

FELIPE DUDIENAS DOMINGUES PEREIRA

O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Administrativo, sob a orientação do Prof. Dr. José Roberto Pimenta Oliveira.

SÃO PAULO

2018

BANCA EXAMINADORA

Ao meu pai, Elcio Domingues Pereira, meu maior incentivador, que me mostrou o horizonte, incentivando-me a voar mais alto e a alcançar o que jamais cogitei ser capaz.

À minha mãe, Christina Dudienas, que sempre foi meu ponto de equilíbrio, fonte de amor, paciência e renovação de minhas energias e esperanças nos momentos de exaustão.

À minha irmã, Raíssa, por todo carinho, cumplicidade e pela calorosa torcida.

À minha avó, Norberta Mônica Dudienas (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Elcio Domingues Pereira e Christina Dudienas, pelo exemplo de dignidade e perseverança, pelo apoio incondicional, pela confiança na minha capacidade e pela sólida formação que me proporcionaram a continuidade dos estudos e, por conseguinte, a conclusão deste trabalho.

Ao meu orientador, Professor Doutor José Roberto Pimenta Oliveira, pela dedicação e paciência ao longo do desenvolvimento deste estudo.

Aos Professores Doutores Maurício Zockun e Ricardo Marcondes Martins, pelas valiosas contribuições oferecidas durante a banca de qualificação e que foram de grande valia à conclusão deste trabalho.

À Carolina Bisson de Souza, minha namorada, que esteve ao meu lado desde os primeiros passos dessa longa caminhada, pelo carinho e apoio incondicionais em todos os momentos.

Aos meus amigos, pela coragem que me transmitiram nessa jornada e por toda a compreensão e apoio, mesmo em meus momentos de ausência.

Aos meus colegas de Mestrado da PUC-SP, pelo incentivo, pela troca de conhecimentos e aprendizado ao longo do curso.

À Isa e à Marcela Maracaípe, pela hospitalidade acolhedora nas inúmeras vezes que precisei viajar a São Paulo para cumprir as atividades acadêmicas.

“Com a corrupção morre o corpo, com a impiedade morre a alma.”

(SANTO AGOSTINHO)

RESUMO

Este trabalho tem por escopo analisar a Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI), instrumento de relevante utilidade à Administração Pública no combate e prevenção à corrupção. Para tanto, enfoca especialmente os conceitos de moralidade e de improbidade, bem como apresenta o cenário em que se desenvolveu o arcabouço jurídico nacional, pautado pelas ideias concebidas em Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário. A LCI é um exemplo. Adveio de compromissos firmados pelo Brasil em tratados internacionais à colaboração e combate à corrupção e ampliou o rol de atos tipificados como ilícitos funcionais na Lei nº 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), inserindo condutas caracterizadoras como conflitantes entre os interesses privados do agente público e aqueles da Administração Pública, em específico, o órgão a que ele integra, como atos de improbidade administrativa. O estudo demonstra que a prevenção e a repressão ao conflito de interesses são formas de o direito objetivar as exigências de moralidade modeladas na Constituição Federal, na vertente fundamental de impor lealdade no exercício da função pública, valor que somente se viabiliza quando essa função é movimentada exclusivamente pelo exercício da atividade de agentes públicos norteados e comprometidos com a realização exclusiva dos interesses públicos, cuja guarda e tutela o Direito lhes assinala.

Palavras-chave: Conflito de Interesses, Atos de Improbidade Administrativa. Moralidade Administrativa. Agentes Públicos.

ABSTRACT

The present thesis aims at analyzing the regulatory treatment of the conflict of interests as an act of administrative improbity, for the specific purpose of Article 37, Paragraph 4, of the 1988's Brazilian Constitution. The requirement for a systematic discipline on conflict of interests within the sphere of corruption prevention and enforcement actions emerges with the Inter-American Convention Against Corruption (Decree No. 4,410 of 7 October 2002), which emphasizes the duty of each State to create, maintain and strengthen codes of conduct for the correct, honorable, and proper performance of public functions to prevent conflicts of interests, so as to maintain confidence in the integrity of employees in both direct and indirect Public Administration as well as in the public management. The International Convention Against Corruption (Decree No. 5,687 of 31 January 2016), in its turn, also highlights the legal discipline of the conflicts of interests, which sets forth that each State Party, according to the principles of its internal legislation, shall adopt systems capable of promoting transparency, as well as preventing conflicts of interests, or capable of maintaining and strengthening such systems. The Brazilian Federal Union's legislative and institutional response to these international commitments was formalized under the Conflict of Interests Law (Federal Law No. 12,813 of 16 May 2013). This thesis, therefore, provides an analysis of the aforementioned legal order underneath the aegis of the constitutional systematization of the liability of public officers under Brazilian Law, with the main purpose of contributing to the interpretation and application of legal arrangements as relevant supervisory instruments of the administrative probity.

Keywords: Conflicts of Interests. Acts of Administrative Improbity. Administrative Morality. Public Officers.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	15
1.1 Moral e Direito.....	15
1.2 Moralidade administrativa.....	19
1.3 Moralidade administrativa e sua autonomia.....	26
1.4 Moralidade administrativa e probidade administrativa.....	33
2 DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	36
2.1 Noção geral.....	36
2.2 Autonomia constitucional da Lei no 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA).....	40
2.3 Das modalidades de improbidade administrativa.....	46
2.3.1 Dos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito.....	51
2.3.2 Dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário.....	55
2.3.3 Dos atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.....	58
2.3.4 Dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública.....	61
2.4 Do quadro normativo de combate à improbidade administrativa.....	67
3 DO CONFLITO DE INTERESSES.....	81
3.1 Conceito.....	81
3.2 Do conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego público.....	87
3.3 Do conflito de interesses decorrente da divulgação ou utilização da informação privilegiada.....	88

3.4 Do conflito de interesses em razão da prestação de serviços ou da manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público.....	91
3.5 Do conflito de interesses decorrente do exercício de atividade incompatível com as atribuições do agente público.....	93
3.6 Do conflito de interesses em razão da atuação do agente público em atendimento a interesses privados perante órgãos da Administração Pública.....	95
3.7 Do conflito de interesses decorrente da prática de ato que beneficie pessoa jurídica de que participe agente público ou parentes.....	97
3.8 Do conflito de interesses em razão do recebimento de presentes.....	99
3.9 Do conflito de interesses decorrente da prestação de serviços à pessoa jurídica fiscalizada pelo agente público.....	102
3.10 Do conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego público.....	103
3.11 Do conflito de interesses decorrente da divulgação ou utilização de informação privilegiada a qualquer tempo.....	105
3.11.1 Do período de quarentena de seis meses.....	106
3.12 Do conflito de interesses em razão da prestação de serviços com quem o agente público tenha estabelecido relacionamento durante o exercício da função pública.....	108
3.13 Do conflito de interesses decorrente da aceitação de cargo de administrador ou conselheiro ou do estabelecimento de vínculo profissional com pessoa física ou jurídica que desenvolva atividade relacionada à função pública exercida.....	110
3.14 Do conflito de interesses em razão da celebração de contratos de serviço, consultoria, assessoramento ou atividades similares vinculados ao órgão em que tenha exercido função pública.....	111
3.15 Do conflito de interesses decorrente da intervenção de interesse privado perante órgão que tenha ocupado cargo ou emprego.....	113
3.16 Do processo administrativo de consulta.....	115
3.17 Do processo administrativo de monitoramento permanente de prevenção.....	116

3.18 Dos elementos subjetivos do dolo e da culpa à configuração do conflito de interesses como ato de improbidade administrativa.....	119
3.19 Da aplicação da Lei de Conflito de Interesses nas esferas municipal, estadual e distrital.....	124
3.20 Da conciliação em ação de improbidade administrativa decorrente do conflito de interesses.....	128
3.20.1 A colaboração premiada e a improbidade administrativa.....	130
3.20.2 O acordo de leniência e a improbidade.....	133
3.20.3 O Termo de Ajustamento de Conduta e a improbidade.....	135
3.20.4 Da não vinculação do Ministério Público aos pareceres dos órgãos de fiscalização e avaliação do conflito de interesses.....	140
3.21 Das causas e efeitos do ato de improbidade administrativa.....	146
CONCLUSÃO.....	149
REFERÊNCIAS.....	155

INTRODUÇÃO

A Convenção Interamericana contra a Corrupção, Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, deu origem à disciplina sistemática do conflito de interesses na esfera da atuação preventiva e repressiva à corrupção ao estabelecer, no artigo III, o dever de criar, manter e fortalecer “normas de conduta para o desempenho correto, honrado e adequado das funções públicas” com a finalidade de “prevenir o conflito de interesses” e, por consequência, “preservar a confiança na integridade dos funcionários públicos e na gestão pública”.

Por sua vez, a Convenção Internacional contra a Corrupção, Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, também destacou a disciplina legal do conflito de interesses ao definir, no artigo 7º, que cada Estado Parte, em consonância com os princípios de sua legislação interna, procurará adotar sistemas que promovam a transparência e previnam o conflito de interesses, bem como mantenham e fortaleçam esses sistemas.

Assim, em atendimento aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil no combate à corrupção, foi promulgada a Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, denominada Lei de Conflito de Interesses (LCI), a qual dispõe especificamente acerca do conflito de interesses no exercício do cargo ou emprego do Poder Executivo federal, bem como sobre impedimentos que ocorram posteriormente ao exercício do cargo ou emprego.

O referido texto normativo ampliou o rol de condutas tipificadas como atos de improbidade administrativa e dispõe que o agente público que praticar os atos previstos nos artigos 5º e 6º da Lei de Conflito de Interesses (LCI) incorrerá em improbidade administrativa e estará sujeito às sanções tipificadas na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Implementar uma legislação específica sobre conflito de interesses no âmbito do sistema de punição de atos de improbidade administrativa constituiu fator de aperfeiçoamento da tutela dispensada à moralidade administrativa, em reforço à plena efetividade dos princípios constitucionais que devem balizar a ação de agentes públicos.

A prevenção e a repressão ao conflito de interesses são formas de o direito objetivar as exigências de moralidade modeladas na Constituição Federal Brasileira, de 5 de outubro de 1988, na vertente fundamental de impor lealdade no exercício da função pública, valor que

somente se viabiliza quando essa função é movimentada exclusivamente pelo exercício da atividade de agentes públicos norteados e comprometidos com a realização exclusiva dos interesses públicos, cuja guarda e tutela o direito lhes assinala.

O trabalho analisa a importância dos deveres gerais dos funcionários públicos, com destaque para o dever de fidelidade em face de sua importância, por compreender todos os demais deveres e anteceder ao próprio exercício do cargo.

A impessoalidade exigida do administrador público – igualmente consagrada como princípio constitucional da Administração Pública – implica um mandamento de imparcialidade, que, por seu turno, desdobra-se na imposição de exclusividade.

Com efeito, a exclusividade é vista, sob o primeiro prisma, como vedação a atendimento de outros interesses (públicos ou privados) que não estejam cristalizados na regra de competência; sob o segundo prisma, a exclusividade surge como elemento essencial no exercício da função pública, impondo limites ao acúmulo dessa modalidade de função e ao desempenho de atividades privadas em concomitância com o desempenho de funções públicas, a legitimar incompatibilidades e proibições.

Como o tema da prevenção à corrupção tornou-se objeto de política pública específica de Estado, com a internalização de Convenções Internacionais contra a Corrupção, identifica-se a premente necessidade de um tratamento, não apenas específico, mas sobretudo sistemático, do conflito de interesses, visando atender aos compromissos internacionais. Em rigor, a existência dessa legislação sistemática na matéria é exigência da própria Constituição Federal Brasileira, na exata medida do tratamento constitucional conferido à tutela da moralidade, probidade, impessoalidade, lealdade e eficiência no campo da gestão pública.

O presente estudo propõe-se, assim, a analisar a Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI), sob a égide do sistema constitucional da responsabilidade dos agentes públicos a fim de contribuir para a interpretação e aplicação dos dispositivos legais essenciais à tutela da probidade administrativa.

Elaborado mediante pesquisas bibliográficas e análise da legislação pertinente, tem por objetivo específico o aprofundamento da análise das situações que geram o conflito de interesses e o acesso a informações privilegiadas no âmbito da Administração Pública no exercício do cargo ou emprego e os impedimentos posteriores à exoneração do agente público

da atividade funcional, bem como o exame minucioso da abrangência do texto normativo, dos instrumentos de prevenção e de fiscalização do conflito de interesses e da competência institucionais da Controladoria-Geral da União e da Comissão de Ética Pública.

Para tanto, esta tese está estruturada em três capítulos. No primeiro deles, são analisados os conceitos de Moral e Direito, suas diferenças, semelhanças e pontos em que ambos se imbricam na medida em que a moral comum é inserida no ordenamento jurídico por meio da atuação do Estado, alcançando-se, assim, a moralidade administrativa. Ainda no capítulo um, examina-se a moralidade como pressuposto de existência do ato administrativo, visto que a moralidade administrativa consiste em um *standard* comportamental do agente público no exercício da atividade funcional. Nesse capítulo inaugural também é analisada a autonomia da moralidade administrativa em relação aos demais princípios reitores da Administração Pública, em específico, o Princípio Constitucional da Legalidade. Por fim, coteja-se a imbricação do Princípio da Moralidade Administrativa com a probidade administrativa com o propósito de desvelar a relevância de se tutelar esse valor pelo agente público no exercício de sua atividade funcional.

O capítulo seguinte traça o contexto da legislação que rege a matéria da improbidade administrativa, desde a Constituição Federal de 1934 até a origem da Lei de Conflito de Interesses de 2013, objeto desta dissertação. Para tanto, analisa a autonomia do regime jurídico da improbidade administrativa em relação às demais esferas sancionatórias aplicáveis aos atos infracionais praticados por agentes públicos, bem como aborda as características essenciais de cada tipo de ato de improbidade administrativa, suas *nuances* e sanções aplicáveis aos agentes ímprobos, como, *v.g.*, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento do dano ao erário, a multa civil, a proibição de contratar com o serviço público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios. Ao final deste capítulo, apresenta-se um quadro normativo de combate à improbidade administrativa, mediante a abordagem dos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário e que deram ensejo à elaboração da Lei de Conflito de Interesses, bem como das normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

No terceiro e último capítulo, apresenta-se o conceito de ato que configura o conflito de interesses no âmbito da Administração Pública, mediante o acesso de informações privilegiadas pelo agente público, bem como a tipificação do conflito de interesses como ato de improbidade

administrativa, com o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, matriz da Lei nº 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Também são abordados, nesse capítulo, os elementos do dolo e da culpa do agente na prática de ato que configure conflito de interesses durante ou após o exercício do cargo ou do emprego, o período de quarentena que o ex-agente público deverá observar antes mesmo de reingressar no mercado de trabalho na esfera privada, o instrumento preventivo da consulta, a atuação da Controladoria-Geral da União e da Comissão de Ética Pública na fiscalização e as respectivas competências desses órgãos no que tange à apuração, ao processo e ao julgamento dos atos ilícitos dispostos na Lei de Conflito de Interesses.

Tem-se como propósito, com este trabalho, contribuir com o aprimoramento científico do instituto do conflito de interesses inserido recentemente no regime jurídico da improbidade administrativa como instrumento de repressão e, sobretudo, de prevenção à prática de atos desleais que atentem contra a Administração Pública.

1 DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

1.1 Moral e Direito

Por uma questão didática, antes de tratar do tema, faz-se necessário distinguir os conceitos de Moral e Direito, pois, apesar de possuírem relações entre si, uma vez que são ordens normativas de comportamento humano, ambos não se confundem. Para distingui-los, são utilizados inúmeros critérios.

Entretanto, dada a complexidade do tema, apoiamo-nos, inicialmente, nos ensinamentos do filósofo, professor e escritor espanhol Adolfo Sánchez Vásquez¹ para tentar demonstrar as diferenças e semelhanças apresentadas pelos dois conceitos.

Sánchez Vásquez assinala que Direito e Moral se aproximam em alguns aspectos: ambos constituem normas reguladoras do comportamento humano que visam “garantir certa coesão social”,² tendo, conseqüentemente, um caráter imperativo, e, ainda, ambos os institutos são dinâmicos e vinculados à história, ou seja, mutáveis no tempo e no espaço. Assim como varia a Moral de uma época para outra, de uma sociedade para outra, também varia o Direito.³

No que tange às distinções, o filósofo e professor evidencia a interioridade da Moral e a exterioridade do Direito, uma vez que, enquanto a Moral não possui codificação e é observada em face de uma convicção interna que assegura o seu cumprimento, no Direito a codificação é imprescindível e o seu cumprimento se dá independentemente de qualquer convicção íntima, por imposição exercida pelo Estado.

A propósito da relação existente entre Direito e Moral, em regra, parte-se do pressuposto de que a experiência moral e a norma moral, sob o ponto de vista cronológico, advêm antes das regras de direito, e que a norma moral estaria ligada ao interior do indivíduo prescindindo,

¹ VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Tradução João Dell’Anna. 14. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993. p. 80-84.

² Ibidem, p. 81.

³ Ibidem, loc. cit.

portanto, de qualquer fenômeno exterior a exemplo do que geralmente ocorre com o fenômeno jurídico.

Admite-se que a norma moral não possui o caráter cogente, isto é, não dispõe de poder punitivo advindo de autoridade pública para que sejam impostos seus preceitos e mandamentos, recorrendo-se, em geral, a sanções extrajurídicas, existentes no âmbito da consciência, da rejeição social, do constrangimento pessoal, dentre outros. Ao observarmos os fatos que ocorrem em uma sociedade, desde os primórdios, pode-se perceber que existem regras sociais que se cumprem de modo espontâneo, sem a imposição, ao indivíduo, de obrigação alguma para agir de determinada maneira e, muitas vezes, sem que seja percebido o cumprimento espontâneo dessas regras, sendo este, portanto, o campo de atribuição da moral.

Ao mesmo tempo, há regras sociais que o indivíduo em sociedade somente as cumpre de modo obrigatório ou forçado, sendo este o campo de atribuição do Direito, isto é, da regra social dotada de coercibilidade, que objetiva regular o convívio do homem em sociedade e que há a presença do Estado como regulador, fiscal e aplicador dessas normas jurídicas.

Vázquez ressalta que o campo da Moral é, indubitavelmente, mais amplo que o do Direito, pois aquele regula todas as formas do comportamento humano, ao passo que este regula apenas aquelas que têm relevância para o Estado.

Em conclusão: a moral e o direito possuem elementos comuns e mostram, por sua vez, diferenças essenciais, mas estas relações que ao mesmo tempo possuem um caráter histórico, baseiam-se na natureza do direito como comportamento humano sancionado pelo Estado e na natureza da moral como comportamento que não exige esta função estatal e se apoia exclusivamente na autoridade da comunidade, expressa em normas e acatada voluntariamente.⁴

Márcio Cammarosano, na célebre obra *O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa*, destaca a distinção entre os dois conceitos, ao aduzir que os preceitos do sistema moral são introduzidos no ordenamento jurídico pelo instituto denominado por ele de juridicização, porém, esse fenômeno não exaure o sistema moral como tal. A propósito, cabe destacar o seguinte excerto:

De qualquer forma, dúvida não pode haver de que, mesmo em se admitindo que o princípio constitucional da moralidade esteja reportado ao sistema moral, juridicizando seus preceitos, essa juridicização não faria desaparecer o sistema moral enquanto tal, porque este não é criado pelo Estado. Essa

⁴ VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*, p. 84.

constatação só faz reforçar a tese de que Direito e Moral continuam não se confundindo. Conquanto integrem um mesmo gênero – ordens normativas do comportamento humano. São espécies distintas, sem embargo da possibilidade da existência de mandamentos de igual teor entre ambos os sistemas.⁵

Por sua vez, Eurico Bitencourt Neto, com arrimo em Celso Ribeiro Bastos, ressalta a existência de normas jurídicas indiferentes à moral, ao elucidar que “Direito e Moral não são coincidentes, já que há, no campo Moral, espaços que fogem ao alcance do Direito e, do mesmo modo, nem tudo sob o pálio do sistema jurídico tem natureza Moral”,⁶ a despeito de se poder dizer, “em sentido amplo, que toda norma jurídica alberga um valor”.⁷

O estudioso também pontua a distinção e a harmonia entre o Direito e a Moral:

Pode-se dizer que Moral e Direito ocupam o espaço de uma Ética geral e social, mutável ao longo do tempo e do espaço. Se, de um lado, o Direito é imediatamente mais eficaz, pelo caráter de coercitividade, para fazer prevalecerem os valores eleitos pela sociedade, ou por seus representantes, a Moral é mediatamente mais eficaz, já que possui, como componente necessário dos comportamentos que se abrigam sob o seu pálio, a internalização, a consciência de tais valores. Pode-se concluir que a realização dos valores mais caros, será mais sólida quando o Direito conviver mais estreitamente com a Moral, ou atingir espaços de conscientização social, mais que de exercício de força.⁸

Por fim, Celso Ribeiro Bastos conclui:

É fundamental ter em conta que o Direito é, acima de tudo, instrumento social, em busca de convivência harmônica e de justiça, não ideal por essência ou por natureza, mas como sentido de determinada ordem de valores – e aqui os direitos humanos assumem papel fundamental – conquistados e vigentes. A Moral, enquanto conjunto de valores, é encampada pelo Direito, na medida em que é considerada relevante para o aperfeiçoamento do convívio social.⁹

Seria difícil dar conta de todas as facetas que envolvem o conceito de Direito e Moral, cujos esforços para diferenciá-los não devem ser maiores do que aqueles empregados para demonstrar as suas imbricações.

⁵ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 41.

⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da moralidade no direito público. *Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 22, p. 44-54, jan./mar. 1998, p. 45 citado por BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 75.

⁷ Ibidem, loc. cit.

⁸ Ibidem, loc. cit.

⁹ Ibidem, p. 76.

O Direito pode caminhar em consonância com as normas morais de uma sociedade, hipótese em que se está diante de um Direito moral, assim como estar em dissonância dos ditames morais, hipótese em que implicaria um Direito imoral. Ambas as expressões espelham a pertinência do Direito com as aspirações morais da sociedade.¹⁰

O Direito imoral, apesar de transgredir os valores vigentes em uma sociedade, em determinado contexto histórico, ainda assim, do ponto de vista formal pode existir no ordenamento jurídico e obrigar o cidadão a agir em conformidade com seus mandamentos, sob pena de sanção em caso de eventual descumprimento.

Portanto, admite-se que tanto o Direito moral quanto o Direito imoral podem subsistir no ordenamento jurídico, todavia, por óbvio, aquele é o mais desejável, sobretudo, em face de sua aceitação popular, considerando os aspectos valorativos éticos que refletem os anseios da coletividade. Contudo, dessa assertiva também se infere que o Direito imoral tratar-se-ia de mero instrumento de poder e autoridade, totalmente desprovido de legitimidade e ensejador de injustiças.

O Direito moral possui sentido e encontra sustentação, durabilidade, manutenção, constância e obediência no consentimento popular. Pode-se dizer, então, que o Direito instrumentaliza a Justiça.

No entendimento do presente estudo, licitude e honestidade seriam dois aspectos que distinguem Direito e Moral, em uma aceitação ampla do brocardo segundo o qual *non omne quod licet honestum est* (nem tudo o que é legal é honesto).

A Justiça dá o sentido ao Direito como princípio norteador, ou seja, ainda que a norma jurídica seja imoral, destituída de sentido, não significa que ela não exista no ordenamento jurídico. A imoralidade retira o sentido da obrigação jurídica, mas não a torna inválida, uma vez que “O direito, em suma, privado de moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente o império, validade e eficácia”,¹¹ no entanto, como é possível, às vezes, “ao homem e à sociedade, cujo sentido de justiça se perdeu, ainda assim sobreviver com o seu

¹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988. p. 332-335.

¹¹ *Ibidem*, loc. cit.

direito, este é um enigma, o enigma da vida humana, que nos desafia permanentemente e que leva muitos a um angustiante ceticismo e até a um despudorado cinismo”.¹²

Observa-se que a Moral está inserida no ordenamento jurídico brasileiro mediante diversos princípios constitucionais expressa ou implicitamente insculpidos na Constituição Federal, ou seja, trata-se dos princípios oriundos de uma Moral constitucionalmente juridicizada. Em outras palavras, o legislador constituinte traduziu a Moral em uma norma jurídica, a qual deverá ser observada por determinada sociedade, sob pena de impor sanções, em caso de violação. Desse modo, a Moral presente em uma norma jurídica, devidamente criada por processo legislativo, passa a integrar o Direito e a produzir efeitos, consequentemente, em um Estado Democrático de Direito o Princípio da Moralidade Administrativa somente poderia estar reportado à moral comum, à ética, à honestidade, aos ideais de Justiça e, ainda que estejamos diante de um direito positivado, esses valores são essenciais para melhor adequação do Direito à realidade social que ele deverá regular.

