porquanto consideram improbidade administrativa “*toda irregularidade formal, independentemente do grau de culpa do agente, da magnitude econômica do ato e das finalidades perseguidas*” (fl. 15).

Reza o artigo 10 da lei de improbidade administrativa:

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

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

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

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

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



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

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

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

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

¹⁶ § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

 13 





IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;
X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;
XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;
XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;
XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.
XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;
XV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.”

Em nota de rodapé, Emerson e Rogério Pacheco Alves¹⁷ transcrevem comentário de Wallace Martins Paiva acerca do artigo 10 e seus incisos da Lei nº 8.429/92, taxando de nulo os atos que infringem as normas proibitivas contidas implicitamente nos incisos do aludido dispositivo legal:

“Analisando o art. 10 da Lei nº 8.429/1992, Wallace Martins Paiva (Probidade Administrativa, p.205) averba que ‘a análise da lei mostra, sem sombra de dúvida, que o art. 10, caput, conceitua o prejuízo patrimonial, enquanto seus incisos indicam situações ilícitas em que a lesão é elementar e decorrente indissocialmente.’

Em verdade, sempre que o ato que infringe as normas proibitivas contidas implicitamente nos incisos do art. 10 tem-se a sua inadequação aos princípios regentes da atividade estatal. Por este motivo, o ato será nulo. Sendo nulo o ato, não pode o mesmo produzir efeitos, o que demonstra a sua lesividade sempre que tenha acarretado a diminuição do patrimônio público. Constatada a nulidade e a lesividade, deve ser o

¹⁷ Op. Cit. , p. 252

 14 



patrimônio público recomposto no status quo o que torna aplicável a sanção de ressarcimento integral do dano. Este entendimento alcançará todas as hipóteses de lesividade presumida previstas na legislação, acarretando a nulidade do ato e o dever de ressarcir.”

Afere-se da leitura da norma sob exame, que sua *ratio legis* é proteger o patrimônio (de natureza econômica ou não) das entidades mencionadas no artigo 1º da Lei nº 8.429/92, sujeitando o agente, cuja conduta se subsuma à tipologia legal, às sanções do artigo 12, II, do referido diploma legal. Para o ato atacado não importa a eventual vantagem obtida pelo agente público, mas o prejuízo causado ao erário.

Colhe-se, ainda, que a aplicação do normativo impugnado se restringe aos atos lesivos ao patrimônio público, quando estes forem gerados por ilegalidade, ou seja, quando o agente público livre e conscientemente rompe com a lei; quando concebe e admite o resultado danoso ao erário ou pelo menos negligencia na adoção dos meios legais para evitá-lo.

Ressalte-se que todas as condutas descritas nos incisos do artigo 10 da lei de improbidade administrativa são potencialmente lesivas ao patrimônio público e, desde que o agente tenha se pautado com o dolo ou culpa (leve, grave ou gravíssima), sofrerá as sanções cominadas no artigo 12, inciso II, da Lei nº 8.429/92, pois, conforme ensinam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹⁸, o agente público não possui salvo-conduto para “*dilapidar o patrimônio público com a prática de atos irresponsáveis e completamente dissociados da redobrada cautela que deve estar presente entre todos aqueles que administram o patrimônio alheio*”.

¹⁸ *Op. Cit.* 249

Consequentemente, tem-se que o artigo 10 e seus incisos da Lei nº 8.429/92 não contrariam os artigos 1º, inciso III; 5º, inciso LIV e 37, § 4º, todos da Carta da República.

VI – DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 11 DA LEI Nº 8.429/92

Alega o requerente que o artigo 11 da Lei nº 8.429/92 teria contrariado os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal, ao permitir que “qualquer irregularidade, por ínfima que seja, por culpa do agente ou mesmo sem culpa do agente, enseje a punição – em radical discrepância com o conceito constitucional de improbidade, que, a julgar mesmo pelas drásticas sanções previstas pelo constituinte, se destina a um comportamento particularmente perverso, odioso, frontalmente abjeto do ponto de vista ético” (fl. 20).

Dispõe o artigo 11 da Lei nº 8.429/92:

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

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

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

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

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

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

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida



política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.”

Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁹ entende que, como princípios, moralidade e probidade administrativas são sinônimos, uma vez que abarcam os valores de honestidade, lealdade, boa-fé e boa administração. Ressalta, contudo, que, quando se fala em **improbidade como ato ilícito**, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões improbidade e moralidade, porquanto aquela possui um sentido muito mais amplo e mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais.



Os atos elencados nos incisos 11 da Lei nº 8.429/92 **atentam contra os princípios da Administração Pública**, o que, de acordo com Eurico Bitencourt Neto²⁰, constitui novidade em nosso ordenamento jurídico, posto que até então o legislador sancionava, como improbidade administrativa, apenas os atos que geravam enriquecimento ilícito ou que causavam dano ao patrimônio público, *verbis*:

“A grande novidade da lei está em seu art. 11, quando atribui à violação de princípios a capacidade de configurar ato de improbidade administrativa. É tradição de nosso Direito, como já mencionado, a configuração de atos que geram enriquecimento ilícito ou que causam dano ao patrimônio público como improbidade administrativa, seguindo a idéia geral de imoralidade administrativa qualificada pela desonestidade.

O que a muitos causa admiração é o Direito consagrar, como improbidade, a ofensa pura e simples a princípio. O princípio – já se destacou em tópicos pregressos – é norma jurídica dotada

¹⁹ Pietro, Maria Sylvia Zanella : *Direito Administrativo*. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2003. P. 670

²⁰ Neto, Eurico Bitencourt: *Improbidade Administrativa e Violação de Princípios*. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2003

 17 



de especificidade; marcam-no o maior grau de abstração, a relativa indeterminabilidade, o que torna necessárias mediações concretizadoras (regras), no ato de aplicação.



Daí tem-se que o aplicador do Direito muitas vezes se vê em apuros, em vista da Lei n. 8.429/92, quando se depara com conduta violadora exclusivamente de princípio, especialmente em função de sua larga abstração. A legalidade – em seu sentido restrito – sempre foi, entre nós, verdadeiro dogma: se não há regra violada, não há Direito ofendido.

Esta concepção – já se demonstrou – encontra-se superada na teoria jurídica contemporânea. O sentido de Direito alargou-se; o princípio da juridicidade, com sua maior amplitude, sobrepõe-se à legalidade formalista. Já foi dito que violação de princípio é violação de Direito.

...
Em vista da amplitude da Lei nº 8.429/92, pode-se falar em conceito de improbidade administrativa que significa deslealdade, incúria contra o coração do sistema jurídico-administrativa. É violação dos valores fundamentais que presidem a atuação administrativa do Estado, albergados nos princípios que a sustentam. Pode-se, desse modo, dizer que a violação aos princípios da Administração Pública, intencionalmente, quando em jogo valores essenciais que formam a Moral administrativa. Improbidade administrativa, em especial a tratada no citado artigo, é conceito que se aproxima daquele mais amplo, o de moralidade administrativa.”

Registre-se, ainda, que a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa exige a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público, pois não é admitida a responsabilidade objetiva em face do atual sistema jurídico brasileiro, principalmente considerando a gravidade das sanções contidas na lei de improbidade administrativa. Portanto, **é indispensável a presença de conduta dolosa ou culposa do agente público ao praticar o ato de improbidade administrativa, especialmente aquele previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/92**, notadamente quando o ato tenha sido praticado mediante lesão aos princípios da Administração Pública.

ADI nº 4295 – Relator Min. Marco Aurélio

 18 





A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92 deve ser realizada *cum granu salis*, sem se perder de vista a gravidade das sanções e as restrições impostas ao agente público, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa.

Ademais, é consabido que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo e que a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

Tem-se, assim, que as condutas elencadas nos incisos do artigo 11 da Lei nº 8.429/92 não são meras irregularidade praticadas pelo agente público, com ou sem culpa, mas sim atos atentatórios aos princípios da Administração Pública, infringentes de valores fundamentais que presidem a atuação administrativa do Estado.

Acrescente-se, ainda, que a norma ora impugnada não incorreu em inconstitucionalidade ao adotar “tipos francamente abertos”. Nesse sentido, é a lição de Adauto Salvador Reis Facco, Carlos Alberto Hohmann Choinski, Guilherme Fereire de Barros Teixeira, Maria Lúcia Figueiredo Moreira e Paulo Ovídio dos Santos²¹, trazida à colação pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, às fls. 123. *verbis*:

²¹ *Promotores de Justiça do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção ao Patrimônio Público do Ministério Público do Paraná*

 19 



“Além disso, os diversos incisos do artigo 11 contêm previsão de condutas que, por serem expressas e definidas, descartam a necessidade de valoração em relação aos conceitos ‘francamente abertos’ indicados no caput do dispositivo, de modo que aquelas condutas guardam a reclamada precisão, clareza e densidade ‘suficiente para permitir a definição das posições juridicamente protegidas e o controle da legalidade da ação administrativa’.”

A propósito, Fábio Medina Osório²² ensina que os tipos do direito administrativo sancionador são, em regra, mais elásticos que os tipos penais, dada a utilização da dinâmica própria da esfera administrativa, de modo que a legalidade das infrações e das sanções seja composta, no mais das vezes, por conceitos altamente indeterminados e cláusulas gerais que outorgam amplos espaços à autoridade julgadora, resultando comum falar-se em normas em branco no campo do direito administrativo sancionatório.