Portanto, compreender a distinção entre a moral comum e a moral positivada, inserida no ordenamento jurídico por meio da atuação do Estado, mediante a criação, edição ou reprodução de normas jurídicas de outros sistemas, faz-se fundamental para o estudo da moralidade administrativa, objeto do próximo item deste Capítulo.

1.2 Moralidade administrativa

A moralidade pública constitui, atualmente, uma das preocupações mais imediatas e cruciais da sociedade brasileira, sobretudo porque a falta desse preceito no âmago da gestão pública contribui para a deterioração das estruturas sociais, econômicas e morais, e, de certa maneira, retarda a evolução da nação em vários aspectos, produzindo um maior número de problemas sociais como fome, miséria e violência, bem como gerando *deficit* nos setores da educação, saúde e segurança, entre outros.

¹² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 332-335.

A moralidade administrativa imputa regras éticas à Administração Pública e diz respeito não àquilo que se costuma fazer, mas àquilo que se espera que se faça, considerando o juízo objetivo da sociedade sobre o certo e o honesto.¹³

Ricardo Marcondes Martins aduz que a moralidade à Administração Pública seria uma regra de estrutura na medida em que disciplina o exercício da função administrativa, não cabendo à Administração ponderar para saber até que ponto deve ser honesta e agir com boa-fé. Para o autor, o princípio da moralidade não define os deveres éticos da Administração como se norma de conduta fosse, mas efetua uma remissão às regras éticas vigentes no seio da sociedade.¹⁴

É vedado à Administração Pública distanciar-se da moral, dos ideais éticos, de boa-fé e de lealdade.

A moral administrativa é imposta ao agente público na realização de interesses públicos propriamente ditos ou na realização dos interesses individuais da própria Administração, o que o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, pautado pelos ensinamentos de Renato Alessi, denomina como interesses primários e secundários do Estado¹⁵, respectivamente. A moral administrativa se distingue da moral comum, no entanto, vale frisar que os fundamentos e ideias básicas da moral administrativa derivam da moral comum, visto que seria inconcebível aquela se não existisse essa.

Em 1947, Antônio José Brandão publicou artigo no Boletim do Ministério da Justiça de Lisboa, reproduzido na *Revista de Direito Administrativo* no ano de 1951¹⁶, em que, citando a monografia de Henri Welter,¹⁷ *Le Contrôle Juridictionnel de la Moralité Administrative: Étude de Doctrine et de Jurisprudence*, publicada em 1930, elaborou uma noção mais clara de moralidade:

A moralidade administrativa, que nos propomos estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras da boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção

¹³ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 49.

¹⁴ Ibidem, p. 51-52.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 66.

¹⁶ GIACOMUZZI, José Guilherme. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, p. 291-303, out./dez. 2002, p. 294.

¹⁷ Welter foi discípulo de Maurice Hauriou, precursor e principal sistematizador da teoria da moralidade administrativa.

entre o Bem e o Mal, mas também pela ideia Geral de administração e pela ideia de função administrativa.

Extrai-se do conceito de Welter que a noção de moralidade administrativa está vinculada à “boa administração”, pois, para a realização desta, o que se considera é a atuação do administrador e o resultado por ele produzido, devendo este sempre se pautar pelo fim último pretendido pelo Estado e para o qual ele é concebido, qual seja, o bem comum e o interesse público. A propósito, convém colacionar a definição de interesse público dada por Bandeira de Mello:

Donde, o interesse público deve ser conceituado como interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.¹⁸

Assim, vale ressaltar que apenas o cumprimento da lei não é o bastante, sendo necessário que as opções discricionárias do agente público estejam em consonância com os valores éticos e morais. A atuação administrativa plena deverá estar adstrita não somente à aplicação da norma jurídica positivada, mas, também, será necessária a observância, pelo administrador, da própria moral comum. Nessa linha, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho declara:

[...] o bom administrador [...] é aquele que usando da sua competência legal “se determina, não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum”. Há de conhecer, assim, as fronteiras do lícito e ilícito, do justo e do injusto nos seus fins.¹⁹

Assim, a moralidade administrativa constitui essência de validade do ato administrativo, visto que padeceria de legitimidade o ato administrativo atentatório aos interesses primários e secundários do Estado. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles,²⁰ sintetizando o pensamento de Maurice Hauriou, assevera:

A moralidade administrativa constitui hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública (Const. Rep., artigo 37, caput). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Desenvolvendo a sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 62.

¹⁹ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 11.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 89.

poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos – non omne quod licet honestum est. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum.

E, ao prosseguir em sua explanação, o autor elucida que “a moralidade do ato administrativo, juntamente com a sua legalidade e finalidade, constituem pressupostos de validade, sem os quais toda atividade pública será ilegítima”.²¹

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que, de acordo com o princípio da moralidade administrativa, os agentes têm de atuar em conformidade com os princípios éticos e abalroá-los acarretará na ilicitude do ato e na sua consequente invalidação. Os princípios da lealdade e da boa-fé estão inseridos no âmago da moralidade administrativa, de modo que a Administração deverá proceder com sinceridade e lhanza em relação aos administrados, “sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar, ou minimizar o exercício dos direitos por parte dos cidadãos”.²²

Ao dissecar os deveres gerais dos funcionários públicos, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello apostilou que “Devotamento e fidelidade dizem respeito ao zelo a que o funcionário público deve emprestar às instituições e respectivo serviço, ao sigilo nos assuntos funcionais, e à boa conduta profissional e moral”.²³

Sobre lealdade, é oportuno trazer a lume o pensamento de Mario Masagão, ao se reportar ao dever de fidelidade²⁴ como “o mais importante dos deveres dos funcionários públicos, pois compreende todos os demais e antecede ao próprio exercício do cargo, uma vez que nasce no

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed., p. 89.

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 123.

²³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. II, p. 468.

²⁴ Para o autor, “Define-se a fidelidade como a vontade de agir constantemente no interesse da administração e de lhe evitar, tanto quanto dependa do sujeito, todo dano, perigo ou diminuição de prestígio. É a obrigação de operar no interesse exclusivo da administração. Todo empregado deve lealdade ao patrão que lhe contratou. O funcionário que desempenha as funções superficialmente, passageiramente e sem energia, age contra o dever, mesmo quando executa o que lhe é ordenado” (OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade administrativa: reflexões sobre laudos periciais ilegais e desvio de poder em face da Lei Federal 8.429/92. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, n. 8, dez. 2006-jan./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-8-DEZEMBRO-2006-FABIO%20MEDINA.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2017).

momento em que o servidor presta compromisso”.²⁵ O autor chama atenção para o fato de esse dever já ter sido chamado de dever de sentimento, por corresponder “a uma atitude de consciência, informadora de todas as ações e omissões pelas quais se desempenha o cargo”.²⁶ Diz, ainda, que, “Pela fidelidade, o funcionário adere aos interesses superiores do Estado e jamais se coloca em antagonismo com os fins e com o prestígio da Administração”²⁷ e, por isso mesmo, “Não será um cumpridor mecânico de obrigações, mas um ser livremente vinculado ao serviço, a empregar nele toda diligência, boa vontade e energia.”²⁸

Ricardo Marcondes Martins explica que a moralidade administrativa constitui uma regra e não um princípio, pois não está obrigada a ponderar até que ponto ela deve ser honesta e agir com boa-fé. O autor sustenta que a moralidade administrativa é uma regra de estrutura, pois disciplina o exercício da função administrativa, vale dizer, a edição de atos normativos introdutórios de normas administrativas e não diretamente uma conduta, mas, sim, a produção normativa. Trata-se de uma regra em branco, pois se reporta a todas as regras éticas objetivadas, ou seja, o princípio da moralidade administrativa remete às regras éticas vigentes no seio da sociedade.²⁹

Já Márcio Cammarosano aduz que o Princípio da Moralidade Administrativa não se refere à moral comum, mas ao próprio Direito, que consagra valores por ele recolhidos de outras ordens normativas. O autor afirma que o Direito incorpora os valores que impõem a submissão da atuação do administrador público ao próprio conteúdo axiológico do Direito. Portanto, é a essa moralidade jurídica que o princípio da moralidade administrativa remete. O Direito, com seu inevitável conteúdo axiológico, diz Cammarosano, seleciona valores que recolhe de outras ordens normativas do comportamento humano, podendo, até mesmo, sancionar comportamento ofensivo a determinado valor, por determinada categoria de pessoas.

Portanto, Cammarosano preconiza que o Princípio da Moralidade reportar-se-ia a valores albergados no sistema jurídico, cuja intelecção e aplicação não podem ocorrer fora desse

²⁵ FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. A improbidade administrativa: comentários à Lei 8.429 de 1992. *Revista Jurídica do Ministério Público – JUS 94*, Belo Horizonte, n. 17, p. 297-380, 1994, p. 348-349.

²⁶ *Ibidem*, loc. cit.

²⁷ *Ibidem*, loc. cit.

²⁸ *Ibidem*, loc. cit.

²⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

mesmo sistema, ainda que permeável, pela própria fluidez dos conceitos normativos, às concepções significativas prevalecentes em dada sociedade e em dado momento histórico.³⁰

Lúcia Valle Figueiredo, por sua vez, leciona que “o princípio da moralidade corresponde ao conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são considerados os *standards* comportamentais que a sociedade deseja e espera”.³¹

A Suprema Corte brasileira, ao analisar o princípio da moralidade administrativa, manifestou-se nos seguintes termos:

Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (artigo 37 da CF). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. Como ensina Jesus Gonzales Perez “el hecho de su consagración en una norma legal no supone que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter” (El principio de buena fé en el derecho administrativo. Madrid, 1983. p. 15). Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. O agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César.³²

Evidencia-se que tanto os agentes quanto a Administração devem agir em conformidade com os preceitos éticos, já que tal violação importará em uma transgressão do próprio ordenamento jurídico, o que caracterizará um ato ilícito de modo a gerar a conduta viciada em uma conduta inválida.

O oposto da moralidade reside na corrupção, na imoralidade administrativa que surge como uma forma de ilegalidade, porém, em que pese parte respeitável da doutrina apregoar que

³⁰ CAMMAROSANO, Márcio. *Princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, passim.

³¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 57.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 160.381 – SP. Rel. Min. Marco Aurélio, v.u. 2ª Turma. RTJ 153/1.030. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1556505>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

o princípio da moralidade submete a Administração aos deveres legal ou constitucionalmente previstos de forma expressa ou implícita,³³ com ela não se confunde.

É inegável que o legislador constituinte procurou enfatizar determinados direitos e garantias, todavia, não se pode limitar a interpretação do signo da moralidade disposto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal ao simples conceito da legalidade.³⁴ Ricardo Marcondes Martins aduz de modo bastante feliz que a moralidade “trata-se da imposição à Administração da observância das regras éticas (daquilo que a sociedade entende que deva ser considerado honesto, íntegro, correto), regras que não se encontram necessária e previamente positivadas”.³⁵

Nessa hipótese, caberia ao Poder Judiciário controlar externamente a moralidade dos atos praticados pela Administração. Na maioria das vezes, a percepção da imoralidade administrativa se dá pelo contexto em que a decisão foi ou será tomada, ao perceber-se que a decisão destoava do contexto e do conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina geral norteadora da Administração Pública.

Não é necessário ingressar na intenção do administrador para se aferir a imoralidade do ato praticado, basta, apenas, que esse ato contrarie o senso comum de honestidade para se verificar a sua ocorrência, como aduz Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa fé, ao trabalho, à ética às instituições. [...] Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda, mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso sem falar no mínimo indispensável para a existência digna.³⁶

Nesse caso, em que pese a moralidade administrativa tratar apenas das condutas concernentes à esfera da Administração Pública, seu conteúdo é revestido pelos preceitos da moral comum, os quais estão inseridos no ordenamento jurídico, cabendo ao administrador atuar em consonância com aquilo que a sociedade entenda como sendo ético, honesto, casto,

³³ Notáveis administrativistas denotam adotar essa linha científica, como, v.g., CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, passim; e FIGUEIREDO, Marcelo Figueiredo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 100.

³⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, p. 59.

³⁵ *Ibidem*, loc. cit.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 111.

íntegro, de modo a lograr a consecução do interesse público e do bem comum. A violação à moralidade administrativa configura a violação do próprio ordenamento jurídico, o que, por consequência, caracteriza a ilicitude apta a ensejar a invalidade do ato administrativo maculado.

1.3 Moralidade administrativa e sua autonomia

A moralidade administrativa é elemento integrante e essencial do regime jurídico administrativo, ou seja, é um pressuposto à ideia de função administrativa, o que significa dizer que a Administração Pública deve estar imiscuída na boa-fé, honestidade, probidade, ética à plena e fiel execução de sua função, não podendo ela, jamais, relegar a estrita observância aos seus princípios basilares, dentre eles os da legalidade e da moralidade.

Entretanto, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca desses princípios a fim de elucidar a existência da autonomia do princípio da moralidade administrativa em relação ao da legalidade.

O princípio constitucional da legalidade no âmbito do Direito Administrativo, em síntese, determina que a Administração Pública somente poderá atuar de acordo com o que a lei autorizar, isto é, não há liberdade ou vontade pessoal do agente público no exercício de sua função, cabendo-lhe, apenas, atuar mediante a autorização legal. O referido preceito está tipificado ao lado dos demais princípios expressos da Administração Pública, no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.³⁷ Hely Lopes Meirelles, ao defini-lo, argúi que “a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei”,³⁸ bem como “às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”.³⁹

³⁷ Ver art. 37 da CF/1988: “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: [...]” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017).

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 67.

³⁹ *Ibidem*, loc. cit.

Lopes Meirelles ainda sustenta que “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.⁴⁰

Por sua vez, a moralidade administrativa foi elevada à categoria de princípio constitucional com a Constituição Federal de 1988, o que inaugurou uma nova ordem jurídica acerca da atividade administrativa, tornando obrigatória a observância do referido preceito pela Administração Pública direta ou indireta de todos os poderes da União, dos Estados, Municípios e do Distrito Federal.

Contudo, na visão de muitos doutrinadores, o princípio da moralidade administrativa é vago e seria encampado pelo princípio da legalidade em razão de sua origem histórica, quando esteve diretamente ligada à ideia de desvio de poder.

Decorridos quase trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 e mesmo tendo havido o amadurecimento da doutrina sobre o tema, ainda há uma corrente tradicional que sustenta essa vinculação e que defende ser o vício de moralidade tão somente uma hipótese de ilegalidade referente aos fins do ato administrativo, ou seja, ao desvio de poder. Ainda desse ponto de vista, por consequência, o controle da moralidade pelo Poder Judiciário estaria restrito à ilegalidade, cabendo a análise da moralidade dos atos administrativos à própria Administração, internamente.

Márcio Cammarosano afirma que o princípio da moralidade não seria dotado de autonomia, por se tratar de norma auxiliar, e não autônoma, e que diz respeito a valores que informam o direito positivo, como a lealdade, a boa-fé, a veracidade e a honestidade. O autor utiliza como fundamento para essa assertiva a inexistência de hipótese de invalidação de ato administrativo fundada exclusivamente na violação do referido princípio. Para que fosse possível considerá-lo autônomo, diz Cammarosano, “seria preciso que pudéssemos dar um exemplo de ato administrativo que comportasse invalidação com a só invocação desse princípio, sem que se vislumbrasse ofensa a qualquer outro. E esse exemplo não logramos encontrar”.⁴¹

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 82.

⁴¹ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, p. 95-96.

Celso Antônio Bandeira de Mello propugna que o princípio da moralidade administrativa seria autônomo por se tratar de um “reforço ao princípio da legalidade”.⁴² Nas palavras do doutrinador, “Não é qualquer ofensa à moral social que se considerar a idônea para dizer-se ofensiva ao princípio jurídico da moralidade administrativa”,⁴³ pois, diz, “este será a vida como transgredido quando houver violação a uma Norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado”.⁴⁴ E Bandeira de Mello conclui explicando que “Significa, portanto, *um reforço ao princípio da legalidade*, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria”.⁴⁵

Posição diversa é defendida por José Augusto Delgado a respeito da autonomia em questão. O autor relaciona o princípio da legalidade à ação administrativa vinculada à lei e o da moralidade ligado ao comportamento do administrador no que tange ao exercício de uma boa administração:

Enquanto o princípio da legalidade exige a ação administrativa de acordo com a lei, o da moralidade prega um comportamento do administrador que demonstre haver assumido como móbil da sua ação a própria ideia do dever de exercer uma boa administração. No cumprimento do princípio da legalidade, o administrador não tem necessidade de dedicar a sua atenção com o motivo da própria ação, pois, suficiente que se encontra autorizada por lei. O contrário, porém, acontece com o princípio da moralidade, que exige do administrador uma postura que faça com que os seus atos exteriorizem a própria ideia do dever de haver atuado com base em “regras finais e disciplinares suscitada, não só pela destruição entre o Bem e o Mal, mas também pela ideia Geral de administração e pela ideia de função administrativa”.⁴⁶

Demócrito Ramos Reinaldo, ao se reportar a essa autonomia, sobretudo, em relação ao princípio da legalidade, destaca a “eficácia plena e mandamental autônoma” e a “vida própria” da moralidade administrativa:

[...] o constituinte, portanto, estabeleceu nítida distinção: juridicizou a “moralidade”, definindo-a como “princípio”, para viger, paralelamente, com o da “legalidade”. A distinção é evidente e necessária. A moralidade administrativa integra o direito (constitucional) como elemento de observância indeclinável (irretorquível), mas não está ínsita na legalidade, nem desta constitui corolário. O legislador constituinte, ao instituir o princípio, não cuidou do mero “reenvio” da norma legal à norma moral, mas

⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 124.

⁴³ *Ibidem*, loc. cit.

⁴⁴ *Ibidem*, loc. cit.

⁴⁵ *Ibidem*, loc. cit.

⁴⁶ DELGADO, José Augusto. *A supremacia dos princípios informativos do direito administrativo: interpretação e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 40.

atribui à moralidade administrativa relevância jurídica, de eficácia plena e mandamental autônoma – e de vida própria. Nessa linha de raciocínio, há que se distinguir a ordem jurídica positiva, que caracteriza a legalidade, da ordem jurídica positiva, que caracteriza a moralidade – ambas compondo a mesma ordem jurídica integral – porque nem tudo que é “legal é moral”.⁴⁷

Também defensor da natureza autônoma do princípio da moralidade administrativa, Juarez Freitas o autorrelaciona com o conteúdo desse princípio, não apenas ao conjunto de regras internas da Administração Pública, mas também aos padrões éticos médios da sociedade:

No atinente ao princípio da moralidade, por mais que se possa assimilá-lo a outras diretrizes e conquanto experimentando pronunciada afinidade com os demais princípios, certo é que o constituinte brasileiro, com as imensas consequências técnicas e hermenêuticas que daí advém, pretendeu conferir-lhe autonomia jurídica. Segundo princípio estão vedadas condutas eticamente inaceitáveis e transgressoras do senso moral médio superior da sociedade, a ponto de não comportarem condescendência. Não se confunde, por certo, a moralidade com o moralismo, este último intolerante e não universalizável por definição. De certo modo, tal princípio determina que se trate a outrem do mesmo modo que se apreciaria ser tratado, isto é, de modo virtuoso e honesto. O “outro”, aqui é a sociedade inteira, motivo pelo qual o princípio da moralidade exige que, fundamentada e intersubjetivamente, os atos, contratos e procedimentos administrativos venham a ser contemplados e controlados à base de orientação decisiva e substancial que prescreve o dever de a Administração Pública observar, com pronunciado rigor e a maior objetividade possível, os referenciais valorativos da Constituição, cumprindo vivificar, exemplarmente, o combate contra toda e qualquer lesão moral ou imaterial provocada por ações públicas não-universalizáveis, destituídas de probidade e de honradez. [...] ⁴⁸

Ao se reportar especificamente ao princípio da moralidade no campo administrativo, o estudioso argúi que este

[...] não há de ser entendido como singelo conjunto de regras deontológicas extraídas da disciplina interna da Administração. Na realidade, prescreve exatamente mais: diz com os padrões éticos de uma determinada sociedade, de acordo com os quais não se admite a universalização de máximas de conduta que possam fazer perecer liames sociais aceitáveis (justificáveis axiologicamente). É certo que um controlador arguto, tendo em vista a mencionada submissão do administrador ao Direito, conseguiria alcançar resultado idêntico, por outras vias.⁴⁹

⁴⁷ REINALDO, Demócrito Ramos. O princípio da moralidade na Administração Pública e a liceidade do limite etário para acesso dos cargos públicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 711, p. 17-22, 1995, p. 19.

⁴⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros: 2009. p. 87.

⁴⁹ *Ibidem*, loc. cit.

Wallace Paiva Martins Junior vai além, ao afirmar que o princípio da moralidade seria um *superprincípio*. Para o jurista, a moralidade administrativa é o pressuposto normativo dos demais princípios da Administração Pública, uma vez que tratar-se-ia de precedente lógico de todo ato administrativo, vinculado ou discricionário:

O enfoque principal é dado ao princípio da moralidade na medida em que ele constitui verdadeiro superprincípio informador dos demais (ou um princípio dos princípios), não se podendo reduzi-lo a mero integrante do princípio da legalidade. Isso proporciona, por exemplo, o combate de ato administrativo formalmente válido, porém destituído do necessário elemento moral. A moralidade administrativa tem relevo singular e é o mais importante desses princípios, porque é pressuposto informativo dos demais (legalidade, impessoalidade, publicidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação), muito embora devam coexistir no ato administrativo. Exsurge a moralidade administrativa como precedente lógico de toda a conduta administrativa, vinculada ou discricionária derivando também às atividades legislativas e jurisdicionais, consistente no assentamento de que: o Estado define o desempenho da função administrativa segundo uma ordem ética acordada com os valores sociais prevalentes e voltada à realização de seus fins, tendo como elementos a honestidade, a boa-fé, e a lealdade e visando a uma boa administração.⁵⁰

Martins Junior prossegue em sua explanação para assentar que, “no atuar, o agente público deve medir atenção ao elemento moral de sua conduta e aos fins colimados, porque a moralidade afina-se conceito de interesse público” e, por fim, explica que isso se dá “não por vontade da norma constitucional, mas por constituir pressuposto intrínseco de validade do ato administrativo”.⁵¹

No que concerne ao princípio da moralidade administrativa, por mais que se queira assimilá-lo a outras diretrizes, mostra-se latente a sua autonomia em relação aos demais princípios que norteiam a atuação da Administração Pública, pois, em que pese o vasto saber jurídico dos doutrinadores que discordam dessa posição, faz-se necessário destacar que o constituinte brasileiro, com valiosas consequências hermenêuticas, conferiu-lhe expressamente essa natureza jurídica. Esse caráter autônomo do princípio da moralidade apresenta relevantes desdobramentos, conforme assevera Juarez Freitas.⁵² Destacam-se, a seguir, alguns deles.

O primeiro princípio aludido está expressamente disposto nos artigos 5º, inciso LXXIII, e 37 da Constituição Federal Brasileira de 1988.

⁵⁰ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 31-32.

⁵¹ *Ibidem*, loc. cit.

⁵² FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 88.

Aqui, convém acrescentar os ensinamentos que corroboram o entendimento de José Guilherme Giacomuzzi,⁵³ que propõe uma nova perspectiva para a análise da moralidade administrativa na esfera constitucional e à qual o autor desta dissertação se filia. Na concepção desse jurista, o termo moralidade estampado no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal encerra uma das causas de pedir da ação popular, ao passo que o *caput* do artigo 37 traz um princípio jurídico. O autor enfatiza que o princípio da moralidade elencado no referido dispositivo constitucional possui dois aspectos, um objetivo e outro subjetivo. O aspecto objetivo da moralidade reside na boa-fé objetiva da Administração Pública, isto é, na análise dos motivos que instigaram o administrador a praticar determinado ato. A boa-fé objetiva decorre da confiança que os administrados depositam nas instituições e servidores que compõem a Administração Pública que, mediante postura condizente com a honestidade e com a lealdade, almeja a satisfação do bem comum e do interesse público; portanto, o caráter objetivo estaria relacionado à *análise dos motivos e do objeto do ato administrativo*.⁵⁴ Daí por que o legislador incluiu no artigo 5º, inciso LXXIII, a moralidade administrativa como pressuposto ensejador da ação popular. Por sua vez, o aspecto subjetivo da moralidade refere-se ao dever que o agente público tem de atuar com probidade, honestidade, boa-fé e lealdade, valores estes inerentes à boa administração pública, no exercício da atividade administrativa.

O segundo princípio diz respeito a, conforme assinalado, existir proteção autônoma expressamente disposta no artigo 5º, inciso LXXIII, da CF, que, por meio da ação popular, assegura-se a qualquer cidadão o direito de legitimidade para ajuizá-la, com o objetivo de anular ato lesivo à moralidade administrativa, inclusive, concedendo-lhe a prerrogativa de, salvo comprovada má-fé, ser isento de custas judiciais e de ônus da sucumbência.

O terceiro princípio – o da moralidade administrativa –, possui como subprincípio o da probidade administrativa, o qual, se violado, enseja não apenas o ato ilegal, mas também o antijurídico, podendo configurar ainda uma das hipóteses de crime de responsabilidade do Presidente da República, nos termos do artigo 85, inciso V, da CF.⁵⁵ Outrossim, o ato de

⁵³ GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 192-194.

⁵⁴ *Ibidem* p. 194.

⁵⁵ Ver art. 15 da CF/1988: “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...]”

V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017).

improbidade administrativa poderá resultar na cassação de direitos políticos do infrator, consoante o disposto no artigo 15, inciso V, e no § 4º do artigo 37 da CF.⁵⁶

A autonomia do princípio da moralidade administrativa também é defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro,⁵⁷ que, além das hipóteses elencadas linhas atrás, ainda acrescenta os seguintes dispositivos que corroboram essa assertiva:

[...] a Emenda Constitucional de Revisão Nº 4, de 7-6-94, alterou o § 9º do artigo 14 da Constituição para colocar a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato como objetivos a serem alcançados pela lei que estabelecer os casos de inelegibilidades.

A Lei nº 1.079, de 10-4-50, que define os crimes de responsabilidade, prevê no artigo 9º, os crimes contra a probidade administrativa [...].

A Lei nº 9.784/99 prevê o princípio da moralidade no artigo 2º, caput, como um dos princípios a que se obriga a Administração Pública; e, no parágrafo único, inciso IV, exige ‘atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé’, como referência evidente aos principais aspectos da moralidade administrativa.

Elucidar a natureza autônoma do princípio da moralidade administrativa é de suma importância, já que a imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos que não se limitam meramente à previsão legal dos atos administrativos, pois, como enfatiza Di Pietro, “a imoralidade estaria na intenção do agente”.⁵⁸ Os efeitos jurídicos decorrentes da imoralidade administrativa resultam na invalidade do ato, que poderá ser declarada pela própria Administração Pública, *interna corporis*, ou pelo Poder Judiciário, mediante provocação, por meio do remédio constitucional da ação popular já citado ou dos próprios dispositivos constitucionais e infraconstitucionais aludidos linhas atrás.

É importante salientar que a moralidade administrativa deve ser observada tanto pelo administrador público, também, pelo particular que se relaciona com a Administração Pública.

⁵⁶ Nos termos do art. 37, § 4º, da CF/1988: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017).

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 79.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 78.

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, citado por Di Pietro, aduz que “mesmo os comportamentos ofensivos da moralidade comum implicam ofensa ao princípio da moralidade administrativa”.⁵⁹

Portanto, pode-se inferir que, além da autonomia atribuída ao princípio da moralidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro, sempre que a relação estabelecida entre o particular e a Administração Pública, ainda que em consonância com a lei, ofender os preceitos da honestidade, da moral, da ética, dos bons costumes, da justiça, da boa administração, haverá violação ao princípio da moralidade administrativa.

1.4 Moralidade administrativa e probidade administrativa

Estabelecer a distinção entre a moralidade administrativa e a probidade administrativa é uma árdua tarefa que, inclusive, divide a doutrina acerca da conceituação dessas expressões, porque ambos os conceitos estão relacionados à ideia de honestidade. Em razão disso, parcela da doutrina defende tratem-se de sinônimos, consoante a linha adotada por José de Castro Meira ao declarar que “a expressão probidade administrativa é sinônima de moralidade administrativa ou simplesmente de honestidade”.⁶⁰

Contudo, a corrente majoritária encabeçada por José Afonso da Silva, à qual este estudo se filia, propugna que a probidade administrativa seria uma espécie do gênero moralidade administrativa, verdadeiro norte à Administração em todas as manifestações. Assim, na expressão do autor:

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (artigo 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”.⁶¹

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 79.

⁶⁰ MEIRA, José de Castro. Administração Pública na Constituição Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 30, n. 119, p. 193-204, jul./set. 1993, p. 199.

⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 671.

Logo, a probidade administrativa é o corolário da moralidade administrativa e consiste no dever de o agente público servir à coisa pública, à Administração, com honestidade, boa-fé, exercendo a sua função de modo lícito. O conceito mais abrangente de moralidade administrativa determina que toda a organização administrativa do Estado atue em conformidade com o padrão jurídico da moral, da boa-fé, da lealdade, ao passo que a probidade administrativa estaria relacionada exclusivamente à licitude da conduta agente no exercício de sua função sendo essa, portanto, a substancial diferença entre ambos os conceitos, conforme apregoa Marcelo Figueiredo sobre o assunto:

Parece-nos que a probidade está exclusivamente vinculada ao aspecto da conduta (do ilícito) do administrador. Assim, em termos gerais, diríamos que viola a probidade o agente público que em suas ordinárias tarefas e deveres (em seu agir) atrita os denominados “tipos” legais. A probidade, desse modo, seria o aspecto “pessoal-funcional” da moralidade administrativa. Nota-se de pronto substancial diferença. Dado agente pode violar a moralidade administrativa e nem por isso violará necessariamente a probidade, se na análise de sua conduta não houver a previsão legal tida por ato de improbidade.⁶²

O princípio da probidade administrativa institui um dever funcional e consiste na vedação da prática de atos desonestos ou desleais contra o Poder Público por seus agentes ou terceiros, concretizando mecanismos sancionatórios dispostos na Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA).⁶³

Assim, como a Lei de Improbidade Administrativa, que será analisada no capítulo seguinte, a Constituição Federal de 1988 e outras legislações específicas punem expressamente a improbidade administrativa com sanções políticas, administrativas e penais, como é o caso da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Lei dos Servidores Públicos Civis da União), sobre a qual Lopes Meirelles assim se manifesta:

No atual Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União (Lei 8.112/90), como nas demais normas que incidem sobre a conduta dos agentes públicos em geral, são encontradas disposições coibitivas da improbidade no trato dos bens que lhes são confiados para gestão, sujeitando-os, pelo mau emprego ou dilapidação, a responsabilização administrativa, civil ou criminal, conforme o caso e a categoria do agente.⁶⁴

⁶² FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à lei 8.429/92 e legislação complementar*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 46.

⁶³ FREITAS, Juarez. *Direito contemporâneo administrativo: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 142.

⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed., p. 108.

Desse modo, todos os atos praticados na esfera da Administração Pública direta ou indireta devem observar a probidade administrativa, sob pena de importar na invalidação do ato que viole os bens ou interesses públicos, devendo o intérprete extrair o seu conteúdo da Constituição Federal ou das normas infraconstitucionais que regem a matéria.

A Lei nº 8.429/1992, objeto de análise no próximo capítulo, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos que incorram na prática da improbidade administrativa, e os classifica em quatro espécies: (a) os atos que importam no enriquecimento ilícito, tipificado no artigo 9º; (b) os atos que causam prejuízo ao erário, previstos no artigo 10; (c) os atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário; e (d) os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, dispostos no artigo 11. As sanções, tipificadas no artigo 12 da aludida lei, serão aplicadas pelo Poder Judiciário com observância da extensão do dano e do proveito patrimonial obtido pelo agente público. Faz-se imprescindível ao intérprete investigar minuciosamente a conduta do agente a fim de se aferir adequadamente a gravidade de sua conduta e a sua tipificação legal, haja vista que, por força do disposto no artigo 12 da Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI), o agente público que praticar atos tipificados nos artigos 5º e 6º da aludida Lei incorrerão em ato de improbidade administrativa e estarão sujeitos às sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), assunto a ser aprofundado a seguir.

2 DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 Noção geral

O primeiro esboço constitucional acerca da vedação à prática de ato lesivo ao patrimônio público adveio com Constituição Federal de 1934 que, no artigo 113, item 38, previa a legitimidade de qualquer cidadão para “pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos actos lesivos do patrimonio da União, dos Estados ou dos Municipios”.⁶⁵

Em 1937, o então presidente Getúlio Vargas outorgou a Carta Constitucional inspirada no modelo fascista e, em consequência, de cunho eminentemente autoritário,⁶⁶ instaurando o regime ditatorial no Brasil, com a criação do Estado Novo. Nesse período histórico, houve um claro retrocesso em termos de democracia e de direitos humanos no país, com o fechamento do Poder Legislativo nas três esferas federativas, a submissão do Poder Judiciário ao Executivo, a reintrodução da pena de morte, a governança dos Estados mediante interventores nomeados pelo então presidente, entre outras mazelas. Em razão do regime autoritário estabelecido no Brasil, com a cassação de diversos direitos sociais e políticos, dentre eles, o de greve, a Carta de 1937 também excluiu de seu texto qualquer possibilidade de participação ou intervenção da sociedade perante o Estado, inclusive, com a suspensão do direito de se impetrar mandado de segurança ou de se ajuizar ação popular.

Com o fim do Estado Novo e a redemocratização do País, em 18 de setembro de 1946 foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil que restaurou e assegurou a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, tendo estabelecido, na parte final do artigo 141, § 31, que “a lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”.⁶⁷

⁶⁵ BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

⁶⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 179.

⁶⁷ BRASIL. Constituição (1946). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

Contudo, conforme se depreende do aludido dispositivo constitucional, faltava a regulamentação necessária à efetividade da norma e, assim, coibir a impunidade dos agentes públicos, o que somente ocorreu em 1951, quando o deputado federal pelo Estado de Alagoas Ari Boto Pitombo⁶⁸ apresentou ao Congresso Nacional o projeto de lei, aprovado apenas seis anos depois, dando origem à Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957, a qual ficou conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha.⁶⁹

Essa Lei inaugurou o sistema repressivo de controle administrativo da probidade e da moralidade administrativas, a fim de coibir a prática de atos ilícitos por agentes públicos no âmbito da Administração Pública, regulamentando o sequestro e a perda de bens dos agentes ímprobos, isto é, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de constrição patrimonial de prepostos da Administração Pública que se utilizassem da condição de servidor público para obterem vantagem pessoal ou em favor de terceiros.

O artigo 1º da referida Lei Pitombo-Godói Ilha autorizava o sequestro e a perda em favor da Fazenda Pública dos bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso do cargo ou da função pública, mediante ação civil promovida pelo Ministério Público ou por qualquer pessoa do povo, sem prejuízo de sua responsabilização criminal. Igualmente, a Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957, estabelecia, no artigo 2º, que mesmo em caso de absolvição ou extinção da ação penal no juízo criminal não haveria impedimento da incorporação dos bens ao patrimônio da Fazenda Pública, ressalvado o direito de terceiros de boa-fé. Eis que nasce, assim, o primeiro esboço de responsabilização criminal na esfera sancionatória à prática de enriquecimento ilícito pelo agente público, sanção essa absolutamente independente da esfera civil, haja vista que o servidor ímprobo sujeitar-se-ia à perda ou sequestro de bens, ainda que em caso de absolvição ou de extinção da respectiva ação penal.

Posteriormente, em complementariedade à Lei nº 3.164/1957, adveio a Lei nº 3.502/1958, denominada Lei Bilac Pinto, sancionada pelo então presidente Juscelino Kubitschek, a qual ampliou o rol dos sujeitos passíveis de responsabilização, bem como das sanções aplicáveis. Enquanto a Lei Pitombo-Godoi Ilha previa a responsabilização apenas de servidor público, a Lei Bilac Pinto acrescentou, no artigo 1º, as figuras do dirigente e do

⁶⁸ Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/ari-boto-pitombo>>. Acesso em: 12 set. 2017.

⁶⁹ PÓVOA, Olga Maria Barros; VIANNA, Roberto Rocha. Improbidade administrativa. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, ano XIII, ed. 02 de 2005. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2005/02/-sumario?next=3>. Acesso em: 12 set. 2017.

empregado de autarquias, de sociedades de economia mista, de fundações instituídas pelo Poder Público, empresas públicas, ou de entidades que recebessem incentivos para fiscais.

Em 1964, com a implantação da ditadura militar, por meio dos Atos Institucionais (AIs), decretos autoritários que davam ao então presidente Humberto de Alencar Castelo Branco poderes praticamente absolutos, foi baixado o AI-4, o qual convocou o Congresso Nacional para votação e promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.

Ainda sob a égide da Constituição democrática de 1946, exsurgiu a norma que regulamentou o procedimento da ação popular, a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.

Com o decorrer dos anos, a matéria acerca da improbidade administrativa foi ganhando força, até que, com a promulgação da Constituição de 1967, houve dois dispositivos relevantes cujo desiderato era resguardar a integridade da Administração Pública perante a prática de atos ilícitos, ambos enquadrados no artigo 150. O primeiro, insito no § 11, dispunha sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública direta ou indireta. Já o segundo, elencado no § 31 do referido dispositivo, alçou à categoria constitucional o instituto da ação popular, concedendo a qualquer cidadão a legitimidade para propor a aludida demanda com o objetivo de anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.⁷⁰

Na esfera criminal cabe registrar o Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967,⁷¹ que traz extenso rol de condutas que tipificam o crime de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, dentre eles, apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio; utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos; desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas (artigo 1º, I, III e III, respectivamente).

Em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição da República vigente no País, oportunidade em que, conforme dissertado no capítulo anterior, a proteção à moralidade administrativa, cuja espécie é a probidade administrativa, passou a receber a devida

⁷⁰ BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

⁷¹ BRASIL. Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

importância, sendo alçada à categoria de preceito constitucional a ser observado pela Administração Pública no exercício de sua atividade.

Contudo, ante os reiterados escândalos de corrupção que assolaram o País no início da década de 1990, dentre eles, o caso do ex-presidente da República Fernando Collor de Mello, que culminou com o seu *impeachment* pelo crime de responsabilidade, tipificado no artigo 85, inciso V, da Constituição Federal, a sociedade brasileira passou por profunda reformulação de seus valores éticos e morais, o que deu celeridade à tramitação de projetos perante o Congresso Nacional que objetivavam sancionar com mais rigor os atos de improbidade administrativa.

Consoante já citado, a própria CF/1988, no artigo 37, § 4º, atrelou a prática da improbidade administrativa à aplicação de sanções de extrema gravidade com o objetivo de coibir a ocorrência de ilícitos na esfera da Administração Pública, com a possibilidade do sancionamento do agente ímprobo mediante a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Foi, então, editada a já mencionada Lei nº 8.429/1992, que, no artigo 25,⁷² revogou expressamente as Leis nºs 3.164/1957 e 3.502/1958 com a finalidade de regulamentar em todo o território nacional as hipóteses que tipificam os atos de improbidade administrativa e suas respectivas sanções.

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA), no que tange ao conceito de improbidade administrativa trazido pelo § 4º do artigo 37 da CF, evoluiu demasiadamente em relação às Leis Pitombo Godói-Ilha e Bilac Pinto, visto que estas se limitavam, apenas, a sancionar o agente público faltoso com o perdimento de bens havidos mediante condutas caracterizadas como abuso do cargo ou emprego que o respectivo servidor ocupava, ao passo que a Lei nº 8.429/1992 acrescentou ao rol dos atos de improbidade administrativa determinadas ações ou omissões violadoras de princípios constitucionais, ainda que não haja prejuízo patrimonial ao erário.

Esse ineditismo legal aperfeiçoou de modo salutar e oportuno a legislação acerca do combate à prática da improbidade administrativa, pois nem sempre o ato ímprobo acarreta prejuízo ao patrimônio público. Cite-se, como exemplo, prefeito municipal que, após a prévia

⁷² Nos termos do art. 25, a lei em questão dispôs: “Ficam revogadas as Leis nºs 3.164, de 1º de junho de 1957, e 3.502, de 21 de dezembro de 1958 e demais disposições em contrário.” (BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017).

e justa indenização em dinheiro, pratica atos administrativos previstos na legislação federal expropriatória, implantando servidões administrativas, prescindíveis ao interesse público local, em imóvel de empresário do próprio município, seu adversário político, com o intuito exclusivo de persegui-lo e desestabilizá-lo politicamente. Nesta hipótese, prejuízo algum há ao patrimônio do Município e, tampouco, enriquecimento ilícito pelo chefe do Poder Executivo Municipal, contudo, o aludido ato administrativo viola de modo cabal os princípios reitores da Administração Pública, como, *v.g.*, os da impessoalidade e da moralidade e, por consequência, o aludido agente político afronta solenemente a probidade administrativa, sendo nulo de pleno direito o ato praticado.

A Lei nº 8.429/1992 exsurgiu como um importante instrumento jurídico de combate à improbidade administrativa, não apenas em face do enriquecimento ilícito do agente em razão do exercício funcional ímprobo, como dos atos lesivos ao erário e, também, à conduta comissiva ou omissiva atentatória aos princípios da Administração Pública.

Antes de analisar as modalidades de improbidade tipificadas na lei em questão, faz-se mister estabelecer a autonomia sancionatória desse Diploma Legal em face das tradicionais espécies de responsabilidade, quais sejam, a civil, a penal e a administrativa, eis que pressuposto essencial à compreensão e aplicação adequada do regime jurídico e à efetividade de suas normas.

2.2 Autonomia constitucional da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA)

No âmbito da Administração Pública, agir com probidade é agir com lealdade, honestidade, de acordo com os preceitos éticos e morais no trato com a coisa pública. Em sendo assim, pode-se afirmar que a improbidade administrativa seria a violação da honestidade para com a coisa pública pelo agente público ou por parceiro privado que atua com bens e poderes públicos. Diante do ilícito, o Direito contempla a responsabilização pelos atos infracionais, a fim de proteger bem jurídico tutelado que, se violado, impõe-se determinada sanção ao infrator.

Ao longo do século XX, a doutrina tradicional brasileira classificava a responsabilidade dos agentes públicos em face da infração do dever funcional em três searas: a civil, a penal e a administrativa ou disciplinar.

Nas palavras de Alcino de Paula Salazar:

As infrações do dever funcional produzem consequências jurídicas que, como é corrente, bem se distinguem: podem afetar as normas ordenadoras do aparelhamento administrativo, prejudicando a marcha normal do respectivo serviço; podem constituir um delito previsto na lei penal; ou, finalmente, podem ocasionar dano a um patrimônio. Daí a conhecida classificação tripartida da responsabilidade do funcionário em disciplinar ou administrativa, penal e civil.⁷³

Nessa mesma linha, Lafayette Pondé declara:

Investido no seu cargo, ou função, o servidor público tem deveres estabelecidos: a) pela lei penal, que preserva interesses reputados fundamentais do grupo social e que, para protegê-los, qualifica especificamente de crime ou contravenção a violação dêles; b) pela legislação que define a esfera jurídica pessoal dos demais indivíduos, ou sujeitos de direito, e impõe a cada qual dêstes a obrigação correlata de não lesar a esfera jurídica alheia; c) pela lei definidora do cargo, ou função, e reguladora do funcionamento do serviço público. Daí as espécies de responsabilidade a que fica êle sujeito, segundo a categoria do dever violado: a responsabilidade penal, a responsabilidade civil, a responsabilidade administrativa.⁷⁴

A corroborar esse entendimento, Aníbal de Mello Couto aduz que “o desvio aos deveres funcionais acarreta ao servidor consequências legais de efeitos civis, penais e disciplinares”.⁷⁵

A responsabilidade disciplinar ou administrativa decorre da violação dos deveres especificamente impostos ao agente público resultante de seu vínculo com a Administração Pública.

A legislação atinente à esfera de responsabilização administrativa decorre de um regime jurídico composto de normas reguladoras de competência, das atribuições, do modo como proceder, da conduta dos agentes, a fim de assegurar a realização de seu exercício funcional de forma exemplar e eficiente.

⁷³ SALAZAR, Alcino de Paula. Responsabilidade do funcionário público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 4, p. 35-47, abr. 1946, p. 35.

⁷⁴ PONDÉ, Lafayette. A responsabilidade dos funcionários públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 35, p. 12-27, jan./mar. 1954, p. 12.

⁷⁵ COUTO, Aníbal de Mello. Da responsabilidade do servidor público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 509-516, jul./set. 1954, p. 510.

A disciplina especial está tipificada no regulamento ou no estatuto da respectiva classe e, geralmente, contém preceitos aplicáveis a todos os agentes públicos, e, violados os dispositivos disciplinares, exsurge a responsabilização do agente público e o consequente dever de sancioná-lo disciplinarmente pela Administração em face de sua responsabilidade administrativa.

Essa responsabilidade é apurada na esfera interna da Administração e precedida de processo administrativo disciplinar, garantindo-se ao agente público, na via administrativa, o devido processo legal, com direito ao contraditório e a ampla defesa, princípios constitucionais basilares. Logo, também seria inapropriado inserir a responsabilidade do agente ímprobo como simples categoria jurídica disciplinar, apurada e sancionada na via administrativa pela própria Administração, ao contrário do que ocorre com a improbidade administrativa em que essas apurações e sanções estão inseridas na órbita da ação judicial. A falta funcional gera o ilícito administrativo e dá ensejo à aplicação de pena disciplinar ao agente faltoso, independentemente do ajuizamento ou do desfecho de eventual processo civil que esteja tramitando em desfavor do servidor.⁷⁶

Por sua vez, a responsabilidade criminal deflui do Direito Penal e se caracteriza pela violação de bens jurídicos tutelados pelo Estado, cujos atos são típicos e antijurídicos e, dependendo do ilícito praticado pelo indivíduo, pode até mesmo cercear um dos direitos mais valiosos do ser humano, qual seja, a liberdade. Desta feita, inserir a improbidade administrativa na esfera do Direito Penal implicaria reduzir, ou até mesmo restringir, o campo sancionatório do ato ímprobo, na medida em que os ilícitos que não se enquadrassem na tipologia do crime escapariam da alçada punitiva, como ocorre, por exemplo, com a violação dos princípios que norteiam a Administração Pública que, por ostentarem conceito aberto e indeterminado, são incompatíveis com a tipificação dos ilícitos penais.

A terceira espécie de responsabilidade é a civil, a qual exige, necessariamente, a ocorrência de um dano ou prejuízo causado pelo agente público a um sujeito, seja pessoa física ou jurídica, particular ou pública, inclusive, aquela a que ele estiver vinculado. Na relação jurídica estabelecida em que o agente público figurará no polo passivo, cumpre registrar que ele deverá responder pessoalmente pelo prejuízo efetivamente causado e este dano deverá ser certo, mensurável, aferível economicamente. Outro pressuposto essencial para essa espécie de

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 507.

responsabilização é a necessidade de o dano causado decorrer de ato ilícito praticado pelo agente, comissivo ou omissivo, ao menos culposos, sendo certo que a falta do elemento subjetivo da culpa afasta a responsabilidade civil por eventual dano ou prejuízo ocasionado.

Na visão do presente estudo, essas três esferas são independentes e podem ser apuradas, separada ou conjuntamente, cabendo apenas consignar que a condenação por ilícito criminal implica, necessariamente, a condenação das outras duas, todavia, o inverso não é verdadeiro, haja vista que a absolvição na ação penal, por falta de provas ou ausência de dolo, não tem o condão de afastar a culpa administrativo-disciplinar e civil do servidor público.

Entretanto, por se tratar o Direito de uma ordem normativa axiológica, a classificação tradicional não mais se adapta à realidade normativa atual que, conforme demonstrado no item anterior, avançou com robustez no tocante ao regime de responsabilidade dos agentes públicos.