À vista do exposto, não procede a alegação de que a norma hostilizada feriu os artigos 1º e 5º, inciso LIV, ambos da Constituição Federal.

VII – DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 12 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

De acordo com a tese defendida pelo requerente, o artigo 12 da Lei nº 8.429/92 teria afrontado o princípio da incomunicabilidade das

²² Osório, Fábio Medina: *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 205 e 206



punições, inscrito no artigo 5º. inciso XLV²³, da Constituição Federal, uma vez que “*não se pode tratar toda pessoa jurídica como culpada pela circunstância de ter entre os seus sócios alguém condenado por improbidade*” (fl. 25).

Reza o artigo 12 e seus incisos I, II e III, da Lei nº 8.429, *verbis*:

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

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

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

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

²³ XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bem ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;



Inicialmente, impende registrar que o ato de improbidade administrativa, embora possa ter consequências nas esferas criminal e administrativa, caracteriza um ilícito de natureza civil e política, uma vez que pode implicar suspensão dos direitos políticos, indisponibilidade dos bens e ressarcimento dos danos causados ao erário.

A ação civil de improbidade administrativa é o instrumento jurídico próprio para imposição das sanções do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, e as demais estipuladas na Lei nº 8.429/92.

De acordo com Waldo Fazzio Júnior²⁴, *“ao qualificar uma conduta denotadora de improbidade como tal, não se está fazendo direito penal, mas qualificação jurídica do fato”*.

A natureza civil da ação de improbidade administrativa advém de norma constitucional. Com efeito, o § 4º do artigo 37, em sua parte final, ao cunhar a expressão *“sem prejuízo da ação penal cabível”*, indiretamente diz que a ação, para a imposição das sanções que enumera, é civil.

Segundo o magistério de Maria Sylvia Zanella de Prieto²⁵, a natureza civil e política das medidas sancionatórias previstas na lei de improbidade administrativa é reforçada se se levar em conta que as referidas medidas alcançam particulares que não se enquadram no conceito de servidores ou de agentes públicos e sobre os quais a Administração Pública não pode exercer poder disciplinar.

²⁴ *Op. Cit.*, P. 207

²⁵ *Opus Cit.*, P. 679

22



Nesse passo, cumpre registrar que o princípio da personalização da pena, inscrito na primeira parte do artigo 5º, inciso XLV, da Carta Magna, e consubstanciado na expressão “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado*” tem, na lição de José Afonso da Silva²⁶, natureza de matéria penal, não se aplicando, por conseguinte, às sanções previstas na lei de improbidade administrativa, pois, conforme já explicitado, possuem natureza civil e política.

Registre-se, ademais, que, à luz da norma hostilizada, não só o ímprobo, como também as pessoas jurídicas de que faça parte como sócio majoritário, ou mesmo as pessoas, físicas ou jurídicas, que sejam interpostas entre ele e o benefício almejado, sofrerão os efeitos da sanção. Na primeira hipótese, tem-se uma nítida variante da desconsideração da personalidade jurídica, afastada a existência independente desta e, *ex vi legis*, presumida a utilização de sua personalização para contornar a restrição que acomete o ímprobo.

Nesse sentido, é a lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves²⁷:

“Note-se que o dispositivo legal não põe em dúvida a diferença de personalidade da sociedade e de seus sócios, mas visa a impedir a consumação de uma fraude manifesta. Ainda que o ímprobo seja sócio minoritário da sociedade, será possível a desconsideração da personalidade jurídica, o que exigirá prova de uma possível simulação, com a conseqüente demonstração de que aquele comanda a sociedade através de interpostas pessoas”.

²⁶ Silva, José Afonso da: *Comentário Contextual à Constituição*. Malheiros Editores. São Paulo. P. 142

²⁷ *Opus Cit.* P. 475



Cumprе observar, ainda, que o artigo 12 da Lei nº 8.429/92 estabelece a gradação de sanções, de modo a permitir ao julgador dosar o *quantum* da multa civil e o prazo da suspensão dos direitos políticos e da proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos ou benefícios fiscais e creditícios.



Não há dúvida, pois, de que a norma questionada está imbuída do intuito de que as sanções sejam fixadas levando-se em consideração a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente (art. 12, parágrafo único). Além disso, o julgador deverá valorar, também, a personalidade do agente, sua vida pregressa na Administração Pública, o grau de participação no ato ímprobo, seus reflexos e consequências.

Por conseguinte, é imperioso reconhecer que o dispositivo impugnado não contraria o artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal.

VIII – DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 13 DA LEI Nº 8.429/92

Argui o aludido partido político que o artigo 13 da lei de improbidade administrativa, por sua demasiada abrangência, teria intervindo *“sobre o direito à privacidade do agente e dos seus familiares sem respeito ao princípio da proporcionalidade, em desacordo com os postulados do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal – e em insulto ao princípio da dignidade da pessoa humana, dignidade de que o agente público não se demite ao ingressar no serviço público”* (fl. 27).

ADI nº 4295 – Relator Min. Marco Aurélio

 24 



Confira-se a redação do artigo 13 da lei de improbidade administrativa:

“Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.

§ 1º A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizado no País ou no exterior, e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.

§ 2º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.

§ 3º Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa.



§ 4º O declarante, a seu critério, poderá entregar cópia da declaração anual de bens apresentada à Delegacia da Receita Federal na conformidade da legislação do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza, com as necessárias atualizações, para suprir a exigência contida no caput e no § 2º deste artigo”.

Nesse ponto, releva consignar que a **moralidade** e a **publicidade** na condução da máquina administrativa foram erigidas em princípios constitucionais, conforme se verifica do *caput* do artigo 37 da Carta de 1988. *verbis*:

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

...”.

ADI nº 4295 – Relator Min. Marco Aurélio

 25 



O princípio da moralidade, consoante lição de Mário Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior²⁸, constitui exigência fundamental para a validade do comportamento do agente público no exercício da atividade estatal, *verbis*:



“A moralidade significa a ética da conduta administrativa: a pauta de valores morais a que a Administração Pública, segundo o corpo social, deve submeter-se para a consecução do interesse coletivo. Nessa pauta de valores insere-se o ideário vigente no grupo social sobre, v.g., honestidade, boa conduta, bons costumes, equidade e justiça. Em outras palavras, a decisão do agente público deve atender àquilo que a sociedade, em determinado momento, considera adequado, mormente aceito.

Em suma, o agente público, na prestação de atividade administrativa, tem o dever constitucional de se pautar pela ética, ou seja, sem violar a moral vigente na sociedade. E a esse dever corresponde o ‘direito público subjetivo de todo cidadão ao trato ético da coisa pública, ou seja, todo cidadão tem direito à administração honesta e moral’.”

A publicidade, por sua vez, constitui-se num princípio instrumentalizador dos controles externo e interno da gestão administrativa, sendo ainda requisito de eficácia dos atos administrativos.

O condicionamento da posse e exercício de agente público à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado tem por escopo resguardar os princípios da moralidade e da publicidade na esfera da Administração Pública, de modo a assegurar que a conduta do referido agente se pautar por esses princípios constitucionais norteadores da boa administração da coisa pública.

²⁸ Filho, Marino Pazzaglini, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior: *Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos na Defesa do Patrimônio Público*. São Paulo: Atlas, 1999, p.60

 26 



O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 2420²⁹, ajuizada em face de lei complementar estadual, cujo objeto constituía na obrigação do servidor apresentar documentos pessoais no ato de sua posse, reconheceu, apenas, hipótese de inconstitucionalidade formal por ofensa à reserva legislativa prevista no artigo 61, § 1º, inciso II, c³⁰, da Constituição Federal, não vislumbrando mácula decorrente de tal exigência normativa. Veja-se a ementa adiante colacionada:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 191/00, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. DOCUMENTOS DE APRESENTAÇÃO OBRIGATÓRIA NA POSSE DE NOVOS SERVIDORES. MATÉRIA RELATIVA AO PROVIMENTO DE CARGO PÚBLICO. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR. OFENSA AO ART. 61, § 1º, II, C DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O art. 61, § 1º, II, c da Constituição Federal prevê a iniciativa privativa do Chefe do Executivo na elaboração de leis que disponham sobre servidores públicos, regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria. Por outro lado, é pacífico o entendimento de que as regras básicas do processo legislativo da União são de observância obrigatória pelos Estados, ‘por sua implicação com o princípio fundamental da separação e independência dos Poderes’. Precedente: ADI 774, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 26.02.99. 2. A posse, matéria de que tratou o Diploma impugnado, complementa e completa, juntamente com a entrada no exercício, o provimento de cargo público iniciado com a nomeação do candidato aprovado em concurso. É, portanto, matéria claramente prevista no art. 61, § 1º, II, c da Carta Magna, cuja reserva legislativa foi inegavelmente desrespeitada. 3. Ação direta cujo pedido se julga procedente.” (grifos apostos)

²⁹ ADI 2420/ES, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ de 08.04.2005.

³⁰ Art. 61...

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II – disponham sobre:

c) servidores públicos da União e territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria.



Tem-se, assim, que o disposto no artigo 13 da lei de improbidade administrativa não atenta contra o direito à privacidade, os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, tampouco viola os postulados do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal.