O atual texto constitucional consagra os direitos civis e sociais a serem implementados pelo exercício de direitos políticos, mediante a representação e a participação política direta, ao declarar no artigo 1º, parágrafo único, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.⁷⁷ Por sua vez, o artigo 14 estabelece os três institutos por meio dos quais ocorrerá a participação popular direta, quais sejam, o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular legislativa. Igualmente, há a iniciativa popular legislativa prevista para os três níveis de Poder, conforme dispõem os artigos 61, § 2º; 27, § 4º; e 29, inciso IX. Ainda, a participação política, por intermédio do sistema partidário, nos termos do artigo 17, tem como propósito que o mecanismo legislativo possa refletir com razoável precisão a vontade popular.

Na seara eleitoral, com o Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal trouxe dispositivos específicos relevantes para a matéria, como a jurisdição especializada atribuída aos membros do Poder Judiciário (art. 92, V), a composição da Justiça Eleitoral (arts. 118 a 120), reservando à Lei Complementar o tratamento da organização e competência dos Tribunais, dos juízos de direito e das juntas eleitorais (art. 121).

O artigo 14, § 9º, da CF/1988 fixou os casos de inelegibilidade com o objetivo de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, observando-se a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência

⁷⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

do poder econômico ou abuso do exercício da função, cargo ou emprego na Administração Pública direta ou indireta.

A Lei Complementar (LC) nº 64, de 18 de maio 1990, regulamentou, no artigo 19, a investigação jurisdicional eleitoral da prática de transgressões referente à origem de valores pecuniários, ao abuso de poder político ou econômico em detrimento da liberdade de voto, cujo desiderato evidente é o de apurar e punir a influência do abuso do exercício de função, cargo ou emprego em toda a Administração Pública.⁷⁸

Igualmente, no artigo 22, inciso XIV, da lei supra, fixou a sanção de inelegibilidade pelo período de oito anos subsequentes à eleição em que se constatou o “uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político”.

Também a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), estabelece, no artigo 73, incisos I a VIII, a vedação de uma série de condutas praticadas por agentes públicos que possam afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais, como por exemplo, “ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária”⁷⁹ (inc. I), ou, “fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público”⁸⁰ (inc. IV).

Assim, é inegável a existência da responsabilidade do agente público na esfera eleitoral.

José Roberto Pimenta Oliveira⁸¹ aponta, ainda, outras esferas de responsabilidade do agente público, v.g., por irregularidade formal e material de contas, pelo crime de responsabilidade, de natureza político-legislativa etc., todavia, é despidendo tecer mais

⁷⁸ BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

⁷⁹ BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições). Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/lei-das-eleicoes/lei-das-eleicoes-lei-nb0-9.504-de-30-de-setembro-de-1997>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 91-141.

comentários sobre a legislação atinente a essa matéria, uma vez que transcende o objeto do presente estudo.

Ao retomar a análise atinente à classificação clássica das esferas de responsabilidade, verifica-se a dificuldade jurídica de se enquadrar o ato de improbidade administrativa e as suas respectivas sanções nessas três esferas de responsabilização. Destarte, pode-se afirmar a existência de categoria de responsabilidade dotada de indiscutível autonomia, com regime jurídico próprio de tipificação dos atos infracionais e suas respectivas sanções.

A responsabilidade por improbidade administrativa não apenas possui autonomia própria como também encontra fundamento na Constituição Federal, mais precisamente nos artigos 15, inciso V, e 37, § 4º.⁸²

O artigo 37, § 4º, mencionado evidencia de modo inequívoco a coexistência da responsabilidade administrativa e penal, sendo esse dispositivo constitucional o vértice utilizado pelo legislador para elaboração da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA).

Ambos os dispositivos constitucionais ora referidos preveem graves sanções como juízo de reprovação à prática do ato de improbidade administrativa, sendo imputado, pelo artigo 37, § 4º, da CF, ao agente ímprobo punição que vai desde o mero ressarcimento ao erário até a suspensão dos direitos políticos. Contudo, a Constituição Federal limitou-se apenas a informar as sanções aplicáveis, sem especificar qual seria o conteúdo do termo improbidade administrativa, delegando essa atribuição à legislação infraconstitucional.

Assim, a Lei nº 8.429, de 3 de junho de 1992 (LIA), foi concebida com a finalidade de regulamentar o artigo 37, § 4º, da CF/1988, especificando os atos de improbidade administrativa, bem como aplicando e mensurando as respectivas sanções sob a égide da norma constitucional. Com isso, a LIA passou a punir não apenas os atos ímprobos que acarretam

⁸² O art. 15 dispõe: “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...]

V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Art. 37. [...] § 4º – Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017).

lesão ao erário e enriquecimento ilícito do servidor público, mas também as condutas infracionais que violam os princípios reitores da Administração Pública.

Em razão de, no que tange à matéria de improbidade administrativa, a base constitucional não ter esgotado as consequências desfavoráveis aos agentes ímprobos, a LIA acrescenta ao rol das sanções constitucionais a perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente, a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público, bem como de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

A Lei nº 8.429/1992, com o escopo de estabelecer uma gradação de modo racional às sanções, elenca os atos ímprobos em quatro categorias, cuja escala de gravidade revela o grau de lesividade à probidade: (a) aqueles que importam no enriquecimento ilícito do agente público, independentemente de dano ao erário, dispostos no artigo 9º; (b) os efetivamente lesivos ao erário, nos termos do artigo 10; (c) e aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública, independentemente de enriquecimento ilícito ou dano ao erário; e (d) os atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, nos termos do artigo 10-A, acrescentados a essas espécies de improbidade pela Lei Complementar nº 157, de 29 de dezembro de 2016.⁸³ Passa-se, a seguir, à análise dessas modalidades de improbidade administrativa.

2.3 Das modalidades de improbidade administrativa

Antes de examinar o mérito das modalidades de improbidade administrativa, faz-se necessário consignar que o sujeito ativo da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) vem especificado no artigo 1º, *caput* e parágrafo único, e pode ser qualquer agente público. A própria LIA define no artigo 2º o conceito de agente público como “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”.

⁸³ BRASIL. Lei Complementar nº 157, de 29 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp157.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

Logo, pode-se afirmar que todo agente público, sem exceção, submete-se aos ditames da LIA quando praticar ilícito funcional nela previstos.

Contudo, o regime da Lei de Improbidade alcança até mesmo aquele que não é agente público, mas “induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”, nos termos do artigo 3º da Lei em questão. Em outras palavras, pode figurar no polo ativo do ato de improbidade particular que se beneficie da prática ou auxilie servidor a cometer atos que contrariem os preceitos reitores da Administração Pública e a própria atividade funcional para a qual foi nomeado.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁴ define com exatidão o conceito de agente público ao assentar que “Todos aqueles que prestam serviço ao Poder Público (União, Estados, Municípios e respectivas autarquias) ou realizam atividades da alçada deste podem ser designados agentes públicos”.

Por sua vez, Marcelo Caetano conceitua agente público elucidando que “Todo aquele que exerça uma atividade implicando prestação pessoal de serviços à Administração Pública, sob a direção dos respectivos órgãos, será um agente da Administração”⁸⁵.

Infere-se, pois, que agentes públicos são todas as pessoas físicas prestadoras de serviços ao Estado, podendo-se afirmar que serão punidos na forma da Lei os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, isto é, *agentes políticos, servidores públicos ou particulares em colaboração com o Poder Público*⁸⁶, em conluio com o particular ou não, contra a Administração Pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios.

A Lei nº 8.429/1992 relaciona quatro modalidades de atos de improbidade administrativa, os quais encontram-se tipificados nos artigos 9º, 10, 10-A e 11 do aludido texto legal.

O artigo 9º apresenta os atos de improbidade que importam no ganho patrimonial ilícito pelo próprio agente público faltoso, conforme preceitua Wallace Paiva Martins Junior:

⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos: regime jurídico do funcionário público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 3.

⁸⁵ CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 285.

⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 6.

[...] a punição dirige-se aos atos que importam enriquecimento ilícito, conceituado, ampla e genericamente, como auferimento de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades descritas no artigo 1º.⁸⁷

Já no artigo 10, estão relacionados os atos ímprobos que ensejam o prejuízo patrimonial do ente público, o que, assevera Martins Junior, é dado “pela compreensão da noção de perda patrimonial, que é o efeito do ato comissivo ou omissivo do agente, e expressa-se na redução ilícita dos valores patrimoniais”⁸⁸.

O artigo 10-A estabelece como ato de improbidade a concessão, a aplicação ou a manutenção de benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o *caput* e § 1º do artigo 8º-A da Lei Complementar nº 116/2003, que trata do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) dos Municípios e do Distrito Federal.

Por sua vez, no artigo 11, estão arrolados os atos de improbidade que violam os princípios norteadores da Administração Pública, sendo prescindível o enriquecimento ilícito do agente ou o prejuízo patrimonial ao erário.

Não obstante a Lei nº 8.429/1992 tipifique os atos de improbidade administrativa nessas quatro categorias aqui elencadas, essa a tipificação não está adstrita apenas às infrações dispostas na referida Lei. Outros diplomas legais também possuem previsão expressa de atos dessa natureza, como é o caso da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, denominada Lei de Conflito de Interesses (LCI),⁸⁹ objeto desta dissertação, sobre a qual serão tecidas considerações mais aprofundadas oportunamente, o que não significa dizer que a tipificação dos atos de improbidade administrativa seja aberta e o rol de condutas elencadas para sua configuração seja exemplificativo, como sustenta parcela majoritária da doutrina brasileira.

Nessa linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que, “embora a lei, nos três dispositivos, tenha elencado um rol de atos de improbidade, não se trata de enumeração taxativa, mas meramente exemplificativa”.⁹⁰

⁸⁷ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 213.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 238.

⁸⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 820.

José dos Santos Carvalho Filho esclarece que o legislador optou por descrever no *caput* dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992 as condutas genéricas configuradoras da improbidade e nos incisos as condutas específicas, que configuram “relação meramente exemplificativa (*numerus apertus*), de onde se infere que inúmeras outras condutas fora da relação podem inserir-se na cabeça do dispositivo”.⁹¹

A natureza exemplificativa das condutas descritas como atos de improbidade também é defendida por Wallace Paiva Martins Junior,⁹² Pedro Roberto Decomain,⁹³ Marino Pazzaglini Filho⁹⁴ e Waldo Fazzio Júnior.⁹⁵

Entretanto, pugna-se que esse entendimento não é o mais adequado à aplicação do sistema normativo sancionatório tipificado da Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

O artigo 37, § 4º, da CF/1988 consagra a probidade administrativa como um bem jurídico essencial ao Estado Democrático de Direito, o qual estrutura o sistema normativo de caráter eminentemente punitivo, imposto a cargo do Poder Judiciário de jurisdição civil.

O *jus puniendi* da improbidade administrativa encontra respaldo no texto constitucional, em que a Constituição Federal estabelece o bem jurídico tutelado – a probidade administrativa – e impõe ao legislador ordinário o ônus de estruturar o regime jurídico sancionatório, conformando-o de modo a cumprir integralmente os preceitos da norma constitucional. Essa conformação legal é imprescindível à prestação da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário, no intuito de tutelar, reprimir e sancionar de modo exemplar atos que atentem contra a probidade administrativa, sendo vedado ao legislador infraconstitucional instituir previsão legal com o condão de afastar ou reduzir do juízo da tipificação do conteúdo das normas punitivas a agressão ao aludido bem jurídico.

O princípio constitucional reitor da atividade estatal de repressão aos atos de improbidade administrativa é o da legalidade formal, nos termos do artigo 5º, incisos II, XXIX

⁹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 994.

⁹² MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*, p. 207.

⁹³ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 55.

⁹⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 46, 65/104.

⁹⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 95, 124/173.

e LIV, e do artigo 37, *caput* e § 4º, podendo-se afirmar que apenas por meio de lei federal formal será possível estabelecer as sanções aplicáveis às condutas ímprobas.

A propósito do *jus puniendi* do Estado e a necessária previsibilidade legal para aplicação de sanções ao agente ímprobo, José Roberto Pimenta pondera:

Qualquer parcela de *jus puniendi* estatal pressupõe, na lei, a descrição formal da conduta proibida e a fixação explícita da medida sancionatória, cuja imputação jurídica se perfaz uma vez subsumidos os fatos à hipótese legal. Isto significa que o Estado de Direito abomina a ideia de ausência de previsibilidade no exercício de potestades sancionatórias, porque este vício é sinal seguro de arbitrariedade. Impõe-se, pois, não apenas a legalidade como sinônimo de autorização legal, mas tipicidade legal, no sentido exato de que a competência pública encontre na lei a categorização dos fatos e das sanções passíveis de serem infligidas aos infratores da norma jurídica.⁹⁶

Com efeito, é inaceitável que determinada sanção seja aplicada sem a prévia existência de lei definindo certa conduta como ilícita, ou seja, não há que se falar em prática de ato de improbidade se não houver tipicidade legal, até porque, conforme os princípios da anterioridade da lei e da legalidade ínsitos no artigo 1º do Código Penal brasileiro de que “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”⁹⁷ (*nullum crimen nulla pena sine previa lege*), isto é, norma não incriminadora corroborada por preceito também estabelecido no artigo 5º, inciso XXXIX, da CF/1988, segundo o qual, igualmente, “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.⁹⁸

A LIA segue nessa toada, considerando que, para determinada conduta funcional de agente público ser considerada ato de improbidade administrativa, é imprescindível a prévia tipificação do ato como ilícito funcional. Na falta dessa tipificação, não há que se falar em ato ímprobo em razão de se tratar de conduta atípica.

A prática de atos de improbidade enseja a imposição de sanções de alto grau de prejudicialidade ao infrator, como por exemplo, a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública (art. 37, § 4º, da CF/1988). Daí, pode-se afirmar que a inexistência expressa de previsão legal acerca da conduta ilícita, bem como da sanção aplicável ao agente supostamente

⁹⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 204.

⁹⁷ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

⁹⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

ímprobo ofende o princípio constitucional da segurança jurídica e, ainda, como aduz José Roberto Pimenta “só a lei pode atingir o *status libertatis* e o *status civitatis* no ordenamento jurídico pátrio”.⁹⁹

Conforme já salientado, a Lei nº 8.429/1992 classifica os atos de improbidade administrativa em quatro grupos ou espécies: (a) aqueles que importam em enriquecimento ilícito ao agente, independentemente de dano ao erário (art. 9º); (b) os que, efetivamente, causam dano ao erário (art. 10); (c) aqueles decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A, acrescido pela LC nº 157/2016); e (d) os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

A subsunção adequada de determinado ato de improbidade administrativa a uma das quatro modalidades supramencionadas é fundamental, sobretudo, se consideradas as distintas gradações das respectivas sanções aplicáveis a cada uma dessas categorias. Essa subsunção adequada explica-se pelo fato de a aplicação das sanções variar de acordo com a natureza e a gravidade do ato de improbidade, daí por que a necessidade da correta tipificação legal do ato ímprobo nessas quatro categorias.

Por todas as razões expostas, defende-se a ideia de que o rol dos atos de improbidade constante da LIA é taxativo e não exemplificativo como apregoa parcela majoritária da doutrina brasileira.

Tecidas essas considerações, passa-se à análise de cada uma das quatro categorias.

2.3.1 Dos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito

A improbidade administrativa que importa no enriquecimento ilícito é considerada pela doutrina e jurisprudência pátrias a modalidade mais grave desse tipo infracional, porquanto contempla o comportamento impuro do agente público que, no exercício de sua função administrativa, age de modo desonesto e imoral, conforme opina Marino Pazzaglini Filho, assegurando que se trata “da modalidade mais grave e ignóbil de improbidade administrativa,

⁹⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*, p. 203.

pois contempla o comportamento torpe do agente público que desempenha funções públicas de sua atribuição de forma desonesta e imoral”.¹⁰⁰

Disposto no artigo 9º da Lei nº 8.429/1992, esse tipo de improbidade possui doze hipóteses distintas de atos que acarretam no enriquecimento ilícito do agente, as quais estão devidamente expressas nos incisos I a XII do referido dispositivo, cuja característica comum reside no ato de auferir vantagem econômica indevida pelo agente, para si ou para outrem, em razão do exercício desonesto de cargo, mandato, função, emprego ou atividade pública.

O ato improbo tipificado no artigo 9º da LIA caracteriza-se pela necessária auferição de vantagem indevida decorrente do desvio dos fins a que o agente está atrelado em razão de seu vínculo com a Administração Pública, sendo irrelevante a ocorrência de prejuízo ao patrimônio público para sua configuração.

Nas palavras de Francisco Octavio de Almeida Prado:

O *caput* do artigo 9º indica o núcleo essencial de todos os atos de improbidade administrativa que importem enriquecimento ilícito, envolvendo esse núcleo, necessariamente, a auferição de vantagem patrimonial indevida pelo agente público, em razão do exercício de suas atribuições, que seja ele exercente do mandato, cargo, emprego, função ou atividade nas entidades públicas ou assemelhadas, referidas no artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa.¹⁰¹

Portanto, o núcleo desse tipo legal consiste no aumento patrimonial em razão da citada vantagem auferida pelo servidor, conforme pondera Marcelo Figueiredo:

Entendemos que infringe a norma todo agente que obtenha, receba, perceba, direta ou indiretamente, um “interesse” que afronte o padrão jurídico da probidade administrativa, tal como encartada na Constituição Federal e nas leis. Sua conduta deve estar impregnada de ilicitude e de elementos antijurídicos.¹⁰²

A premissa central para a configuração do enriquecimento ilícito é o recebimento da vantagem patrimonial indevida no exercício da função pública, independentemente da ocorrência de dano ao erário.

¹⁰⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 59.

¹⁰¹ PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 72.

¹⁰² FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 81.

Não se admite, destarte, a punição da tentativa da prática de atos que importem no enriquecimento ilícito, pois somente haverá a improbidade tipificada no artigo 9º em caso de consumação da conduta e do conseqüente aumento patrimonial do agente, ou seja, para a tipificação do ato ímprobo insito no artigo 9º da LIA é indispensável o efetivo recebimento de vantagem patrimonial indevida, à exceção do previsto no inciso V desse dispositivo, que tipifica como ato ímprobo o mero aceite da promessa de vantagem econômica de qualquer natureza “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”.¹⁰³

O inciso V em foco estabelece como ato de improbidade o agente público que, no exercício da sua função, aceite propina ou promessa de pagamento, para não coibir ou reprimir ato sabidamente ilícito, permitindo que este se inicie ou permaneça incólume. Depreende-se que à configuração desse tipo de improbidade basta a simples aceitação da promessa, anuindo com o recebimento futuro da vantagem ilícita para deixar de exercer o mister para o qual foi investido, isto é, combater a ilicitude.

Outro aspecto relevante desse tipo infracional é a desnecessidade da ocorrência de prejuízo ao erário ou ao patrimônio público para que reste violado o artigo 9º. Nos dizeres de Marino Pazzaglini Filho, “Ainda que não concorra o prejuízo ao erário ou ao patrimônio público, a percepção, mesmo que indireta, de dinheiro, bem móvel, imóvel ou qualquer outra atividade econômica já configura esse tipo legal”.¹⁰⁴

Nessa mesma linha, Francisco Octávio de Almeida Prado sustenta:

Para a configuração do enriquecimento ilícito não é necessária a verificação de dano ou prejuízo ao erário. Na verdade, o bem jurídico protegido é a probidade na administração, e esse bem é agredido sempre que o agente público se desvia dos fins legais a que está atrelado, em contrapartida à percepção de vantagem patrimonial.¹⁰⁵

Ponto que merece cuidadosa atenção do intérprete e aplicador da lei é a necessidade do elemento subjetivo dolo à configuração desse tipo de ato de improbidade. Nenhuma das modalidades dispostas nos doze incisos do artigo 9º da LIA admite a improbidade decorrente

¹⁰³ BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁰⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 57.

¹⁰⁵ PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade administrativa*, p. 72.

da conduta culposa, isso porque todas as atividades suscetíveis de gerar o enriquecimento ilícito pressupõem a consciência da antijuridicidade do resultado pretendido. Seria inconcebível admitir que um servidor público, ou terceiro, enriqueça a expensas da atividade pública, em razão de seu vínculo funcional com a Administração Pública, motivo pelo qual, não há que se falar de enriquecimento ilícito decorrente de negligência ou imprudência, conforme aduzem Marino Pazzagliini Filho, Márcio Fernandes Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior:

Nenhuma das modalidades admite a forma culposa; todas são dolosas. É que todas as espécies de atuação suscetíveis de gerar enriquecimento ilícito pressupõem a consciência da antijuridicidade do resultado pretendido. Nenhum agente desconhece a proibição de se enriquecer às expensas do exercício de atividade pública ou de permitir que, por ilegalidade de sua conduta, outro o faça. Não há, pois, enriquecimento ilícito imprudente ou negligente. De dolo é que se trata.¹⁰⁶

Depreende-se com facilidade da simples leitura do artigo 9º que tal dispositivo não faz nenhuma alusão a elemento subjetivo que configure a infração disciplinar na modalidade culposa, sobretudo, porque seria impensável admitir que alguém seja corrupto ou desonesto, por imprudência, negligência e imperícia. A propósito, Calil Simão aduz:

O agente público, quando recebe uma vantagem indevida, o faz sabendo da ilicitude de sua conduta, bem como da impossibilidade de tal fato ocorrer no âmbito da Administração Pública. É impossível, assim, que o agente se enriqueça ilicitamente por imprudência, negligência ou imperícia. Esse estado anímico não se compatibiliza com o tipo legal do artigo 9º da LIA, caput e incisos.¹⁰⁷

Na apuração do ato de improbidade que resulte em enriquecimento ilícito, cabe ao autor da ação o ônus de comprovar a eventual desproporção entre a renda auferida pelo agente e a sua evolução patrimonial, porém, uma vez demonstrada a aludida desproporcionalidade caberá ao réu provar a licitude do aumento patrimonial obtido. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito do ônus da prova em ação de improbidade administrativa que envolva aumento patrimonial indevido de agente público, tipificado no inciso VII.

Infere-se, ante o exposto, que, à configuração do ato de improbidade administrativa que importe no enriquecimento ilícito, nos termos do artigo 9º da Lei nº 8.429/1992, faz-se

¹⁰⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, p. 58.

¹⁰⁷ SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*. 3. ed. Leme, SP: J. H. Mizuno, 2017. p. 217.

necessária a ocorrência concomitante de quatro requisitos: (a) participação de agente público na relação jurídica imoral; (b) obtenção de vantagem indevida decorrente da função pública, seja pelo agente ou em favor de terceiro; (c) comportamento doloso; e (d) existência do nexo de causalidade entre o exercício funcional e a vantagem indevida auferida.

2.3.2 Dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário

A modalidade de improbidade administrativa derivada de atos que causem prejuízo ao erário dá-se com a conduta omissiva ou comissiva do agente público. Aplica-se o vocábulo *erário* para designar o *tesouro público*, o conjunto de bens ou valores pertencentes ao Estado.¹⁰⁸

Previsto no artigo 10 da Lei nº 8.429/1992, a violação ao erário que acarreta a improbidade administrativa independe da obtenção de vantagem indevida pelo agente público, bastando tão somente que a atuação do servidor incorra em prejuízo financeiro ao erário, economicamente aferível, mensurável.

Portanto, faz-se mister diferenciar o conceito de patrimônio público, empregado no artigo 9º da LIA, e a definição de erário, assinalando-se que este último se vincula a aspecto econômico-financeiro, ao tesouro, ao fisco, enquanto aquele relaciona-se ao complexo de bens e direitos de valor econômico, artístico, histórico, estético e turístico dos entes da Administração Pública. Em outras palavras, a concepção de patrimônio público não se restringe apenas ao caráter econômico do termo, mas, ao contrário, assume um aspecto mais amplo e geral em relação a erário.

Assim, o núcleo do tipo consiste na ofensa lesiva ao patrimônio público econômico-financeiro decorrente da conduta ilegal, comissiva ou omissa, dolosa ou culposa, de agente público que, no exercício da função, cause prejuízo efetivo ao patrimônio público pela perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres públicos.

¹⁰⁸ HOUAISS, Antônio; SALLES, Mauro de. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1.186.