IX – DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 15 DA LEI Nº 8.429/92

Argumenta o autor que o artigo 15 do diploma hostilizado teria gerado atrito entre os Poderes (art. 2º³¹ da CF), ao permitir que “o Ministério Público e as Cortes de Conta integrem o procedimento que corre no âmbito do Poder Executivo, a requerimento dessas entidades – vale dizer, em linguagem técnica, que o Ministério Público e os órgão de controle externo podem se impor ao órgão da administração em que corre a investigação de improbidade, mesmo nos primeiros momentos do procedimento administrativo aberto para ainda apurar a existência e a autoria de ato de improbidade” (fl. 28).

Reza o artigo 15 da Lei nº 8.429/92:

“Art. 15. A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade.”

³¹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.



Parágrafo único. O Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.”

Releva assinalar que a Constituição Federal disciplina as diferentes funções estatais, de forma que cada uma exerça suas próprias atribuições e obedeça a esfera das demais.



Não obstante a independência entre as funções executiva, legislativa e judiciária, nenhuma delas subsiste sem harmonia e colaboração mútuas.

Nesse sentido, cumpre trazer à colação o magistério de Guizot, citado por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves³², de acordo com o qual *“a virtude e a bondade do sistema consistem precisamente na dependência mútua dos poderes e nos esforços que ela lhes impõe para chegarem à unidade, não havendo dependência mútua senão entre poderes investidos de uma forte independência e bastante fortes para mantê-la”*.

Consequentemente, não se vislumbra, no caso em exame, obstáculo à participação do Ministério Público e do Tribunal ou do Conselho de Contas, mediante designação de representantes, em procedimento administrativo instaurado pelo Poder Executivo, visando identificar e coibir atos de improbidade administrativa.

Com efeito, o princípio da divisão dos Poderes não pode ser erigido à categoria de óbice intransponível à aferição da integral subsunção

³² *Opus Cit. P 126*

 29 



dos atos do Poder Público aos princípios constantes do artigo 37 da Carta República.

Em assim sendo, também não merece prosperar a alegada violação ao artigo 2º da Lei Maior.



X – DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 17, § 3º, DA LEI Nº 8.429/92

Defende o autor a inconstitucionalidade do artigo 17, *caput*, e seu § 3º, da Lei nº 8.429/92, ao argumento de que o mencionado dispositivo teria ferido a independência do Ministério Público (CF: art. 127, § 1º³³), na medida em que teria imposto ao órgão ministerial a propositura de uma ação que “o *parquet* haja entendido, com o amadurecimento do conhecimento dos fatos, como imprópria” (fl. 28).

Nessa linha de raciocínio, o § 3º do artigo 17 do diploma legal em exame teria violado o artigo 2º da Carta da República, ao criar “*esdrúxula hipótese de litisconsórcio ativo necessário, impondo ao Executivo que atue como autor, coadjuvante do parquet, independentemente da sua convicção sobre o caso, apenas porque o Ministério Público propôs a ação*” (fl. 29).

Primeiramente, cumpre registrar que o § 3º do artigo 17 da lei de improbidade administrativa teve sua redação alterada pela Lei nº 9.366, de

³³ § 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

 30 



1996, não mais subsistindo a originária redação³⁴ a que se referiu o autor na petição inicial.

Eis a nova redação do § 3º do artigo 17 da Lei nº 8.429/92:

“Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º³⁵ do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.”



Não se pode olvidar que a concessão de medida cautelar constitui indicativo de que o juízo processante vislumbrou, na espécie, a presença do *fumus boni iuri e do periculum in mora*. Por conseguinte, o Ministério Público, ao propor a ação principal a que se refere o *caput* do aludido artigo 17, não o faz aleatoriamente sem prévio conhecimento dos fatos, porquanto já dispõe de elementos concretos acerca da existência de atos atentatórios ao patrimônio e ao erário públicos.

Por conseguinte, a norma impugnada, ao dispor sobre o ajuizamento da ação principal dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar, não feriu a independência do órgão ministerial, uma vez que se

³⁴ § 3º. No caso da ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada integrará a lide na qualidade de litisconsorte, devendo suprir as omissões e falhas da inicial e apresentar ou indicar os meios de prova de que disponha

³⁵ Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

§ 3º A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

 31 



limitou a reproduzir o comando do artigo 806 do Código de Processo Civil, *verbis*:

“Art. 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório.”

Imperioso ressaltar que a legitimidade do Ministério Público, contemplada no prefalado artigo 17, tem fundamento nos artigos 127, *caput* e 129, III, ambos da Constituição Federal, *verbis*:

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

...

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

...



III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

...”.