Marçal Justen Filho afirma que a demonstração do efetivo prejuízo patrimonial ao erário é fundamental para o enquadramento do ilícito no artigo 10 da LIA, em face da inadmissibilidade de condenação ao ressarcimento de dano hipotético ou presumido:

[...] a infração do artigo 10 envolve um elemento material de resultado, sem o qual não há ilicitude. Trata-se de lesão ao erário. Sem prejuízo, não há infração do artigo 10. Assim, suponha-se o exemplo mais fácil de ser indicado, que é o da contratação direta. A mera constatação de que houve contratação direta em hipótese incabível é insuficiente para configurar, mesmo em tese, a existência da infração. É indispensável demonstrar que, além da omissão indevida da licitação, a contratação resultou em prejuízo para os cofres públicos. [...] Não é cabível estabelecer uma espécie de ficção de lesão aos cofres públicos, determinando que toda e qualquer conduta enquadrável no elenco do artigo 10 configuraria ato de improbidade. Isso infringiria a noção de improbidade em geral e o próprio texto do artigo 10, que explicitamente alude a ato que cause lesão ao erário.¹⁰⁹

Isabela Giglio Figueiredo, fundamentando-se em Marino Pazzaglini Filho, também defende a necessidade da ocorrência de efetivo dano material aos cofres públicos à caracterização da improbidade alicerçada no artigo 10 da LIA, pelo que sustenta ser pressuposto à configuração do ato de improbidade, além da ilegalidade, “a ocorrência de efetivo dano material aos cofres públicos, o que evidencia que o prejuízo presumido ou o dano moral não são suficientes para sua caracterização”.¹¹⁰

Todavia, pugna-se que esse regramento não é absoluto, mormente, considerando-se a possibilidade de dano *in re ipsa* à Administração, na hipótese da indevida dispensa de licitação, pelo agente público, à contratação da prestação de serviço particular, prevista no inciso VIII do artigo 10 da LIA, conforme entendimento do STJ¹¹¹ colacionado no rodapé deste texto.

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 703.

¹¹⁰ FIGUEIREDO, Isabela Giglio. *Improbidade administrativa – dolo e culpa*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 86.

¹¹¹ Veja-se ementa: “DIREITO ADMINISTRATIVO. PREJUÍZO AO ERÁRIO IN RE IPSA NA HIPÓTESE DO ARTIGO 10, VIII, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

É cabível a aplicação da pena de ressarcimento ao erário nos casos de ato de improbidade administrativa consistente na dispensa ilegal de procedimento licitatório (artigo 10, VIII, da Lei 8.429/1992) mediante fracionamento indevido do objeto licitado.

De fato, conforme entendimento jurisprudencial do STJ, a existência de prejuízo ao erário é condição para determinar o ressarcimento ao erário, nos moldes do artigo 21, I, da Lei 8.429/1992 (REsp 1.214.605-SP, Segunda Turma, DJe 13/6/2013; e REsp 1.038.777-SP, Primeira Turma, DJe 16/3/2011).

No caso, não há como concluir pela inexistência do dano, pois o prejuízo ao erário é inerente (*in re ipsa*) à conduta ímproba, na medida em que o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta, por condutas de administradores. Precedentes citados: REsp 1.280.321-MG, Segunda Turma, DJe 9/3/2012; e REsp 817.921-SP, Segunda Turma, DJe 6/12/2012” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.376.524 - RJ (2012/0110410-8). Min. Rel. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 02/09/2014. Disponível em:

Ademais, o inciso I do artigo 21 da LIA assevera expressamente que a aplicação das sanções previstas na lei independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público.¹¹²

A ilegalidade da conduta do agente é condição *sine qua non* à caracterização do ato de improbidade sob análise, tendo-se em conta que, se o dano decorrer da atuação do agente em conformidade com os ditames legais, não há que se falar em ato ímprobo. Por isso, é imprescindível que a atuação funcional do agente seja antijurídica e transgrida o conteúdo normativo reitor da Administração, seja por excesso de poder ou por desvio de finalidade, conforme aduzem Marino Pazzaglini Filho, Márcio Rosa e Waldo Fazzio Junior. Na expressão dos autores, nesse dispositivo, a lei tem por finalidade reprimir tão somente a conduta ilegal, isto é, “a perda patrimonial decorrente de ilicitude, [a qual] ainda que culposa, ensejará a punição no agente público nas sanções do artigo 12, inciso II”¹¹³ e não “punir quem, agindo legalmente, por culpa, cause prejuízo ao patrimônio público”.¹¹⁴

Desta feita, para a tipificação da improbidade nos termos do artigo 10 da LIA, é absolutamente desnecessária a obtenção, percepção ou auferição de vantagem pelo agente infrator, bastando que a sua conduta ilegal acarrete em prejuízo ao erário.

Os referidos doutrinadores prosseguem em sua explanação:

Em todas as espécies do artigo 10 o agente público realiza condutas que ensejam o enriquecimento indevido de terceiro, pessoa física ou jurídica. Não é preocupação do legislador, neste dispositivo, o eventual proveito obtido pelo agente público, direta ou indiretamente, mas tão-somente seu agir ou não agir em benefício de outrem, contra o erário. É da subversão da atividade funcional que trata, quer dizer, do agente público que, inobservando o dever de zelar e proteger o erário, assiste ou colabora para que terceiro se beneficie, a dano dos cofres públicos.¹¹⁵

Emerson Garcia e Rogério Pacheco pugnam que o sentido teleológico atribuído ao artigo 10 da LIA deva ser ampliativo e irrestrito, de modo que a expressão perda patrimonial

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1344786&num_registro=201201104108&data=20140909&formato=PDF>. Acesso em: 17 ago. 2017).

¹¹² “Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I – da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento;” (BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017).

¹¹³ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, p. 72.

¹¹⁴ Ibidem, loc. cit.

¹¹⁵ Ibidem, p. 74.

utilizada no referido dispositivo alcance qualquer lesão causada ao patrimônio público, “sem exclusões dissonantes do sistema”,¹¹⁶ e não apenas a sua parcela econômico-financeira:

Como se vê, o sistema instituído pela Lei nº 8.429/92 não visa unicamente a proteger a parcela de natureza econômico-financeira do patrimônio público, sendo ampla e irrestrita a abordagem deste, o que exige uma proteção igualmente ampla e irrestrita, *sem exclusões dissonantes do sistema*. Afora a interpretação sistemática, afigura-se igualmente acolhedor o resultado de uma exegese teleológica. Neste sentido a *ratio* do artigo 10 Lei nº 8.429/1992 é clara: proteger o patrimônio (de natureza econômica ou não) das entidades mencionadas no artigo 1º, sujeitando o agente cuja conduta se subsuma à tipologia legal às sanções do artigo 12 II. Consequentemente, podem ser assentadas as seguintes conclusões: ao vocábulo erário, constante do artigo 10, caput, da Lei nº 8.429/1992, deve-se atribuir a função de elemento designativo dos entes elencados no artigo 1º, vale dizer, dos sujeitos passivos dos atos de improbidade; b) a expressão perda patrimonial, também constante do referido dispositivo, alcança qualquer lesão causada ao patrimônio público, concebido em sua inteireza.¹¹⁷

Todavia, no entendimento deste estudo, se o legislador não utilizou a expressão patrimônio público para tipificar as condutas ímprobas inseridas no artigo 10 da LIA, não cabe ao intérprete e aplicador da lei fazê-lo, sobretudo, em face da insegurança jurídica e das consequências deletérias que isso poderá gerar ao agente público em razão das graves sanções previstas na Lei de Improbidade.

Pelas razões aqui expostas, infere-se que, para a configuração do ato de improbidade administrativa tipificado no artigo 10 da Lei nº 8.429/1992, são indispensáveis três requisitos: (a) conduta ilícita do agente público; (b) ocorrência de prejuízo, ainda que presumido, ao erário; e (c) nexo de causalidade entre o exercício funcional e o prejuízo acarretado ao erário.

2.3.3 Dos atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário

A Lei Complementar nº 157/2016 ampliou o rol de atos de improbidade administrativa constantes da Lei nº 8.429/1992 (LIA), ao estabelecer novo tipo de ato ímprobo, assim como

¹¹⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p. 253.

¹¹⁷ Ibidem, p. 253-254. Grifou-se.

uma nova modalidade de punição, especificamente vinculadas aos atos de natureza tributária relacionados ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).

Com a edição da aludida Lei Complementar, a LIA passou a contar com a “Seção II-A”, contendo um novo dispositivo, o artigo 10-A, que tipifica como “ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do artigo 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003”.¹¹⁸

O primeiro ponto relevante da análise desse novo tipo legal diz respeito ao fato de a sua aplicação depender do comando de outra norma jurídica, no caso, o artigo 8º, *caput* e § 1º da LC nº 116/2003, a qual estabelece alíquota mínima do ISSQN de dois por cento, e veda a concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros ou a redução da base de cálculo estipulada no *caput* (e § 1º, primeira parte), exceto para os serviços previstos nos subitens 7.02, 7.05 e 16.01 do anexo da referida Lei Complementar (§ 1º, segunda parte).

Dessume-se, pois, que essa norma jurídica interfere diretamente e restringe a autonomia tributária dos Municípios e do Distrito Federal, considerando-se que compete a esses entes federativos dispor sobre a regulamentação e arrecadação do ISSQN. Vislumbra-se como principal objetivo desse dispositivo a intenção de prevenir a “guerra fiscal”¹¹⁹ entre os Municípios e/ou o Distrito Federal.

Essa norma jurídica não repercute de forma negativa no que se refere à arrecadação tributária desses entes federativos por dois motivos. Primeiro, porque a Lei Complementar estabelece uma alíquota mínima na questão arrecadatória aos Municípios e Distrito Federal e, segundo, porque há o rigor técnico procedimental para dispor sobre eventual concessão de qualquer benefício fiscal ou tributário pelos aludidos entes. O artigo 150, § 6º, da CF/1988 determina que “qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito

¹¹⁸ BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹¹⁹ O fenômeno da “Guerra Fiscal” trata-se, em termos econômicos, da disputa tributária no contexto federativo, ou seja, refere-se à intensificação de práticas concorrenciais extremas e não cooperativas entre os entes da Federação, no que diz respeito à gestão de suas políticas industriais. Assim, manipular as alíquotas de determinados tributos torna-se o elemento fundamental das políticas relacionadas à atração de empresas (SILVA FERNANDES, André Eduardo da; WANDERLEI, Nélcio Lacerda. A questão da guerra fiscal: uma breve resenha. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, out./dez. 2000, p. 6.).

presumido, anistia ou remissão”,¹²⁰ atinentes “a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no artigo 155, § 2º, XII, g”.¹²¹

O mencionado artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da CF/1988 aduz que compete à Lei Complementar regular a forma como os Estados e o Distrito Federal poderão deliberar acerca da concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais.

Ainda, o artigo 156, inciso III, da CF/1988 estabelece que compete aos Municípios instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, inciso II, desde que definidos em lei complementar. No § 3º desse mesmo dispositivo estabelece que cabe à Lei Complementar “I – fixar as suas alíquotas máximas e mínimas; II – excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior; III – regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”.¹²²

Depreende-se do disposto no artigo 10-A da LIA que, apesar de o tipo estar inserido como uma espécie de “adendo” ao artigo 10, que trata da improbidade por lesão ao erário, o rigor do sancionamento e a extensão daquele dispositivo, previsto no inciso IV do artigo 12, são menores do que os deste, tipificado no inciso II do artigo 12. Ademais, o artigo 10-A afastou a possibilidade da improbidade mediante conduta culposa, admitida pelo *caput* do artigo 10 da LIA.

Conforme assinalado, o dispositivo em análise excepciona a vedação contida na segunda parte do § 1º, do artigo 10-A, aos serviços relacionados nos subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa à LC nº 157/2016. Logo, a proibição contida *no caput* do artigo 10-A não é absoluta, sendo possível conceder isenção, incentivo ou benefício aos seguintes serviços:

7.02. execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS);

¹²⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹²¹ Ibidem.

¹²² Ibidem.

[...]

7.05 reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS);

16.01 serviços de transporte coletivo municipal rodoviário, metroviário, ferroviário e aquaviário de passageiros.¹²³

No que toca ao elemento subjetivo, no entendimento deste estudo, os atos de improbidade decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário dependem, necessariamente, da comprovação do dolo dos agentes envolvidos, pois apenas os atos de improbidade administrativa causadores de prejuízos ao erário podem ser praticados sob a forma culposa, uma vez que, ao contrário dos demais tipos de improbidade, o artigo 10 da Lei nº 8.429/1992 é o único a mencionar a culpa.¹²⁴

Frise-se que tanto a conduta comissiva do agente público que viole o núcleo do tipo legal quanto a conduta omissiva de não fazer cessar a situação proibida pelo núcleo do tipo são puníveis. O ato de improbidade administrativa em apreço não se consuma apenas nos casos de concessão de benefícios ou incentivos, mas também naqueles em que, existindo causa extintiva da concessão desses benefícios, o agente público deixe de adotar as medidas necessárias para cessá-lo.

Conclui-se, assim, que o núcleo para a configuração do ato de improbidade administrativa tipificado no artigo 10-A da Lei nº 8.429/1992 é a conduta dolosa do agente público em conceder, aplicar ou manter benefício financeiro tributário indevido.

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

Os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública são considerados de menor potencial de gravidade pela Lei nº 8.429/1992 e estão tipificados no artigo 11 e respectivos incisos.

¹²³ BRASIL. Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp116.htm#art8a§1>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹²⁴ A propósito, ver NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 85-86.

Consoante aduz o *caput* do aludido dispositivo, constitui ato de improbidade administrativa atentatório aos princípios reitores da Administração Pública qualquer ação ou omissão decorrente exercício da atividade funcional do agente público que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Ocorre que, da leitura do *caput* do artigo em comento, depreende-se que o legislador aparentemente equiparou o ato ilegal ao ato ímprobo, o que, conseqüentemente, tem sido objeto de severas críticas, pela doutrina, acerca da redação dada a esse tipo legal. Nessa linha, Marcelo Figueiredo argúi:

Deveras, novamente a lei peca por excesso ao equiparar o ato ilegal ao ato de improbidade; ou, por outra, o legislador, invertendo a dicção constitucional, acaba por dizer que ato de improbidade pode ser decodificado como toda e qualquer conduta atentatória à legalidade, lealdade, imparcialidade, etc. Como se fosse possível de uma penada, equiparar coisas, valores e conceitos distintos. O resultado é o arbítrio. Em síntese, não pode o legislador dizer que tudo é improbidade.¹²⁵

Certo é que nem toda ilegalidade caracteriza ato de improbidade, isso porque, consoante assinalado, para configuração do ato ímprobo é imprescindível que a conduta do agente no trato com a coisa pública esteja eivada de má-fé, desonestidade, deslealdade, caso contrário, toda e qualquer ofensa à lei implicaria as rigorosas sanções previstas pela Lei de Improbidade Administrativa.

Marino Pazzaglini Filho explica que, para tipificar ato de improbidade administrativa, a conduta do agente público “deve ter esse traço comum ou característico de todas as modalidades de improbidade administrativa: desonestidade, má-fé, falta de probidade no trato da coisa pública”.¹²⁶

Ainda, na explanação do doutrinador, não configuram improbidade administrativa aqueles atos administrativos ilegais não revestidos “de inequívoca gravidade, que não ostentam indícios de desonestidade ou má-fé, que constituem simples irregularidades anuláveis (e não

¹²⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*, p. 116.

¹²⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*, p. 111.

atos nulos de pleno direito)”,¹²⁷ decorrentes “da inabilitação ou despreparo escusável do agente público”.¹²⁸

Outra crítica tecida pela doutrina em face da redação dada a esse dispositivo legal refere-se ao seu caráter aparentemente aberto e indeterminado, conforme aduz Paulo Eduardo Bueno com veemência:

Entretanto, tal escolha foi extremamente infeliz, posto que simplesmente constitui uma norma indeterminada, que não pode ser admitida em um Estado Democrático de Direito. À primeira vista, poderíamos pensar que se trata de uma espécie de “lei em branco”, que, à semelhança da “norma penal em branco”, necessita ser complementada por outros preceitos quanto aos pressupostos configurados do ilícito, ou seja, remete ou reenvia sua determinação a uma outra norma jurídica. Entretanto, de norma em branco não se trata, pois, neste caso, o grau de indeterminação é muito maior, uma vez que a remessa ou reenvio é feito não a uma ou outra norma, mas a princípios ou deveres que, por sua própria natureza, já são indeterminados. Assim, a norma em exame representa a indeterminação da indeterminação, o que equivale a um nada jurídico, na medida em que a complementação fica exclusivamente ao arbítrio do intérprete.¹²⁹

Esse aparente indeterminismo torna-se perigoso na medida em que os resultados e consequências do ato ilegal e da ação de improbidade administrativa são distintos. Os atos ímprobos recebem sanções graves, como a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios e aplicar qualquer dessas sanções ao ato meramente ilegal importaria em flagrante injustiça.

Nessa linha já decidiu o STJ no REsp nº 480.387/SP,¹³⁰ em ação de improbidade administrativa, ao analisar a existência, ou não, de má-fé de administrador público, tendo

¹²⁷PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas, p. 111.

¹²⁸ Ibidem, loc. cit.

¹²⁹ BUENO, Paulo Roberto. Improbidade administrativa no exercício da atividade policial. In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio et al. *Improbidade administrativa – 10 anos da Lei nº 8.429/92*. Del Rey, 2002. p. 402.

¹³⁰ Veja-se ementa: “AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR PÚBLICO.

1. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do artigo 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (artigo 9º); b) que causem prejuízo ao erário público (artigo 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (artigo 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

2. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial.

pugnado pela descaracterização de má-fé *stricto sensu*, mesmo quando este age sem prévia autorização legal, pois, *in casu*, restavam ausentes o enriquecimento ilícito e a lesividade ao erário. Ainda, no entendimento do Tribunal, “A conduta fática não configura a improbidade.”,¹³¹ acrescentando, por fim, que “A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade”,¹³² o que não teria sido comprovado nos autos.

Contudo, faz-se necessário esclarecer que essa indeterminação contida na redação do artigo 11 é apenas aparente. Inegavelmente, a CF/1988 atribuiu grande relevância aos princípios reitores da Administração Pública, em especial pelo reconhecimento de sua força normativa e vinculante na esfera das relações que envolvam agentes públicos. Igualmente, a LIA enaltece a relevância dos princípios vetores da Administração, bem como a preocupação em tutelá-los

3. No caso específico do artigo 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa.

4. In casu, evidencia-se que os atos praticados pelos agentes públicos, consubstanciados na alienação de remédios ao Município vizinho em estado de calamidade, sem prévia autorização legal, descaracterizam a improbidade *stricto sensu*, uma vez que ausentes o enriquecimento ilícito dos agentes municipais e a lesividade ao erário. A conduta fática não configura a improbidade.

5. É que comprovou-se nos autos que os recorrentes, agentes políticos da Prefeitura de Diadema, agiram de boa-fé na tentativa de ajudar o município vizinho de Avanhandava a solucionar um problema iminente de saúde pública gerado por contaminação na merenda escolar, que culminou no surto epidêmico de diarreia na população carente e que o estado de calamidade pública dispensa a prática de formalidades licitatórias que venha a colocar em risco a vida, a integridade das pessoas, bens e serviços, ante o retardamento da prestação necessária.

6. É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito.

7. É de sabença que a alienação da res publica reclama, em regra, licitação, à luz do sistema de imposições legais que condicionam e delimitam a atuação daqueles que lidam com o patrimônio e com o interesse públicos. Todavia, o artigo 17, I, ‘b’, da lei 8.666/93 dispensa a licitação para a alienação de bens da Administração Pública, quando exsurge o interesse público e desde que haja valorização da oportunidade e conveniência, conceitos estes inerentes ao mérito administrativo, insindicável, portanto, pelo Judiciário.

8. In casu, raciocínio diverso esbarraria no artigo 196 da Constituição Federal, que assim dispõe: ‘A saúde é considerada dever do Estado, o qual deverá garanti-la através do desenvolvimento de políticas sociais e econômicas ou pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.’, dispositivo que recebeu como influxo os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), da promoção do bem comum e erradicação de desigualdades e do direito à vida (artigo 5º, caput), cânones que remontam às mais antigas Declarações Universais dos Direitos do Homem. [...]. Recursos especiais providos.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 480.387/SP. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, 16/03/2007. Grifou-se. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=460364&num_registro=200201498252&data=20040524&formato=PDF>. Acesso em: 17 ago. 2017).

¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 480.387/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, 16/03/2007. Grifou-se. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7329049/recurso-especial-resp-480387-sp-2002-0149825-2>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹³² Ibidem.

como ocorre, por exemplo, com o artigo 4º, o qual impõe aos agentes públicos a obrigação de “velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos”.

A violação aos princípios poderá ou não acarretar em ato de improbidade administrativa, caracterizando-se como ilícito funcional caso a conduta do agente público viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, nos termos do artigo 11 da LIA. Em outras palavras, o ato ímprobo por lesão aos princípios não se trata apenas de simples violação ao princípio da legalidade ou da imparcialidade, mas, em verdade, refere-se à lesão impregnada de deslealdade, má-fé, desonestidade no trato da coisa pública. Admitir que o mero desrespeito ao princípio da legalidade seria o suficiente para configurar ato de improbidade seria aceitar que qualquer vício de formalidade legitimaria a aplicação das sanções gravíssimas dispostas no artigo 12 da LIA, sendo despicienda a análise substancial do ato.

Para a configuração do ato de improbidade tipificado no artigo 11, pressupõe-se, necessariamente, a consciência de ilicitude da ação ou omissão praticada pelo agente público, ou seja, é imprescindível a presença do elemento subjetivo dolo, sem o qual, não há que se falar em improbidade administrativa. A conduta do administrador passível de sanção é aquela maculada pela má-fé, desonestidade, deslealdade e que viola os princípios reitores da Administração, prescindindo do enriquecimento ilícito do agente ou do dano aos cofres públicos.

A propósito, José Roberto Pimenta Oliveira explica que, usualmente, a doutrina refere-se à má-fé “como elemento necessário à tipificação subjetiva do ato ímprobo”,¹³³ mas que essa “utilização comum da noção é cara ao âmbito da responsabilidade civil”.¹³⁴ O autor sustenta que, “No direito punitivo da improbidade, má-fé tem equivalência com dolo, conduta contrária à lei, com plena consciência da ilicitude. Com esta adequada significação, a improbidade cristalizada na ofensa à lealdade e à imparcialidade”.¹³⁵

Assinala-se, uma vez mais, que o simples descumprimento de princípio constitucional pelo agente público, contanto que seja desprovido de má-fé, deslealdade, falta de probidade, não constitui ato de improbidade administrativa.

¹³³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*, p. 277.

¹³⁴ *Ibidem*, loc. cit.

¹³⁵ *Ibidem*, loc. cit.

A essencialidade de ação ou omissão funcional dolosa do agente público à configuração dessa espécie de improbidade administrativa evidencia-se dos reiterados julgados do Superior Tribunal de Justiça, como o aresto transcrito na nota de rodapé deste estudo, afirmando ser entendimento pacífico da Corte brasileira que, para a configuração do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992, torna-se imprescindível a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.¹³⁶

Pelo exposto, infere-se que à configuração do ato de improbidade administrativa tipificado no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992 são indispensáveis quatro requisitos: (a) a conduta ilícita do agente público; (b) a ocorrência de violação aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições; (c) a existência de dolo do agente público; e (d) o nexo de causalidade entre o exercício funcional e o prejuízo acarretado ao erário.

A correta compreensão do tipo de improbidade em que se enquadra determinado ato ilícito praticado por agente público demanda a análise apurada do caso concreto e do bem jurídico que se pretende tutelar, com a correta subsunção do fato infracional à norma jurídica, a fim de se evitar injustiças no momento da aplicação da reprimenda e da dosimetria da pena.

¹³⁶ Veja-se: “PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PARA A TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA DOS RÉUS COMO INCURSOS NAS PREVISÕES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, É NECESSÁRIA A DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO. NO CASO DO ARTIGO 11, O DOLO, QUE PODE SER GENÉRICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...]”

DA AUSÊNCIA DO DOLO. 4. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.

5. É pacífico nesta Corte que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.

6. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé.

7. Verifica-se que o acórdão recorrido reconheceu a ausência do dolo: ‘A ausência de constatação de dano ao erário e de dolo ou enriquecimento ilícito por parte dos requeridos não se presta a afastar a imposição das sanções previstas no artigo 12 da lei de improbidade administrativa, mas com vistas no princípio da proporcionalidade’ (fls. 595-596, grifo acrescentado).

8. A jurisprudência do STJ, diante da ausência do elemento subjetivo, afasta a aplicação da Lei 8.429/1992. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015; AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/3/2015; AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/8/2014, e REsp. nº 512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2015. 9. Assim, in casu, ausente o dolo, como o próprio Tribunal de origem reconheceu, não há como tipificar a conduta como ato de improbidade do artigo 11 da Lei 8.429/1992. 10. Recurso Especial provido.” (BRASIL. Recurso Especial nº 1553370-SP (2015/0067876-5). Min. Rel. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 13.06.2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1589277&num_registro=201500678765&data=20170629&formato=PDF>. Acesso em: 17 ago. 2017).

O fato é que, constatada a prática do ato de improbidade administrativa, tipificado no artigo 9º, 10, 10-A ou no 11, da Lei nº 8.429/1992, necessariamente exsurge para a autoridade competente o dever de aplicar as respectivas sanções estampadas no artigo 12 do mesmo Diploma, sem prejuízo das demais sanções cabíveis oriundas das esferas civil, penal e administrativa, em razão da autonomia constitucional conferida à LIA, examinada linhas atrás.

2.4 Do quadro normativo de combate à improbidade administrativa

O combate à corrupção é um problema não só do Brasil. Trata-se de um fenômeno mundial, que extrapola as barreiras continentais, em um emaranhado complexo existente entre membros de diversos países. Em outras palavras, a corrupção, em alguns casos, reveste-se de transcendência internacional. Com isso, emerge a necessidade da internacionalização de esforços para o combate à corrupção e, conseqüentemente, criam-se instrumentos para auxiliarem no exercício dessa árdua tarefa, exigindo dos Estados uma ação coordenada para combatê-la de forma eficaz.

Em vista disso, em 29 de março de 1996, os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) firmaram compromisso de combate à corrupção por meio da Convenção Interamericana contra a Corrupção (Lei nº 4.410, de 25 de junho de 2002), cujo desiderato foi criar um instrumento internacional que promovesse a cooperação entre os signatários à prevenção e repressão aos agentes que pratiquem atos de corrupção no exercício de funções públicas.

A Convenção Interamericana estabelece como medidas preventivas, por exemplo, que os Estados signatários devem criar, manter e fortalecer: normas de conduta para o desempenho correto, honrado e adequado das funções públicas, com a finalidade de prevenir o conflito de interesses (art. III, item 1); mecanismos que deem efetividade ao cumprimento dessas normas de conduta (art. III, item 2); sistemas de recrutamento de funcionários públicos, de aquisição de bens e serviços pelo Estado, de modo a assegurar a sua transparência, equidade e eficiência (art. III, item 5); sistemas que protejam funcionários públicos e cidadãos que denunciem de boa-fé atos de corrupção (art. III, item 8); órgãos de controle superior (art. III, item 9); medidas que impeçam o suborno de funcionários públicos nacionais e estrangeiros (art. III, item 10);

novas medidas de prevenção que considerem a relação entre a remuneração equitativa e a probidade no serviço público (art. III, item 11).¹³⁷

A Convenção em apreço também estabelece atos de corrupção como, *v.g.*, a solicitação de valor pecuniário por funcionário público para realização ou omissão de determinado ato no exercício de suas funções públicas (art. VI, item 1, “a”); e a prática de ato por funcionário público com o intuito de obter ilicitamente benefício para si ou para outrem (art. VI, item 1, “c”).¹³⁸

Contudo, essa não é a única Convenção Internacional celebrada entre Estados a fim de erradicar a corrupção, pois, conforme assinalado, esse fenômeno transcende as fronteiras dos países e exige a elaboração de mecanismos eficientes à sua contenda, de tal modo que, em 2005, o Congresso Nacional brasileiro aprovou a Convenção das Nações Unidas (ONU) contra a Corrupção, por meio do Decreto nº 5.687/2006. O objetivo principal da Convenção da ONU é estabelecer mecanismos para prevenir, detectar, dissuadir, de forma eficaz e eficiente, a corrupção, incluídas as transferências internacionais de ativos auferidos ilicitamente, e fortalecer a cooperação entre os signatários à recuperação desses ativos (art. 1º).¹³⁹

Essa Convenção estabelece uma série de medidas de cooperação entre os signatários, como possibilidade da quebra de sigilo bancário (art. 40); assistência nas investigações (art. 43); extradição do suspeito de crime punível de acordo com a legislação interna do Estado requerente e do Estado requerido (art. 44); assistência judicial recíproca atinente às investigações, processos e ações judiciais (art. 46), como, *v.g.*, receber testemunhos ou tomar declarações de pessoas (art. 46, item 3, “a”), apresentar documentos judiciais (art. 46, item 3, “b”), proporcionar informação, elementos de prova e avaliações de peritos (art. 46, item 3, “c”), identificar ou localizar o produto do delito, os bens, os instrumentos e outros elementos para fins probatórios (art. 46, item 3, “g”) e recuperar ativos (art. 46, item 3, “k”).¹⁴⁰

É, portanto, inegável que a Convenção da ONU trouxe inovações relevantes ao combate à corrupção, sobretudo, em relação às regras de cooperação internacional.

¹³⁷ BRASIL. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Convenção Interamericana contra a Corrupção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁴⁰ Ibidem.

O terceiro acordo internacional do qual o Brasil é signatário, cujo objetivo também consiste em erradicar a corrupção no segmento das operações comerciais internacionais, denomina-se Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais e foi promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

Do preâmbulo da referida Convenção extrai-se que o embasamento responsável por sua construção foram: (a) o caráter internacional da corrupção e a sua relação em transações comerciais; (b) a solidariedade dos signatários no combate à corrupção; e (c) a recomendação do Conselho da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE), datada de 23 de maio de 1997, que reivindicou medidas efetivas para prevenir e combater a corrupção de funcionários públicos estrangeiros em operações comerciais internacionais, especificamente, criminalizando de imediato a prática desse atos corruptos, observando-se os princípios jurisdicionais e jurídicos de cada país signatário.¹⁴¹

Essa Convenção dispõe, no artigo inaugural, que cada Estado signatário deverá promover as medidas necessárias à responsabilização criminal da pessoa que, de modo intencional, ofereça, prometa ou dê qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza a um funcionário público estrangeiro, para que exerça atividade funcional, comissiva ou omissiva, com a finalidade de realizar ou dificultar operações comerciais ou obter vantagem ilícita na condução de negócios internacionais.

A Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais declara expressamente, no artigo 2, que cada Estado deverá adotar as medidas necessárias para definir as responsabilidades das pessoas jurídicas envolvidas na corrupção de funcionário público estrangeiro. No Brasil, essa previsão legislativa foi regulamentada pela Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), objeto de análise ao final deste capítulo.

Portanto, caberá a cada Estado signatário, segundo a legislação e nos limites de sua jurisdição, processar, julgar e aplicar a respectiva sanção civil, administrativa e criminal de forma proporcional e dissuasiva, nos termos dos artigos 4, 5 e 6 da referida Convenção.

¹⁴¹ BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

A Convenção Internacional estabelece, ainda, que cada país deverá fixar os prazos prescricionais, observando-se a razoabilidade do prazo à investigação e abertura do processo acerca do delito, conforme se depreende do artigo 4.

Outro ponto relevante dessa Convenção diz respeito à previsão de assistência jurídica recíproca para prestar efetiva assistência jurídica aos signatários na condução de investigações e processos criminais instaurados acerca das infrações constantes do Pacto, neles incluídos processos de natureza não criminal contra pessoas jurídicas. No que tange à assistência mútua jurídica de ordem criminal, dispõe ainda, no item 4 do artigo 9, que o signatário não deverá alegar eventual existência de sigilo bancário para se eximir da colaboração nas investigações dessa natureza.

No artigo 10 do Decreto nº 3.678/2000, há previsão legal para extradição do infrator, bem como determinação para que seja observada a Convenção como base jurídica à extradição pelo delito de funcionário público estrangeiro, caso não haja tratado entre os signatários para que isso ocorra. Em outras palavras, ainda que inexistia tratado de extradição entre os signatários envolvidos no crime de corrupção tipificado na Convenção, deverá ser considerado o Pacto como fundamento jurídico à aludida extradição.

A Convenção Internacional em apreço, ainda, dispõe que o Estado signatário que teve seu funcionário público corrompido, constatando a ocorrência do crime de lavagem de dinheiro segundo sua legislação interna, deverá seguir o mesmo rito previsto para o caso de corrupção de funcionário público estrangeiro, independentemente do local de ocorrência do ilícito.

Verifica-se, desta feita, que o Decreto nº 3.678/2000 acrescentou relevantes contribuições no que tange à corrupção de funcionários públicos estrangeiros no âmbito de transações comerciais internacionais que, inegavelmente, abala as estruturas morais e éticas do mercado, deturpa as condições internacionais de competitividade e, sobretudo, compromete a boa governança e o desenvolvimento econômico de uma nação.

No âmbito da legislação interna e infraconstitucional brasileira, inúmeros são os esforços envidados a fim de combater a corrupção nos mais diversos segmentos da Administração Pública.

A Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento, tipifica, no artigo 4º, inciso V, como crime de

responsabilidade do Presidente da República os atos praticados que atentarem contra a Constituição Federal Brasileira e, especificamente, contra a probidade administrativa, bem como define, no artigo 9º, o que seriam os crimes de responsabilidade contra a probidade na Administração Pública.¹⁴²

Verifica-se a importância dada ao bem jurídico da probidade administrativa muito antes de ser promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988. Pode-se inferir com facilidade a existência da aludida importância atribuída ao bem jurídico, considerando-se que, além de ser colocado em igualdade com outros bens tutelados – como, v.g., a existência da União (art. 4º, I); o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais (art. 4º, III); a segurança interna no País (art. 4º, IV) –, a gravidade de sua violação pelo Chefe do Poder Executivo Federal poderá acarretar até mesmo o seu impedimento.¹⁴³

O Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, que dispõe acerca da responsabilidade de prefeitos e vereadores, aduz, no artigo 7º, inciso I, que a Câmara poderá cassar o mandato de vereador que o utilizar para a prática de atos de corrupção ou de improbidade administrativa.¹⁴⁴

Trata-se de mais um instrumento legislativo da Administração Pública, no caso, o Poder Legislativo Municipal, que objetiva a punição de cassação de mandato de agentes políticos que pratiquem atos de corrupção ou ímprobos.

A Lei nº 10.257, de 10 de junho de 2001 (Estatuto da Cidade), declara, artigo 52, que o prefeito incorre em improbidade administrativa, *iter alia*, quando: (a) deixar de proceder, no prazo de cinco anos, ao adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio

¹⁴² BRASIL. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁴³ A propósito, “O *impeachment* na Constituição de 1988, no que concerne ao presidente da República: autorizada pela Câmara dos Deputados, por 2/3 de seus membros, a instauração do processo (CF, art. 51, I), ou admitida a acusação (CF, art. 86), o Senado Federal processará e julgará o presidente da República nos crimes de responsabilidade. É dizer: o *impeachment* do presidente da República será processado e julgado pelo Senado Federal. O Senado e não mais a Câmara dos Deputados formulará a acusação (juízo de pronúncia) e proferirá o julgamento. CF/1988, art. 51, I; art. 52; art. 86, § 1º, II, § 2º, (MS 21.564-DF). A lei estabelecerá as normas de processo e julgamento. CF, art. 85, parágrafo único. Essas normas estão na Lei 1.079, de 1950, que foi recepcionada, em grande parte, pela CF/1988 (MS 21.564-DF). O *impeachment* e o *due process of law*: a aplicabilidade deste no processo de *impeachment*, observadas as disposições específicas inscritas na Constituição e na lei e a natureza do processo, ou o cunho político do juízo. CF, art. 85, parágrafo único. Lei 1.079, de 1950, recepcionada, em grande parte, pela CF/1988 (MS 21.564-DF)” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20950>>. Acesso em: 24 ago. 2017).

¹⁴⁴ BRASIL. Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

público, conforme o disposto no § 4º, inciso I, do artigo 8º do Estatuto;¹⁴⁵ (b) aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no artigo 31 da Lei;¹⁴⁶ e (c) deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do artigo 40 e no artigo 50 do Estatuto.¹⁴⁷

O Estatuto da Cidade ampliou o rol de atos de improbidade administrativa da Lei nº 8.429/1992, ao incluir infrações específicas aplicáveis ao Chefe do Poder Executivo municipal, o que não afasta a responsabilidade de outros agentes públicos e a aplicação de outras sanções cabíveis.

No âmbito do Direito Eleitoral, a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, enumera as condutas que são vedadas aos agentes públicos, servidores ou não, nos pleitos eleitorais, qualificando-as como ato de improbidade administrativa.

O artigo 73, *caput* e incisos, da aludida Lei estabelece os tipos de condutas praticadas pelos agentes públicos durante o período eleitoral que podem afetar a paridade de armas entre os candidatos e são tipificadas como ato de improbidade como, *v.g.*, ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária (inc. I); usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram (inc. II); ceder servidor público ou empregado da Administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido

¹⁴⁵ Veja-se: “Art. 8º Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública. [...]”

§ 4º O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.” (BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de junho de 2001. Estatuto da Cidade. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017).

¹⁴⁶ Nos termos desse dispositivo: “Os recursos auferidos com a adoção da outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso serão aplicados com as finalidades previstas nos incisos I a IX do art. 26 desta Lei.” (ibidem).

¹⁴⁷ Veja-se: “Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. [...]”

§ 3º A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos.

Art. 50. Os Municípios que estejam enquadrados na obrigação prevista nos incisos I e II do caput do art. 41 desta Lei e que não tenham plano diretor aprovado na data de entrada em vigor desta Lei deverão aprová-lo até 30 de junho de 2008.” (BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017).

político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado (inc. III); ou fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público (inc. IV).¹⁴⁸

Assim, o agente público que utiliza material e recursos humanos de órgão do Poder Público pratica ato de improbidade, o qual, por força do disposto no § 7º, será enquadrado no artigo 11 e apenado com a sanção disposta no artigo 12, inciso III, ambos da Lei nº 8.429/1997.

Cumpra esclarecer que, em razão da autonomia das esferas sancionatórias civil, administrativa e penal, o agente público poderá ser sancionado com a aplicação de multa pela Justiça Eleitoral, nos termos da Lei nº 9.504/1997, bem como pelo dever de ressarcimento integral do dano, nos termos do artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.429/1992, sem que reste configurado *bis in idem*, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao conhecer e dar provimento ao Agravo Regimental no Recurso Especial nº 606.352/SP,¹⁴⁹ julgado em 15 de

¹⁴⁸ BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017

¹⁴⁹ Veja-se: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO DO AGENTE ÍMPROBO APENAS NO RESSARCIMENTO DOS DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. MULTA ANTERIORMENTE IMPOSTA, POR INFRINGÊNCIA ÀS DISPOSIÇÕES DA LEGISLAÇÃO ELEITORAL. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. ARTIGO 12 DA LEI 8.429/92. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. I. Recurso Especial interposto contra acórdão que, reconhecendo a prática de ato de improbidade administrativa, pelo ora agravado, consubstanciado no uso de material e de recursos humanos do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, para efetuar campanha de candidata a deputada federal, condenou-o exclusivamente a ressarcir os danos causados ao Erário. II. No caso, a solução da controvérsia não demanda a análise de matéria fática, mas a correta interpretação a ser dada ao artigo 12 da Lei 8.429/92, a fim de definir se (a) a imposição de multa ao agravado, pela Justiça Eleitoral, por afronta à Lei 9.504/97, impediria a sua condenação, nos presentes autos, no pagamento de multa civil, por força da proibição de *bis in idem*; e (b) reconhecida a prática de ato de improbidade administrativa, seria possível a condenação do agente apenas em ressarcir o dano causado ao Erário. III. O artigo 12 da Lei 8.429/92 é expresso ao determinar que as penalidades impostas pela prática de ato de improbidade administrativa independem das demais sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica. Desta forma, o fato de o agravado ter sido condenado, pela Justiça Eleitoral, ao pagamento de multa, por infringência às disposições contidas na Lei 9.504/97, não impede sua condenação em qualquer das sanções previstas na Lei 8.429/92, não havendo falar em *bis in idem*. IV. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “o ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações” (STJ, REsp 1.184.897/PE, Rel. MINISTRO HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 27/04/2011. V. Nesse contexto, afastada a existência de *bis in idem* com eventuais sanções impostas pela infringência às disposições da legislação eleitoral, e por ser o ressarcimento dos danos causados ao Erário mera consequência do reconhecimento do ato de improbidade administrativa, deve ser imposta, ao agravado, ao menos uma das demais sanções previstas no artigo 12, III, da Lei 8.429/92. [...] VI. Agravo Regimental provido, para conhecer do Recurso Especial e dar-lhe provimento.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 606.352/SP. Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma; j. 15.12.2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2016_241_cap_SegundaTurma.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2017).

dezembro de 2015. Na oportunidade, ao afastar o *bis in idem*, o colendo Tribunal consignou no aresto que “o ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado”¹⁵⁰ e que, “Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais”,¹⁵¹ cuja finalidade, de fato, é reprimir a conduta ímproba e coibir a prática de novas infrações.

Logo, como é possível observar, a Lei nº 9.504/1997 introduziu um mecanismo normativo bastante eficaz no combate à improbidade administrativa na esfera eleitoral, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

O artigo 39 da CF/1988 prevê a competência dos entes federativos para instituírem o regime jurídico único e planos de carreira destinados aos servidores da Administração Pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

A propósito, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que o regime jurídico único “refere-se tanto a cargos quanto a empregos”.¹⁵² A relação jurídica de emprego firmada com a Administração Pública está disciplinada na Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000,¹⁵³ cujo artigo 1º estabelece que o pessoal admitido para emprego público na Administração federal direta, autárquica e fundacional terá a sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Nessa linha, Bandeira de Mello define o conceito de empregos públicos e argúi que, ainda que haja inevitáveis influências da Administração Pública, os agentes se submetem ao regime dos contratos de trabalho e, portanto, à CLT:

[...] empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista [...]. Sujeitam-se a uma disciplina jurídica que, embora sofra inevitáveis influências advindas da natureza governamental da contratante,

¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 606.352/SP. Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma; j. 15.12.2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2016_241_capSegundaTurma.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 606.352/SP. Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma; j. 15.12.2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2016_241_capSegundaTurma.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos: regime jurídico do funcionário público*, p. 262.

¹⁵³ BRASIL. Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9962.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

basicamente, é a que se aplica aos contratos trabalhistas em geral; portanto, a prevista na Consolidação das Leis do Trabalho.¹⁵⁴

Por igual motivo, na esfera do Direito laboral, a CLT também possui previsão expressa acerca da punição de empregado público que pratique ato de improbidade administrativa. O artigo 482, alínea “a”, dessa Lei autoriza ao empregador aplicar a sanção de demissão por justa causa ao empregado que praticar ato de improbidade administrativa.

Se houve a reiteração do ato ímprobo, se o prejuízo causado com a infração foi ou não relevante, se o dano ocasionado foi vil ou vultoso são pressupostos dispensáveis à demissão por justa causa em face do rompimento do elo de confiança que deve existir entre o empregado público e a Administração, consoante pondera Sérgio Pinto Martins:

A improbidade abala a fidúcia que deve existir no contrato de trabalho. Não é preciso a reiteração do ato para a configuração da justa causa, sendo que uma única falta irá caracterizar a improbidade, por abalar a confiança que deve existir no contrato de trabalho. Pouco importa se o prejuízo causado com a falta foi ou não relevante, pois mesmo havendo pequeno prejuízo a falta estará configurada. Independe a improbidade do valor da coisa subtraída.¹⁵⁵

O ato de improbidade ensejador de justa causa poderá ocorrer, por exemplo, com o furto de materiais da empresa, a falsificação de documentos para obtenção de horas extras não prestadas, a apresentação de atestado médico falso para justificar uma falta, ou seja, qualquer ato praticado que revele a desonestidade, o abuso, a fraude ou a má-fé do empregado poderá importar na rescisão do contrato de trabalho por justa causa.

No regime estatutário, aplica-se previsão semelhante à demissão por justa causa de que trata a CLT, isto é, os servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas que incorrerem na prática de improbidade administrativa serão apenados com a demissão, consoante o disposto no artigo 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/1990.

A Lei nº 9.784, de 19 de janeiro de 1999,¹⁵⁶ que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, no artigo 2º (*caput* e parágrafo único, IV), sem prejuízo dos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência,

¹⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos: regime jurídico do funcionário público*, p. 262/263.

¹⁵⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 488.

¹⁵⁶ BRASIL. Lei nº 9.784, de 19 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

determina a observância dos padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, como normas básicas no processo administrativo à proteção dos direitos dos adjudicatários e o melhor cumprimento dos fins da Administração.

A Administração Pública Federal possui um Código de Condutas que se destina ao compromisso moral das autoridades integrantes da Alta Administração Federal, com vistas a proporcionar elevado padrão de comportamento ético capaz de assegurar, em todos os casos, a lisura e a transparência dos atos praticados na condução da coisa pública. Outro fundamento dado à criação do referido Código de Condutas aos ocupantes dos mais elevados postos da estrutura do Estado é a sua utilização como paradigma a ser seguido pelos demais servidores públicos, que, não obstante estarem sujeitos às diversas normas fixadoras de condutas exigíveis, como, *v.g.*, o Estatuto do Servidor Público Civil, a Lei de Improbidade e o próprio Código Penal Brasileiro, além de outras de menor hierarquia, ainda assim, sempre poderão se sentir estimulados pelas condutas éticas, probas, leais de seus superiores hierárquicos.

O artigo 7º do referido Código de Conduta aduz que a autoridade pública não poderá auferir salário ou nenhuma outra remuneração de fonte privada em desacordo com a lei, nem receber transporte, hospedagem ou quaisquer favores de particulares de forma a permitir situação que possa gerar dúvida sobre a sua probidade ou honorabilidade.

Na mesma esteira, a Administração Pública Federal também possui outra norma jurídica que exige determinado tipo de conduta do servidor no âmbito do Poder Executivo Federal, qual seja, o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil dessa esfera de Poder.

Dentre os diversos valores exigidos pela Administração Pública de seus prepostos, os quais devem agir de acordo com as regras deontológicas como o decoro, o zelo, a ética, a busca pelo bem comum, a moralidade, a honestidade, o Anexo do aludido Código de Ética, no inciso XIV, alínea “c”, dispõe expressamente que é dever fundamental do servidor público ser probo, reto, leal e justo, demonstrando toda a integridade do seu caráter, escolhendo sempre, quando estiver diante de mais de uma opção, a melhor e a mais vantajosa para o bem comum.

Com isso, verifica-se a preocupação do legislador em zelar pela lisura, transparência e probidade administrativa dos atos praticados pelos agentes públicos do alto escalão da esfera federal.

Todavia, em que pese a farta legislação mencionada, cujo desiderato é erradicar a corrupção existente no seio da Administração Pública, até então, inexistia qualquer norma que atribuísse algum tipo de responsabilidade pelo ato ilícito às pessoas jurídicas envolvidas em atos corruptos. Foi tão somente em 1º de agosto de 2013 que se promulgou a Lei nº 12.846, com o propósito de responsabilizar civil e administrativamente as pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos à Administração Pública brasileira ou estrangeira.

Conhecida como Lei Anticorrupção (LAC), a Lei nº 12.846/2013 prevê meios de controles internos e externos inovadores e de responsabilidade administrativa objetiva da pessoa jurídica e a desconsideração administrativa da pessoa jurídica por atos lesivos à Administração Pública nacional e estrangeira. Essa inovação trouxe grande avanço no combate à corrupção, haja vista que o Direito Penal não oferece mecanismos efetivos para punir as sociedades empresárias, as quais, frequentemente, são as reais interessadas ou beneficiadas pelos atos de corrupção.

É de se ressaltar que a Lei Anticorrupção está em consonância com as Convenções Internacionais elencadas linhas atrás, neste trabalho, que tratam sobre o tema da corrupção, cabendo destacar que o artigo 26 da Convenção da ONU prevê que os países signatários têm a prerrogativa de introduzir em seus ordenamentos jurídicos a responsabilidade da pessoa jurídica de índole penal, civil ou administrativa. Disso pode-se afirmar que a Lei nº 12.846/2013 exsurgiu com o objetivo não só de atender aos anseios da sociedade brasileira no combate à corrupção, mas também de concretizar uma série de compromissos e pactos internacionais celebrados, dos quais o Brasil é signatário.