Da missão constitucional sintetizada no artigo 127 da Carta Política é possível extrair, independentemente de qualquer previsão específica, tal como positivado na parte final do artigo 129, III, da Constituição Federal, a legitimação do Ministério Público para a defesa do patrimônio público, pilar da ordem jurídica democrática e interesse social de inegável envergadura.

Esclareça-se, ainda, que o § 3º do artigo 17 da Lei Geral de Improbidade Administrativa não criou “*esdrúxula hipótese de litisconsórcio ativo necessário*”, porquanto, ao contrário do que afirma o autor, não impôs ao

ADI nº 4295 – Relator Min. Marco Aurélio

 32 



Executivo atuar obrigatoriamente no pólo ativo da ação, independentemente de sua convicção.

Em verdade, a norma hostilizada estabelece que *“no caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 717, de 29-6-65”*. Isso significa que, do mesmo modo que na ação popular, a pessoa jurídica interessada tem as alternativas de abster-se de contestar o pedido ou atuar ao lado do *parquet*, como litisconsorte, *“desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”*.



Portanto, não se vislumbra, na espécie, a alegada violação aos artigos 2º e 127, § 1º, ambos da Constituição Federal.

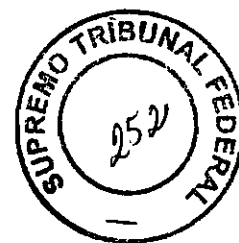
XI – DA CONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 20 DA LEI Nº 8.429/92

Na visão do requerente, o parágrafo único do artigo 20 da Lei nº 8.429/92 teria vulnerado o princípio constitucional do Estado Democrático de Direito, uma vez que não discrimina *“os casos em que a instrução processual justifica o afastamento do agente público”* (fl. 30), deixando margem à prática de arbitrariedades.

Eis o teor do questionado artigo 20 da lei de improbidade administrativa:

ADI nº 4295 - Relator Min. Marco Aurélio

 33 



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

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

Cumpra esclarecer que de acordo com abalizada doutrina, o afastamento do agente público, sem prejuízo da remuneração, previsto na norma em exame, tem, no processo administrativo, o escopo de evitar que o acusado de improbidade, em razão do cargo ou função que exerce, prejudique a apuração de irregularidade; enquanto que o afastamento determinado por ordem judicial decorre do exercício do poder geral de cautela do juiz.

Nesse sentido, é o entendimento de Waldo Fazzio Júnior³⁶:

*“Com certeza, se, por qualquer forma, o agente público laborar no sentido de prejudicar a instrução probatória ou, até mesmo, encetar a prática de atos que colocam em risco a eventual aplicação das sanções da Lei 8.429/92, seu afastamento poderá ser determinado pelo juiz ou pela autoridade administrativa. **O fundamento é a necessidade do processo.***

O afastamento do agente público em caso de processo administrativo encontra previsão no artigo 147 da Lei nº 8.112/90, a fim de que o servidor não venha a influir na apuração de irregularidade. O afastamento pode ser determinado por ordem judicial, em decorrência do exercício do poder geral de cautela do juiz, se a permanência do agente no exercício de suas funções pode prejudicar o desenvolvimento dos processos administrativo e judicial.

Trata-se de medida pertinente quando o agente público, acusado de improbidade administrativa, pode, em razão da posição administrativa que ocupa, adotar atitudes prejudiciais à instrução, p. ex., fazendo desaparecer documentos ou destruindo

³⁶ *Opus Cit. P. 283 e 284*

34



outras provas, intimando testemunhas, enfim, transtornando a regular colheita de prova”.

Tem-se, assim, que somente a existência de risco para o regular desenvolvimento da apuração, decorrente da presença do investigado no processo administrativo, justificaria o seu afastamento cautelar.

Portanto, não há falar em adoção de critérios arbitrários na medida administrativa ou judicial que afasta o agente público, sem prejuízo de sua remuneração, se a referida medida está amparada na necessidade do bom andamento da instrução processual.

À vista do exposto, resta prejudicada a alegada violação ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º da Carta Magna.

XII – DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 21, INCISO I, DA LEI Nº 8.429/92

De acordo com o Partido da Mobilização Nacional, o artigo 21, inciso I, da lei de improbidade administrativa teria vulnerado o princípio do devido processo legal, uma vez que a dispensa da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público não condiz com a noção de improbidade de que trata o § 4º do artigo 37 da Constituição Federal.

Estabelece o artigo 21, inciso I, da Lei nº 8.429/92:

ADI nº 4295 – Relator Min. Marco Aurélio

35



“Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:
I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público;
...”.

É importante assinalar que a objetividade jurídica tutelada pela lei de improbidade administrativa não se encontra delimitada pela concepção de patrimônio público. Isso significa que a presença do dano não é essencial para a configuração de todos os atos imputados de ímprobos.