O artigo 14 da LAC inseriu a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica quando utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática de atos ilícitos nela previstos ou para provocar confusão patrimonial, estendendo-se aos administradores e sócios com poderes de administração todos os efeitos das sanções aplicadas às pessoas jurídicas, resguardado o direito ao contraditório e à ampla defesa, consoante cláusula pétrea ínsita no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal Brasileira de 1988, nestes termos: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.¹⁵⁷

¹⁵⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

Cabe frisar que os atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, tipificados na LAC possuem natureza peculiar e a sua responsabilização não se confunde com a das responsabilidades civil, penal, administrativa, política ou por ato de improbidade administrativa. Nas palavras de Matheus Bertoncini, esses atos “possuem natureza jurídica própria e independente, sujeitando-se a um regime jurídico especial, definido na Lei 12.846”¹⁵⁸ e, prossegue o doutrinador, esse Diploma Legal instituiu “uma nova forma de responsabilidade, a responsabilidade da pessoa jurídica pela prática de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira”.¹⁵⁹

As sanções aplicáveis às pessoas jurídicas no âmbito administrativo estão tipificadas no artigo 6º da LAC e poderão ser de: (a) multa, variando de um décimo por cento até vinte por cento do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo (inc. I) ou, quando não for possível utilizar o faturamento bruto como critério para o cálculo da penalidade, multa fixada entre seis mil reais até sessenta milhões de reais (§ 4º); e (b) publicação extraordinária da decisão condenatória (§ 4º), a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação.

Ambas as penalidades poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, dependendo das peculiaridades do caso concreto e da gravidade e natureza das infrações (art. 6º, § 1º).

Nota-se que as sanções aplicáveis em face da pessoa jurídica infratora são bastante severas, cabendo afirmar que poderão alcançar até mesmo o patrimônio pessoal dos seus administradores, caso configurada a hipótese ensejadora da desconsideração da personalidade jurídica.

Outro avanço de extrema relevância propiciado pela LAC é a possibilidade de a autoridade máxima de cada órgão ou entidade celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos configurados na aludida Lei. Essa autorização normativa, caso se concretize, será bastante positiva e contribuirá para atenuar a severidade das implicações punitivas, pois (a) isentará a pessoa jurídica da publicação extraordinária da decisão condenatória; (b) evitará que recaia sobre ela a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos, entidades ou instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público pelo prazo legal; e, ainda, (c) reduzirá em até dois

¹⁵⁸ BERTONCINI, Matheus. *Comentários à Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção*. São Paulo: RT, 2014. p. 112.

¹⁵⁹ *Ibidem*, loc. cit.

terços o valor da multa aplicável, nos termos do artigo 16, § 2º. Essa concessão, porém, não eximirá a pessoa jurídica agraciada da obrigação de reparar integralmente o dano causado (§ 3º).

Sem prejuízo do processo administrativo a que a pessoa jurídica infratora estará sujeita, ela também se submeterá à responsabilização judicial, cabendo aos entes federativos, por meio das respectivas advocacias públicas, ou órgãos de representação judicial, e do Ministério Público, ajuizar a ação punitiva em face das pessoas jurídicas transgressoras, consoante dispõe o artigo 19 da LAC. Nesse caso, poderão ser aplicáveis as seguintes sanções, isolada ou cumulativamente: (a) perda dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé (inc. I); (b) suspensão ou interdição parcial de suas atividades (inc. II); (c) dissolução compulsória da pessoa jurídica (inc. III); e (d) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos, entidades ou instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos.

A inovação legislativa trazida pela Lei nº 12.846/2013 é fundamental e complementa o ordenamento jurídico no que tange ao combate à corrupção praticada por pessoas jurídicas, uma vez que, com recorrência, os ilícitos cometidos contra a Administração Pública dão-se em proveito da pessoa jurídica e não apenas em favor da pessoa natural. Aliás, na atual conjuntura político-econômica do País, pode-se, até mesmo, afirmar que os ilícitos praticados contra a Administração de grande repercussão econômica como, *v.g.*, os que ocorrem nos contratos administrativos e nas licitações, são praticados mediante ação de seus prepostos em favor da pessoa jurídica. A LAC tem o condão de suprir uma deficiência normativa e permitir a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, independentemente da responsabilidade da pessoa física de seus sócios e dos agentes públicos, muito embora essa persecução deva correr *pari passu*.

Conforme já assinalado, em 16 de maio de 2013 foi publicada a Lei nº 12.813 (Lei de Conflito de Interesses – LCI), dispondo sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao aludido exercício funcional.

A LCI, mais um instrumento relevante para o combate à corrupção, (a) disciplina as situações que acarretam o conflito entre os interesses públicos e privados; (b) define as regras

e obrigações para ocupantes de cargo ou emprego que tenham acesso a informações privilegiadas; (c) fixa as competências de fiscalização, avaliação e prevenção de condutas que possam ensejar conflitos de interesses; e (d) estabelece as sanções aplicáveis aos servidores e empregados públicos que praticarem atos caracterizadores de conflito de interesses.

A Lei em foco definirá aqueles atos que, praticados por agentes públicos durante ou após o exercício do cargo ou emprego, colidem com os interesses da coletividade, tornando-os elementos infracionais tipificadores de atos de improbidade administrativa e, portanto, objetos de sanção pela Lei nº 8.429/1992. Contudo, mais do que o viés de cunho sancionatório dessa Lei, a sua principal virtude é evitar a prática de atos que, maculados por interesses privados, vão de encontro ao interesse público ou que de algum modo abalem a imparcialidade, impessoalidade ou lealdade à Administração Pública no exercício de suas funções. Essa relevância, dada a natureza acautelatória da LCI, pode-se verificar também com a implementação inédita de procedimentos consultivos disponibilizados aos agentes públicos a fim de suscitar eventuais dúvidas existentes, durante ou após o exercício do cargo ou emprego público, acerca de situações que possam acarretar conflito de interesses.

Na esfera pública é fundamental a implementação de instrumentos que tutelem a probidade administrativa, assegurem a transparência no trato da coisa pública, garantam a integridade dos valores mais elevados no âmbito da Administração Pública, apurem, investiguem e reprimam ilícitos perpetrados por agentes públicos para que os interesses da coletividade sejam alcançados em sua plenitude, o que justifica a existência de um ordenamento jurídico administrativo composto por complexo normativo preventivo e repressivo no combate à corrupção.

A Lei nº 12.813/2013 implementou previsão legal específica que trata sobre o conflito de interesses no sistema sancionatório da improbidade administrativa e aperfeiçoou o acautelamento atinente à moralidade administrativa, intensificando a efetividade dos princípios constitucionais que devem abalizar o exercício da função pública por todos os agentes públicos.

Desta feita, cumpre analisar o conflito de interesses sob a ótica da Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI) e a sua imputação como ato de improbidade administrativa censurável pela Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA).

3 DO CONFLITO DE INTERESSES

3.1 Conceito

Retomam-se, inicialmente, alguns pontos tratados nos capítulos anteriores. Assim, convém reiterar que a presente dissertação tem por escopo a análise do tratamento normativo atribuído ao conflito de interesses como ato de improbidade administrativa, sob a égide do sistema constitucional da responsabilidade dos agentes públicos a fim de contribuir para a interpretação e aplicação dos dispositivos legais essenciais à tutela da probidade administrativa. Este será, portanto, o foco deste capítulo.

Conforme já se assinalou, o artigo 37, § 4º, da CF/1988 estabelece que os atos de improbidade administrativa importarão em sanções como a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Destacou-se, ainda, que, por sua vez, o referido dispositivo foi regulamentado pela Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), a qual tipifica e fixa sanções à prática de ato de improbidade administrativa.

Anotou-se também que a Convenção Interamericana contra a Corrupção, Decreto nº 4.410/2002, deu origem à disciplina sistemática do conflito de interesses na esfera da atuação preventiva e repressiva à corrupção ao estabelecer, no artigo III, o dever de criar, manter e fortalecer “normas de conduta para o desempenho correto, honrado e adequado das funções públicas”¹⁶⁰ com a finalidade de “prevenir o conflito de interesses” como forma de “preservar a confiança na integridade dos funcionários públicos e na gestão pública”.¹⁶¹

Observou-se, ainda, que a Convenção Internacional contra a Corrupção, Decreto nº 5.687/2006, também destacou a disciplina legal do conflito de interesses ao estabelecer, no artigo 7º, que “cada Estado Parte, em conformidade com os princípios de sua legislação interna,

¹⁶⁰ BRASIL. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Convenção Interamericana contra a Corrupção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁶¹ Ibidem.

procurará adotar sistemas destinados a promover a transparência e a prevenir o conflito de interesses, ou a manter e fortalecer tais sistemas”.¹⁶²

Igualmente, verificou-se que, em atendimento aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil no combate à corrupção, foi promulgada a Lei nº 12.813, em 16 de maio de 2013, denominada Lei de Conflito de Interesses (LCI), a qual dispõe especificamente “sobre o conflito de interesses no exercício do cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego”.¹⁶³

Ainda, o artigo 12 da LCI dispõe que “o agente público que praticar os atos previstos no artigo 5º e 6º desta Lei incorre em improbidade administrativa, na forma do artigo 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando não caracterizada qualquer das condutas descritas nos artigos 9º e 10 daquela Lei”.¹⁶⁴ Verificou-se, portanto, que a Lei de Conflito de Interesses (LCI) constitui, portanto, nova norma jurídica que introduz novos tipos de atos ímprobos.

Posto isso, esclarece-se que, quanto mais consistente e aperfeiçoada a técnica de controle, maior o grau de proteção dos valores acolhidos pela Constituição Federal, razão pela qual o ordenamento jurídico consiste em um complexo normativo composto de diversos sistemas sancionatórios.

A propósito, José Roberto Pimenta Oliveira aduz que “o direito edifica sistemas de responsabilização quando estabelece conjuntos normativos sancionatórios, de forma unitária e coerente, a partir de elementos que os definem (bem jurídico, ilícito, sanção e processo)”.¹⁶⁵

A LCI traz nova gama de atos de improbidade administrativa, a qual merece interpretação sistemática.

No Direito Societário brasileiro, o conflito de interesses é contrário à ética-profissional, sendo vedado pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas),¹⁶⁶ nos artigos 115 e 156, que disciplinam o direito de voto dos acionistas, oportunidade em que

¹⁶² BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁶³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa*, p. 155.

¹⁶⁶ BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

estabelece o dever de exercer o referido direito de acordo com o interesse da companhia, sendo vedado o voto em quaisquer assembleias-gerais que possam beneficiá-lo de modo particular, ou a qualquer pessoa que possua interesse conflitante com o da empresa.

No Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), também há previsão expressa nos artigos 1.010, § 3º; 1.017, parágrafo único; e 1.053, no tratamento dispensado às sociedades simples e sociedades limitadas.

Na esfera pública, o Direito Administrativo incorporou o tratamento do conflito de interesses influenciado diretamente pelo dever assumido pelo Brasil à prevenção desses conflitos em matéria de gestão pública, na qualidade de Estado-Parte das Convenções Internacionais de Combate à Corrupção.

O artigo 3º, inciso I, da LIC conceitua o conflito de interesses como sendo “a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública”.

O conflito de interesses é, portanto, o antagonismo de interesses existente entre a esfera privada, no caso, do agente público ou de terceiro, e a esfera pública à qual o agente está vinculado em face de sua função, de modo que possa comprometer o interesse coletivo e colocar em risco a lealdade, impessoalidade e imparcialidade no exercício do múnus público, sendo prescindível haver o enriquecimento ilícito próprio ou de outrem ou, então, o dano ao patrimônio público, conforme elucida José Roberto Pimenta:

[...] conflito de interesses representa uma situação jurídico-funcional em que o agente público coloca-se em determinada posição de que possa resultar prejuízo ao exercício leal, impessoal e imparcial da função pública, pela ocorrência ou existência de interesse privado (próprio ou de terceiro), passível de desvirtuar a ação administrativa, conforme princípios e regras do regime jurídico-administrativo brasileiro. Não é necessário que a situação criada possa ensejar alguma forma de enriquecimento ilícito próprio ou de outrem, ou atividade danosa ao patrimônio público.¹⁶⁷

A Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI) deverá estar em consonância e ser interpretada de acordo com a matriz constitucional e, observando-se as hipóteses de conflito de interesses arroladas nos artigos 5º e 6º, nota-se que é passível a aplicação da LCI a todos os agentes públicos integrantes das três esferas de Poder e de todos os entes federativos,

¹⁶⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa*, p. 168.

desde que preenchidas as condições de qualificação jurídica dos fatos e haja previsão legal para tanto. O conceito de agente público submetido ao regime jurídico de responsabilidade é atribuído pelo artigo 2º da Lei Geral de Improbidade Administrativa, qual seja, Lei nº 8.429/1992, em torno da qual gravitam todas as demais leis que tratam de improbidade administrativa, inclusive, a Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI).

José Roberto Pimenta pondera sobre essa questão nos seguintes termos:

Não é possível deixar de fora da tipificação prevista na Lei nº 12.813, condutas ilícitas nela detalhadas, alegando não se tratar de atuação de agente público do “Poder Executivo Federal”, porque não explicitamente indicados na lei, já que esta lei específica não teve o condão, neste aspecto, de alterar a definição de agente público da lei geral. Deve-se utilizar o enquadramento fático da lei especial com a definição subjetiva conceitual da lei geral.¹⁶⁸

Daí, pode-se inferir que o regime jurídico da LCI se aplica não apenas às pessoas arroladas no artigo 2º, mas também aos agentes públicos vinculados a consórcios públicos, nos termos da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2007,¹⁶⁹ na medida em que compõe a Administração Pública indireta, conforme dispõe o artigo 6º, § 1º, motivo pelo qual os agentes públicos integrantes de consórcios com personalidade de direito privado estarão abrangidos pelo regime do conflito de interesses.

A LCI que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal, bem como estabelece os impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego, ao assim proceder, revogou automaticamente todos os dispositivos anteriores que disciplinavam em sentido diverso. De sorte que, com o veto do artigo 15 da LCI, que indicava expressamente as normas que pretendia revogar, quais sejam, os dispositivos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000,¹⁷⁰ e das Medidas Provisórias nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001,¹⁷¹ e nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001,¹⁷² a legislação citada permanece em vigor apenas em relação àqueles artigos não colidentes com a LCI, mas com ela compatíveis.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa*, p. 177.

¹⁶⁹ BRASIL. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁷⁰ BRASIL. Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9986.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁷¹ BRASIL. Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2216-37.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁷² BRASIL. Medida Provisória nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2225-45.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

Em suma, sempre que os interesses públicos e privados estiverem contrapostos e a situação possa ensejar o menosprezo, a desconsideração ou a diminuição do interesse coletivo, integral ou parcialmente, perdendo, por conseguinte, a sua posição de valor altaneiro, restará configurado o conflito de interesses no desempenho da função pública.

Portanto, o artigo 3º, inciso I, da LCI traz o conceito amplo e genérico do que caracteriza o conflito de interesses, e os artigos 5º e 6º do aludido Diploma apresentam um rol de situações que, por si sós, já configuram esse conflito de interesses no exercício do cargo ou emprego público ou após o rompimento do elo funcional com a Administração.

O cerne do conflito de interesses é a informação privilegiada adquirida durante o exercício da função pública, a qual é definida no artigo 3º, inciso II, como “a que diz respeito a assuntos sigilosos ou relevante ao processo de decisão no âmbito do Poder Executivo federal que tenha repercussão econômica ou financeira e que não seja de amplo conhecimento público”.¹⁷³ Nesse particular, a LCI resguardou a publicidade de informações versando sobre assuntos sigilosos, bem como daquelas necessárias ao embasamento de decisões acerca da adoção de políticas públicas, enquanto em maturação, e de informações capazes de gerar consequências econômicas ou financeiras e que ainda não sejam de conhecimento público.

Destarte, todo ocupante de cargo ou emprego público e que no exercício de suas funções ou atribuições tome conhecimento de informação privilegiada, tal como conceituada linhas atrás, e que possa acarretar vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro, estará submetido ao regramento da Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI).

Disso, denota-se a nítida finalidade da Lei em foco de tentar evitar o abalroamento entre os interesses públicos e privados que possa comprometer o interesse coletivo, notadamente em relação à matéria de natureza sigilosa ou relevante no âmbito deliberativo da Administração Pública com repercussão econômica ou financeira e que não seja de conhecimento público.

Estão incluídos no rol dos ocupantes de cargos ou empregos públicos que devem obediência à LCI, não apenas os detentores diretos de funções de comando, direção, mas todos

¹⁷³ BRASIL. Lei nº 12.813/2013. Lei de Conflito de Interesses – LCI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

aqueles que em razão do exercício funcional tenham acesso a assuntos sigilosos ou a informações privilegiadas.

Depreende-se da leitura do artigo 2º da LCI que, elencar os ocupantes de cargos ou empregos submetidos a essa lei, esse dispositivo incluiu no rol de seus incisos II, III e IV, aqueles que lhes são “equivalentes”. Este, aliás, é um indício de que essa Lei possui abrangência nacional e não limita a sua aplicação apenas à esfera federal de agentes públicos.

Assim, cabe interpretar, para efeitos da LCI, que a submissão à Lei dependerá da natureza das funções exercidas, pois, além daquelas autoridades que naturalmente têm acesso a essas informações em decorrência da espécie de atribuições desempenhadas, há ainda outras que adquirem esse conhecimento exatamente pelo trabalho público que desenvolvem, não sendo exclusividade do Poder Executivo federal, e que, por isso, deverão também se sujeitar ao regramento da Lei em foco, conforme restará demonstrado oportunamente.

Consoante já se assinalou, o desiderato principal da LCI é a prevenção à prática de atos de prepostos da Administração que em razão de seu exercício funcional conflitem com o interesse público e, por esse motivo, o conflito de interesses poderá ocorrer mesmo com o afastamento temporário do cargo ou emprego público, ou após a cessação do vínculo do agente com a Administração Pública, sendo-lhe vedado de forma permanente fazer o uso de informação privilegiada ou divulgá-la, isto é, a restrição não se limita a um lapso temporal, mas, sim, trata-se de um imperativo ininterrupto.

Todavia, há restrições que possuem natureza temporária e que se resolvem após o decurso do prazo de quarentena. A Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI) define esse prazo como sendo de seis meses, a contar da cessação do vínculo com a Administração Pública. Em contrapartida, o ex-agente faz jus à remuneração compensatória por igual período, cabendo observância ao Decreto nº 4.187, de 8 de abril de 2002, naquilo em que não colidir com a LCI. O referido Decreto “regulamenta os arts. 6º e 7º da Medida Provisória nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001, que dispõem sobre o impedimento de autoridades exercerem atividades ou prestarem serviços após a exoneração do cargo que ocupavam e sobre

a remuneração compensatória a elas devida pela União, e dá outras providências”,¹⁷⁴ em razão de os artigos 7º e 15 que tratavam da remuneração compensatória na LCI terem sido vetados.¹⁷⁵

Assim, evidenciada a colisão entre interesses públicos e privados, nos termos elencados pela Lei nº 12.813/2013, os ex-ocupantes de cargos ou empregos públicos, enquadrados no rol do artigo 2º da LCI ou “equivalentes” ou detentores de informações privilegiadas capazes de trazer vantagem econômica para si ou para terceiros, impedidos pela cessação do vínculo com a Administração Pública, fazem jus à remuneração compensatória.

Ocorre que cada situação deverá ser analisada *per se* para que se possa concluir acerca do impedimento, no caso concreto, e se configurado para que se reconheça o direito à remuneração compensatória, já que esse benefício não é concedido de forma automática, haja vista, em algumas situações, eventualmente, o ex-agente não se enquadrar em situação de conflito de interesses.

Por isso, é imprescindível a iniciativa daquele que deixou o cargo ou o emprego público de indicar possível impedimento, pois essa incumbência é dever do agente público, mesmo após o seu desligamento dos quadros da Administração.

Tecidas as considerações apresentadas, passa-se à análise do conflito de interesses como ato de improbidade administrativa, do alcance da Lei nº 12.813/2013, das hipóteses de ocorrência, do momento de sua configuração, das respectivas sanções, dos procedimentos preventivos a serem adotados e de outros pontos necessários à compreensão mais aprofundada da matéria.

3.2 Do conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego público

A tarefa de identificar a especificação normativa de situações que configurem o conflito de interesses é tão relevante quanto a da própria delimitação dos agentes que se submetem ao

¹⁷⁴ BRASIL. Decreto nº 4.187, de 8 de abril de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4187a.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁷⁵ COMISSÃO DE ÉTICA PÚBLICA. Presidência da República. Remuneração compensatória. Publicado em 13/01/2017. Disponível em: <http://etica.planalto.gov.br/sistema-de-gestao-da-etica/precedentes-da-comissao-de-etica-publica/copy2_of_conflito-de-interesses/remuneracao-compensatoria>. Acesso em: 9 set. 2017.

aludido regime jurídico em observância ao princípio da tipicidade que determina a prévia definição de ilícitos imputáveis aos infratores.

O artigo 12 da Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI) introduziu no rol de atos de improbidade administrativa a prática daqueles que consubstanciem o conflito de interesses, tipificados nos artigos 5º e 6º da referida Lei.

A prática do ilícito de improbidade pelo agente público poderá ocorrer em dois momentos distintos, i) durante o exercício da função pública, hipótese tipificada no artigo 5º, ainda que em gozo de licença ou em período de afastamento (parágrafo único); ou ii) após o desligamento do agente dos quadros da Administração Pública, consoante dispõe o artigo 6º.

Assim como toda norma jurídica de cunho sancionatório, a LCI possui duas finalidades precípuas, quais sejam, a preventiva e a repressiva, conforme estabelece o artigo 4º. Na dicção desse dispositivo, “o ocupante de cargo ou emprego no Poder Executivo federal deve agir de modo a prevenir ou impedir eventual conflito de interesses e a resguardar informação privilegiada”.¹⁷⁶ Entretanto, depreende-se que o escopo preventivo possui atenção especial, eis que a LCI cria mecanismo de consulta à Comissão de Ética Pública ou à Contadoria-Geral da União no caso de dúvida sobre como fazê-lo, o que aumenta o grau de segurança jurídica acerca da impessoalidade e moralidade que devem revestir o exercício da função pública, reitere-se, no âmbito da Administração Pública, consoante será analisado adiante.

3.3 Do conflito de interesses decorrente da divulgação ou utilização da informação privilegiada

O artigo 37, § 7º, da CF/1988 estabelece que “a lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas”.¹⁷⁷

¹⁷⁶ BRASIL. Lei nº 12.813/2013. Lei de Conflito de Interesses – LCI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁷⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

Esse dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI) que, no artigo 3º, inciso II, conceitua informação privilegiada como aquela atinente “a assuntos sigilosos ou aquela relevante ao processo de decisão no âmbito do Poder Executivo federal que tenha repercussão econômica ou financeira e que não seja de amplo conhecimento público”.¹⁷⁸ Por sua vez, o artigo 5º, *caput*, inciso I, da LCI disciplina que “configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo Federal divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas”.¹⁷⁹

Assim, a LCI tipifica como conflito de interesses a hipótese do agente público que, em razão de sua atividade, aproveita-se dessa circunstância e, na contramão do interesse público, utiliza essa informação para atender a interesses privados, sejam próprios ou em favor de terceiro. Em outras palavras, o conflito de interesses se configura quando o agente público detém informação privilegiada e a utiliza para fins privados em detrimento do interesse coletivo, o que viola de modo inequívoco a lealdade à entidade a que está vinculado.

É importante frisar que o artigo 3º, inciso I, define como informação privilegiada aquela referente a “assuntos sigilosos” ou que seja “relevante ao processo de decisão do Poder Executivo federal” com repercussão econômica ou financeira e, ainda, que se entende como informação privilegiada aquela que não seja de conhecimento público e que possa ensejar algum tipo de proveito ao agente que a detenha ou a outrem.

Cite-se, *v.g.*, a hipótese de agente público vinculado ao Banco Central do Brasil (Bacen) que, ciente da deliberação do Governo Federal à venda de dólares a fim de conter a oscilação da moeda no País ou, então, à fixação da taxa Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic),¹⁸⁰ com o intuito de conter a inflação, previamente informa terceiros sobre decisão econômica e promove de algum modo favorecimento ilícito de particulares. Outro exemplo que evidencia o conflito de interesses é o caso do agente público que integra o conselho deliberativo do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e, em posse de informação

¹⁷⁸ BRASIL. Lei nº 12.813/2013. Lei de Conflito de Interesses – LCI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁷⁹ Ibidem.

¹⁸⁰ BRASIL ECONÔMICO. *Entenda a taxa SELIC*: o que é, como é feito o cálculo e mais. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/2016-06-30/taxa-selic.html>>. Acesso em: 28 set. 2017.

privilegiada sobre projeto de desenvolvimento a ser realizado em determinada região, compra, por preço irrisório, imóvel na expectativa de valorização dessa área.