Em análise do dispositivo legal supra, assim se manifestaram Emerson Garcia e Rogério Alves³⁷, *verbis*:

“À luz da sistemática adotada pela Lei de Improbidade, tal dispositivo seria plenamente dispensável, pois, como deflui da própria tipologia legal, a presença do dano não é da essência de todos os atos que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º) ou que atentem contra os princípios regentes da atividade estatal (art. 11). Essa constatação é robustecida pelos feixes de sanções cominados a tais ilícitos, sendo claros os incisos I e III do art. 12 ao falarem em ressarcimento integral do dano, quando houver, o que demonstra de forma indubitosa a dispensabilidade deste.

De qualquer modo, a previsão normativa é justificável, pois a objetividade jurídica tutelada pela Lei de Improbidade não se encontra delimitada pela concepção de patrimônio público, possuindo amplitude condizente com os valores constitucionais que informam a atividade estatal, garantindo a sua credibilidade.

Observe-se, no entanto, que o disposto no art. 21, I, deve ser interpretado em harmonia com os demais preceitos da Lei de Improbidade, em especial o art. 10, já que para a subsunção de determinada conduta às figuras previstas neste dispositivo é imprescindível a ocorrência de dano ao patrimônio

³⁷ *Opus Cit.* P. 264

 36 



público, o que, por evidente, não poderia ser dispensado por aquele.”

Marcelo Figueiredo, citado por Maria Sylvia Zanella di Pietro³⁸, esclarece que a lei de improbidade administrativa não se limita a punir o dano material à Administração, mas também sancionar a prática de atos que, embora não resultem em prejuízo econômico-financeiro, importem violação à moralidade administrativa, *verbis*:

“Entendemos que se pretendeu afirmar que a lei pune não somente o dano material à administração, como também qualquer juízo no sentido econômico. De fato, pretende a lei, em seu conjunto, punir os agentes ímprobos, vedar comportamentos e práticas usuais de ‘corrupção’ (sentido leigo). Muitas dessas práticas revertem em benefício do agente e nem sempre causam prejuízo ‘econômico-financeiro’ à Administração. O dispositivo, ainda, ao não exigir ‘a efetiva ocorrência de dano ao patrimônio’, pode levar o intérprete a imaginar que o juiz será obrigado a aplicar sanções da lei independentemente de dano. Não parece a melhor exegese, como vimos. Já desenvolvemos alhures a idéia de que o Judiciário é cometida a ampla análise da conduta do agente. Assim, poderá, ao aplicar a pena, dosá-la em função do prejuízo causado ao erário. Nota-se que, ausente qualquer tipo de prejuízo, mesmo moral, seria um verdadeiro ‘nonsense’ punir-se o agente.”

Como bem acentua Waldo Fazzio Júnior, com a edição da Lei nº 8.429/92, “*diploma legal concretizador do programa explicitado no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, se tornou possível alcançar gama mais expressiva de ilicitudes cometidas por agentes públicos, bem como a imposição de sanções mais enérgicas, no sentido de que disponibilizam alternativas dotadas de potencial mais consistente*”.

³⁸ *Opus. Cit. P. 688*



Nessa linha de raciocínio, infere-se que o artigo 21, inciso I, da Lei de Improbidade, ao dispor que a ocorrência de dano ao patrimônio não é essencial à aplicação das sanções previstas no aludido diploma legal, está em consonância com o § 4º³⁹ do artigo 37 da Constituição Federal, uma vez que muitos dos atos tipificados como de improbidade não resultam em prejuízo econômico-financeiro à Administração, embora se apresentem contrários aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência inscritos no artigo 37 da Constituição Federal.

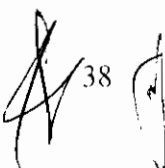
Dito isso, não merece prosperar a alegada violação ao princípio do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CF) e ao § 4º do artigo 37 da Lei Fundamental.

XIII – DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 22 DA LEI Nº 8.429/92

Manifesta o autor, também, sua irresignação no tocante ao disposto no artigo 22 da Lei nº 8.429/92, ao argumento de que o referido dispositivo, ao prevê hipótese de intervenção do Ministério Público no âmbito da Administração federal, teria ofendido o princípio da independência e harmonia entre os poderes, consubstanciado no artigo 2º da Constituição Federal.

Reza o artigo 22 da lei de improbidade administrativa:

³⁹ § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal

 38



“Art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.”

Nesse ponto, é importante esclarecer que a apuração do ato de improbidade administrativa pode ocorrer tanto no âmbito da Administração Pública, mediante processo administrativo, quanto na esfera do Ministério Público, com a instauração do inquérito civil.

Um procedimento não exclui o outro, sendo comum acontecer de os esforços empreendidos por ambas as esferas se complementarem na obtenção de um resultado mais satisfatório.

Com bem observa Waldo Fazzio Júnior, um procedimento não impede a instauração do outro e, logicamente, não dá margem à configuração de ofensa ao princípio da independência e harmonia entre os poderes:

*“Um procedimento não impede a eclosão do outro, e é comum se complementem, na medida em que autoridades administrativas e agentes ministeriais conjugam esforços, no sentido de um resultado satisfatório, seja para o ajuizamento da ação civil de improbidade, seja para o arquivamento dos autos de investigação. **A apuração na esfera da Administração não inibe a instauração do inquérito civil ou policial, pelo Ministério Público.***

Não se invadem, aqui, os meandros do processo administrativo, dado que aludida matéria tem sede mais confortável nos compêndios de Direito Administrativo e, ainda mais, porque, em sede de atos de improbidade administrativa, há uma ampliação do horizonte investigativo, envolvendo ilícitos civis e efeitos políticos.”. (grifos apostos)

ADI nº 4295 – Relator Min. Marco Aurélio



Em verdade, o Ministério Público, ao requisitar a instauração de inquérito mediante requerimento da autoridade administrativa, não está invadindo a esfera da Administração Pública, mas sim exercitando sua função institucional prevista no inciso VIII do artigo 129 da Constituição Federal:

“Artigo 129. São funções institucionais do Ministério Público:

...

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

...” (grifos nossos)

A requisição de instauração de processo administrativo pelo Ministério Público também não fere o princípio da independência e harmonia entre os poderes, porquanto, ao fazê-lo, o *parquet* está, apenas, colaborando com a Administração Pública no sentido de assegurar o cumprimento dos princípios constitucionais previstos no artigo 37, *caput*, da Carta da República:

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

...”.

Por conseguinte, não se afigura, na espécie, a alegada violação ao artigo 2º da Lei Fundamental.

ADI nº 4295 – Relator Min. Marco Aurélio



XIV – DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 23, II, DA LEI Nº 8.429/92

Por derradeiro, afirma que o artigo 23, II, da Lei nº 8.429/92 teria violado o artigo 5º, XLVI⁴⁰, da Lei Maior, porquanto estabelece prazo prescricional “*com excessivo rigor e desprezo para o princípio da proporcionalidade*” (fl. 31), em manifesta discrepância com a garantia da individualização da pena.

Reza o artigo 23, II, da lei de improbidade administrativa:

“Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

...

II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.”

A norma atacada não fere o inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal, uma vez este permissivo legal, ao dispor que a lei regulará a individualização da pena, tem seu âmbito de incidência restrito à esfera do Direito Penal, não se aplicando, portanto, às sanções previstas na lei de improbidade administrativa.

⁴⁰ Art. 5º...

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) Privação ou restrição da liberdade;*
- b) Perda de bens;*
- c) Multa;*
- d) Prestação social alternativa;*
- e) Suspensão ou interdição de direitos .*



Ademais, o prazo prescricional previsto na norma impugnada deve amoldar-se ao princípio que rege a prescritibilidade dos ilícitos administrativos, não desbordando do princípio da proporcionalidade.

Ao discorrer sobre o princípio da prescritibilidade dos ilícitos administrativos, ensina José Afonso da Silva⁴¹:

“A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direitos, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de Direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração. Quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especificamente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providências para sua apuração e responsabilização do agente, sua inércia gera a perda do seu ius persecuendi. É o princípio que consta do artigo 37, § 5º, que dispõe: ‘A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao Erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento’. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito; não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização do prejuízo causado ao Erário. É uma ressalva constitucional – e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (domientibus non succurrit ius). Deu-se, assim, à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade, na hipótese considerada.”

À vista das considerações acima, restam afastadas as alegadas violações ao artigo 5º, inciso XLVI, da Lei Maior, e ao princípio da proporcionalidade.

⁴¹ *Opus cit.* p.348 e 349

42

XV – CONCLUSÃO



Ante o exposto, manifesta-se o Advogado-Geral da União pela improcedência do pedido, com o reconhecimento da constitucionalidade dos artigos 2º; 3º; 9º; 10; 11; 12, incisos I, II e III; 13 e seus §§; 15; 17, § 3º; 20, parágrafo único; 21, inciso I; 22 e 23, inciso II, todos da Lei nº 8.429/92.

São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer, nos termos do artigo 103, § 3º, da Constituição Federal, cuja juntada aos autos ora se requer.

Brasília, 09 de novembro de 2009.

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS
Advogado-Geral da União

GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Secretária-Geral de Contencioso

GERARDO WILAMES FONSECA E SILVA
Procurador Federal