Logo, para a tipificação do conflito de interesses não basta o acesso à informação, faz-se suficiente, porém, imprescindível, a sua utilização ou divulgação, sendo despidendo que haja lesão ao patrimônio público ou o recebimento de qualquer vantagem ou ganho pelo agente público ou por terceiro, daí o porquê de seu enquadramento, em princípio, na improbidade administrativa tipificada no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992.

Contudo, consigne-se que o “proveito” a que aduz o artigo 5º, inciso I, da LCI está relacionado à “vantagem econômica ou financeira para o agente público ou terceiro”,¹⁸¹ do que se pode inferir que, configurado o proveito econômico do agente público mediante a utilização da informação ou a sua propagação, o ato de improbidade será inserido no artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), ao passo que, caso o proveito seja exclusivo de terceiro, tipificar-se-á o ilícito previsto no artigo 10, inciso XII, da LIA,¹⁸² hipótese em que o terceiro beneficiado responderá pela ilicitude tipificada no artigo 5º, inciso I, da LCI c/c o artigo 3º da LIA.

Portanto, a repercussão econômica ou financeira de informação que não seja de conhecimento público é o cerne do tipo legal, sem o qual não há que se falar em ato de improbidade administrativa.

Constatado o ilícito, o perdimento de bens é medida que se impõe em face do que determina o artigo 12, inciso I ou II, da LIA, que estabelece a “perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio”.¹⁸³

Caso a informação privilegiada seja utilizada ou propagada, porém, inexistir o “proveito próprio ou para terceiro”, o ato será tipificado como atentatório aos princípios da lealdade e da

¹⁸¹ BRASIL. Lei nº 12.813/2013. Lei de Conflito de Interesses – LCI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁸² Veja-se: “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: [...] XII – permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;” (BRASIL. Lei nº 8.429, de 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017).

¹⁸³ BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

impessoalidade, e a conduta, enquadrada no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992. Nesse caso, o agente público será sancionado nos termos do artigo 12, inciso III, dessa Lei.

3.4 Do conflito de interesses em razão da prestação de serviços ou da manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público

O inciso II, do artigo 5º, da Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI) tipifica como conflito de interesses “exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou do colegiado do qual este participe”.¹⁸⁴

Da leitura inicial do tipo especial, depreende-se que se trata de novo mecanismo normativo enquadrado no artigo 11, *caput*, da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), o qual censura qualquer ação ou omissão que viole os deveres de imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

A “prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio”¹⁸⁵ com particular que detenha interesse em decisão de agente público ou colegiado do qual ele é integrante, enseja o conflito de interesses na medida em que possibilita ao agente a tomada de decisões contrárias aos anseios da coletividade, refratária aos deveres de honestidade, imparcialidade e lealdade, em prol do interesse privado.

A exigência típica do artigo 5º, inciso II, da LCI é a demonstração da colisão entre o interesse público que deve ser perseguido pelo agente público e o interesse privado passível de ser alcançado pela atuação administrativa.

Da leitura do dispositivo em apreço, extrai-se a existência de duas relações jurídicas. A primeira se estabelece entre o Poder Público e o particular, pessoa física ou jurídica, e decorre do exercício da função administrativa para deliberar sobre determinado ponto de interesse deste.

¹⁸⁴ BRASIL. Lei nº 12.813/2013. Lei de Conflito de Interesses – LCI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁸⁵ Ibidem.

A segunda decorre da relação jurídica entre o agente público e o interessado, com o qual o preposto da Administração possui algum vínculo, seja uma “relação de prestação de serviços”¹⁸⁶ ou uma “relação de negócio”,¹⁸⁷ da qual exsurge a colisão entre o interesse pessoal e o interesse funcional. Desse contexto fático exsurge uma terceira relação, a jurídico-sancionatória, entre o Estado e o agente público, impondo-se ao primeiro o dever de sancionar o segundo como medida para cessar o conflito de interesses e, assim, resguardar a imparcialidade e a lealdade perante a Administração Pública.

Importa notar que, para fins de responsabilidade, torna-se essencial a demonstração do vínculo existente entre o agente público e aquele que possui interesse privado no exercício deliberativo assumido pelo próprio agente público ou de colegiado do qual ele participe, sendo, deste modo, fundamental à imputação a demonstração da justificação e motivação no processo decisório. Em outras palavras, é imprescindível o apontamento do vínculo existente entre o particular que pretende prestar determinado serviço ou manter relação de negócio e o exercício da função deliberativa pelo agente público.

Pode-se ilustrar com a hipótese de médico perito do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), que exerça atividade em consultório particular, no qual atende e avalia pacientes acometidos por doenças ocupacionais e que pretendam obter benefício previdenciário. Outro exemplo a ser mencionado refere-se a agente público que participa de reunião destinada à elaboração de licitação para a compra de caças pela União Federal e, concomitantemente, presta assessoria ou consultoria a qualquer uma das empresas que participe do processo licitatório. Ainda que o agente não atue direta ou indiretamente na fabricação dos caças, o elo profissional existente entre ele e a empresa concorrente, *per se*, já caracteriza o potencial ofensivo aos interesses da Administração Pública e, por consequência, da coletividade.

A LCI não faz nenhuma referência a respeito da necessidade de recebimento de remuneração, vantagens ou valores, tampouco em relação à assiduidade da prática tipificada no artigo 5º, inciso II, se permanente ou esporádica, para que se configure o ato de improbidade administrativa tipificado no artigo 11 da LIA.

Igualmente, não há referência normativa na LCI se a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio deverá ser exercida exclusivamente por agente público como

¹⁸⁶ BRASIL. Lei nº 12.813/2013. Lei de Conflito de Interesses – LCI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁸⁷ Ibidem.

pressuposto objetivo implícito da vedação legal contida no referido dispositivo. Fato relevante para que se configure a improbidade narrada é que essa prática, maculada pelo interesse privado, seja reconhecida pelo agente público de modo que comprometa ou influencie o seu exercício funcional deliberativo em abalroamento com a vedação normativa.

Releva destacar, ainda, que o momento da ocorrência do referido ilícito é pretérito ao ato deliberativo, haja vista que a prestação de serviços ou a relação de negócio que geram o conflito de interesses podem até mesmo não se consumir, o que não exime o agente público de sua responsabilização.

Conforme salientado, ocorrendo a ilicitude tipificada no artigo 5º, inciso II, restará configurada a improbidade administrativa prevista no artigo 11 da LIA e, por consequência, por força do artigo 12 da LCI, o agente ímprobo será sancionado nos termos do artigo 12, inciso III, da LIA.

Dessa maneira, a Lei criou um mecanismo no combate ao conflito de interesses que objetiva blindar o exercício da função administrativa deliberativa, de modo que o agente público possa atuar com isenção e imparcialidade, em homenagem ao princípio da lealdade como pressuposto para o alcance do interesse público.

3.5 Do conflito de interesses decorrente do exercício de atividade incompatível com as atribuições do agente público

A improbidade decorrente do exercício de atividade incompatível com as atribuições do agente público, até então, tratava-se apenas de ilícito funcional, disposto no artigo 117, inciso XVIII,¹⁸⁸ da Lei nº 8.112/1990 (Lei dos Servidores Públicos Civis da União), podendo o servidor responder civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições, nos termos do artigo 121 do mesmo Diploma.

¹⁸⁸ Na dicção do referido dispositivo: “Ao servidor é proibido: [...]

XVIII – exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;” (BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Lei dos Servidores Públicos Civis da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017).

A Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI) incluiu o aludido ilícito funcional no regime de improbidade administrativa ao dispor no artigo 5º, inciso III, que configura conflito de interesses, “exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas”.¹⁸⁹

Da leitura do referido dispositivo legal, extrai-se que, em relação à previsão disposta na Lei nº 8.112/1990, a Lei nº 12.813/2013 aperfeiçoou a hipótese de improbidade administrativa e inseriu especificações importantes, tal como a qualificação do exercício, direto ou indireto, da atividade privada vedada, que, exercida pelo agente público, é incompatível com as atribuições do cargo em razão de sua natureza. Essa norma jurídica tem por objetivo proteger o exercício imparcial, impessoal e leal do cargo em observância aos interesses públicos, cujo zelo e guarda são inerentes à esfera de atuação profissional do agente.

Ilustra-se o enquadramento nesse dispositivo com a hipótese de diretor da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) que solicita a suspensão de seu contrato de trabalho pelo período de dois anos para assumir cargo em empresa privada que mantém contrato comercial com a empresa pública, após vencer processo licitatório. No exemplo citado, a manutenção do vínculo do agente com a empresa pública veda a sua atuação profissional no setor privado, ainda que o motivo da suspensão do contrato de trabalho possua autorização legal.

Rechaça-se a atividade incompatível exercida de forma direta, isto é, pelo próprio agente público, ou de forma indireta, por meio de subterfúgios criados para dissimular o ilícito, como por exemplo, por meio de pessoas jurídicas.

A LCI também pôs fim a qualquer dúvida que pudesse atribuir incerteza ao tipo de atividade incompatível, ao estender a possível incompatibilidade a “qualquer área ou matéria correlata”,¹⁹⁰ isto é, ainda que a atividade seja desenvolvida em setor ou campo econômico ou profissional inerente às atribuições do cargo ou emprego será considerada atividade potencialmente causadora de conflito de interesses.

¹⁸⁹ BRASIL. Lei nº 12.813/2013. Lei de Conflito de Interesses – LCI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁹⁰ Ibidem.

Em alguns cargos públicos, o grau de vedação ao exercício de atividades privadas é bastante elevado exatamente para prevenir o conflito de interesses, como ocorre no caso dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público (MP).

A restrição atribuída aos membros do Judiciário, *v.g.*, está estampada no artigo 95, parágrafo único, inciso I, da CF/1988 e veda expressamente aos juízes o exercício de outro cargo ou função, exceto o magistério. Já para os membros do Ministério Público, as restrições vêm estampadas no artigo 128, § 5º, inciso II, da CF/1988, e incluem o exercício da advocacia (alínea “b”) e a participação em sociedade comercial (alínea “c”).

Com a prática do ilícito, o agente público incorrerá no ato de improbidade administrativa pelo conflito de interesses, nos termos do artigo 12 da LCI c/c o artigo 11 da LIA e estará sujeito às sanções previstas no artigo 12, inciso III, da LIA.

3.6 Do conflito de interesses em razão da atuação do agente público em atendimento a interesses privados perante órgãos da Administração Pública

Consoante a hipótese arrolada no inciso IV da Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI), constitui conflito de interesses “atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor, ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.¹⁹¹

Com o intuito de tutelar a imparcialidade, a impessoalidade e a lealdade na relação do agente público com a Administração Pública, a Lei considera inconcebível que o administrador exerça a sua atividade funcional para atender a interesses privados. O tipo disposto no inciso em análise refere-se à atuação ativa do agente público, no âmago do aparelho administrativo, à defesa do interesse privado, o que é intolerável no Estado Democrático de Direito.

A Lei nº 8.112/1990 (Lei dos Servidores Públicos Civis da União) possui vedação semelhante à da LCI disposta no artigo 117, inciso XI, ao declarar que é proibido ao servidor

¹⁹¹ BRASIL. Lei nº 12.813/2013. Lei de Conflito de Interesses – LCI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

“atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro”.¹⁹²

Contudo, o artigo supracitado excepciona a intermediação de parentes até o segundo grau, bem como de cônjuge ou companheiro, pelo agente público perante a Administração Pública, quando o objeto for benefício previdenciário ou assistencial.

Eis que surge um conflito aparente de normas, haja vista que a LCI veda qualquer tipo de intermediação de interesse privado por agente público ante a Administração Pública, ao passo que o Estatuto dos Servidores Públicos Federais excepciona a atuação de agente público em repartições públicas em favor de parentes até o segundo grau, cônjuge ou companheiro, quando se tratar de benefícios de ordem previdenciária ou assistencial.

No entendimento do presente estudo, na situação apontada, houve a revogação tácita do dispositivo do Estatuto dos Servidores por se tratar de Lei posterior – a Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI) –, que afastou expressamente qualquer tipo de representatividade de interesse privado por agente público, em qualquer dos três Poderes e em qualquer ente da Federação. Ademais, a LCI tornou-se mais abrangente e condizente com a finalidade da norma e com os princípios da imparcialidade e da impessoalidade, eliminando eventuais conflitos entre interesse público e privado, ainda que de modo informal. Inexiste justificativa objetiva e razoável que legitime a exceção à defesa de interesse privado por agente público na esfera administrativa.

O inciso IV do artigo 5º corrobora a tese de que a LCI consiste em norma de aplicação nacional, ou seja, destina-se a obstar a prática de qualquer ato que importe em conflito de interesses entre o público e o privado e alcança toda a Administração Pública, sem nenhuma exceção.

Assim, o referido dispositivo considera a possibilidade da existência de conflitos de interesses em qualquer atuação do agente público em favor do interesse privado e em todas as esferas da Federação. Quando o agente público atua como procurador em face de repartições

¹⁹² BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Lei dos Servidores Públicos Civis da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

públicas, age com deslealdade à instituição a que serve e deixa de observar as normas legais e regulamentares atinentes ao cargo ou emprego que ocupa.

Trata-se de ilícito formal que independe da existência de lesão ao patrimônio público ou de recebimento de qualquer proveito ou vantagem pelo agente público ou por terceiro, sendo que por força do artigo 12 da LCI, a conduta do agente público enquadrada no artigo 5º, inciso IV, será tipificada no artigo 11, *caput*, da LIA.

A separação absoluta do exercício da função pública do interesse privado é fator preponderante à segurança jurídica e transparência na relação existente entre o agente público e a Administração à qual aquele se vincula. Igualmente, a vedação da defesa do interesse privado na esfera administrativa impede que a função pública se desvirtue do comprometimento ético com os valores fundamentais do regime jurídico-administrativo na realização do bem comum e do interesse público.

3.7 Do conflito de interesses decorrente da prática de ato que beneficie pessoa jurídica de que participe agente público ou parentes

A hipótese arrolada no artigo 5º, inciso V, da Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI) estabelece como conflito de interesses a ação do agente público que “praticar ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos e afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão”.¹⁹³

Evidencia-se, mais uma vez, o objetivo da Lei nº 12.813/2013 de afastar qualquer relação que possa existir entre o agente público e o interesse privado. Na hipótese em questão, almeja-se proteger o exercício da função pública em relação à pessoa jurídica da qual sejam partícipes o agente público ou seus familiares até o terceiro grau.

¹⁹³ BRASIL. Lei nº 12.813/2013. Lei de Conflito de Interesses – LCI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

O processo administrativo na esfera da União Federal já possui regulamentação na Lei nº 9.784/1999, a qual estabelece o impedimento da atuação de servidor ou autoridade em processo administrativo que tenha interesse direto ou indireto na matéria¹⁹⁴.

A Lei nº 12.813/2013, norma de caráter nacional que alcança a atuação em processos administrativos envolvendo todos os membros do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, em todas as esferas da Federação, especifica situação típica de interesse direto e indireto sobre o qual deve recair o impedimento do agente público com a finalidade de prevenir o conflito de interesses e preservar a moralidade, impessoalidade e imparcialidade na atuação dos prepostos que integram a Administração.

Em rigor, o dispositivo em análise exige a demonstração apenas da *influência na gestão*, todavia, no entender do presente estudo, bastaria apenas esboçar a existência da relação jurídica existente entre o agente público e a pessoa jurídica interessada, cotejando o quadro societário da empresa ou, ao menos, a *influência na gestão* da pessoa jurídica pelo agente público, e o exercício efetivo da função administrativa pelo gestor público em processo administrativo que figure a pessoa jurídica, nos termos da norma impeditiva, para que se configure o conflito de interesses. Dessa maneira, cria-se um afastamento objetivo da atuação do administrador público e de terceiros referidos no dispositivo que possam influir na atuação proba, imparcial e legal – ou desvirtuá-la – que deve reger a ação administrativa.

Ilustra-se a situação contemplada no dispositivo em apreço, com a hipótese de, *v.g.*, o Ministro da Fazenda ser sócio de empresa de consultoria e atuar perante o Banco Central do Brasil (Bacen), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) ou o próprio Ministério da Fazenda para solucionar entraves de qualquer natureza de seus clientes, contratantes da aludida empresa de consultoria, ainda aufera lucros legais e estes sejam declarados à Receita Federal. Pode-se citar, também, a hipótese de agente público responsável pela concessão de financiamento em banco estatal que altera o regulamento acerca dessa operação para conceder crédito à pessoa jurídica em que sua esposa participe do quadro societário.

¹⁹⁴ Veja-se: “Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que: [...] I – tenha interesse direto ou indireto na matéria;” (BRASIL. Lei nº 9.784, de 19 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017).

Na hipótese em análise, assim como nos dispositivos anteriores, é despendida a ocorrência de lesão ao patrimônio público ou a obtenção de vantagem pelo agente público, nos termos do artigo 4º, § 2º, da LCI.

O agente que figurar na situação tipificada no artigo 5º, inciso V, por força do artigo 12, *caput*, será responsabilizado pela improbidade administrativa disposta no artigo 11 da LIA e, consequentemente, sancionado nos termos do artigo 12, inciso III, desse Diploma. Entretanto, caso ocorra o enriquecimento ilícito, de forma direta ou indireta, o caso deverá ser analisado sob a égide do artigo 9º da LIA e, por consequência, a sanção aplicável observará o artigo 12, inciso I. na eventualidade de o ato praticado implicar dano ao erário, o seu enquadramento dar-se-á nos moldes do artigo 10 da LIA, com o consequente sancionamento com fulcro no artigo 12, inciso II, dessa Lei.

3.8 Do conflito de interesses em razão do recebimento de presentes

Na hipótese do artigo 5º, inciso VI, da Lei nº 12.813/2013 caracteriza-se conflito de interesses o recebimento de presente, por agente público, de quem tenha interesse em sua decisão “ou de colegiado do qual este participe fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento”.¹⁹⁵

Conduta comumente praticada na esfera pública, o recebimento de presente por agente público tem proibição expressa no artigo 117, inciso XII, da Lei nº 8.112/1990, cujo texto consigna que ao servidor é vedado “receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições”.¹⁹⁶

Na esfera federal, o Código de Conduta da Alta Administração, aprovado em 8 de agosto de 2002, traz proibição semelhante no artigo 9º, porém, excepciona a aceitação de presentes de “autoridades estrangeiras nos casos protocolares em que houver reciprocidade”¹⁹⁷ e não

¹⁹⁵ BRASIL. Lei nº 12.813/2013. Lei de Conflito de Interesses – LCI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁹⁶ BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Lei dos Servidores Públicos Civis da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁹⁷ COMISSÃO DE ÉTICA PÚBLICA. Brasil. Código de Conduta da Alta Administração Federal. Disponível em: <<http://etica.planalto.gov.br/sobre-a-cep/legislacao/etica3>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

considera presentes os brindes que não tenham valor comercial (inc. I) ou aqueles “distribuídos por entidades de qualquer natureza a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas, [desde que] não ultrapassem o valor de R\$ 100,00 (cem reais)”¹⁹⁸ (inc. II). A Comissão de Ética Pública editou a Resolução nº 3, de 23 de novembro de 2000, que regulamenta o tratamento de presentes e brindes aplicáveis às autoridades públicas abrangidas pelo Código de Conduta da Alta Administração Federal, corroborando essa disposição.

Todavia, no entendimento do presente estudo, em face da amplitude da Lei nº 12.813/2013, norma de caráter nacional e promulgada posteriormente às normas jurídicas supracitadas, a vedação contida nessa Lei alcança todos os agentes públicos do País, independentemente do valor ou da natureza comercial ou não do regalo, desde que este seja recebido de quem tenha interesse em decisão do agente ou de colegiado do qual ele participe.

Deve-se privilegiar o sentido teleológico empregado pelo legislador na Lei de Conflito de (LCI) Interesses e assegurar o exercício funcional de natureza impessoal, imparcial e legal ao cargo ou emprego à consecução do interesse público, prevenindo e eliminando eventuais conflitos entre o interesse público e interesses privados.

No caso de haver relação de interesse, seja ela comercial, patrimonial, profissional, empresarial, ambiental ou de outra natureza, entre o presenteador e o exercício funcional do agente público, o recebimento do “mimo” pelo preposto da Administração, *per se*, já configura o conflito, ou seja, para a configuração no tipo legal em análise é despidendo que o agente público delibere efetivamente em favor do interessado.

Ilustre-se com o caso em que empresa privada, com extenso passivo judicial por crimes ambientais, trabalhistas e fiscais que patrocina evento da Associação de Magistrados Brasileiros (AMB), reúne milhares de magistrados em *resort* na Bahia, com encerramento de *show* de cantora de renome nacional e internacional.¹⁹⁹ Talvez, esse seja um dos pontos mais graves abordados pela Lei de Conflito de Interesses, pois a concessão de benevolências a agentes públicos, oriundas de pessoas interessadas no resultado final do exercício de sua função,

¹⁹⁸ COMISSÃO DE ÉTICA PÚBLICA. Brasil. Código de Conduta da Alta Administração Federal. Disponível em: <<http://etica.planalto.gov.br/sobre-a-cep/legislacao/etica3>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁹⁹ BRESCIANI, Eduardo. *Evento de luxo de juízes em resort na Bahia será pago por empresa com passivo judicial*: magistrados se reunirão em Porto Seguro, com direito a show de Ivete Sangalo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/evento-de-luxo-de-juizes-em-resort-na-bahia-sera-pago-por-empresa-com-passivo-judicial-20409506>>. Acesso em: 28 set. 2017.

compromete de forma silenciosa a imparcialidade do magistrado e coloca em risco a autonomia e independência do Poder Judiciário, valores fundamentais do Estado Democrático de Direito.

A despeito da hipótese apontada, há aquelas situações delimitadas na Resolução nº 3, de 23 de novembro de 2000,²⁰⁰ em que o recebimento de presentes não configura infração ético-jurídica e que, portanto, não influencia no exercício funcional do agente público. Citem-se como exemplos: (a) quando ofertados por autoridades estrangeiras, nos casos protocolares em que houver reciprocidade ou em razão do exercício de funções diplomáticas; (b) quando se tratar de prêmio em dinheiro ou bens concedidos à autoridade por entidade acadêmica, científica ou cultural, em reconhecimento por sua contribuição de caráter intelectual; (c) quando o agente público receber prêmio concedido em razão de concurso de acesso público a trabalho de natureza acadêmica, científica, tecnológica ou cultural; e (d) quando se tratar de bolsa de estudos vinculada ao aperfeiçoamento profissional ou técnico da autoridade, desde que o patrocinador não tenha interesse em decisão que possa ser tomada por ela, em razão do cargo que ocupa.

Observa-se que, nas circunstâncias elencadas na Resolução nº 3/2000, o recebimento de presente não possui vínculo de interesse entre o doador e o agente público capaz de influir no exercício de sua função deliberativa e, assim, afastá-lo do dever de lealdade às instituições públicas.

Configurada a situação descrita no artigo 5º, inciso VI, da LCI, a responsabilização do agente público dar-se-á nos termos do artigo 11 c/c artigo 12, inciso III, ambos da LCI, rem razão de o ato ímprobo violar os princípios norteadores da Administração Pública.

Caso o agente público receba propina ou vantagens indevidas, a sua responsabilidade dar-se-á com fulcro no artigo 9º da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) e, na eventualidade de o ilícito funcional acarretar comprovado dano ao erário, será aplicado a esse agente o disposto no artigo 10 desse mesmo Diploma.

²⁰⁰ BRASIL. Resolução nº 3, de 23 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_conduta/resolucao3.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

3.9 Do conflito de interesses decorrente da prestação de serviços à pessoa jurídica fiscalizada pelo agente público

A última hipótese tratada na Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI) qualifica como ilícito funcional o ato de “prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado” (art. 5º, VII).²⁰¹

A hipótese apontada se assemelha àquela tipificada no inciso II do artigo 5º, visto que ambos os dispositivos tratam da relação de prestação de serviços às pessoas físicas ou jurídicas; naquela hipótese, o agente público presta serviços para quem tem interesse em decisão do próprio gestor público, ou de colegiado do qual ele faça parte, ao passo que, no caso do inciso VII, o agente público, efetiva e diretamente, presta serviços à pessoa jurídica de natureza privada, a qual o administrador tem o dever funcional de controlar, fiscalizar ou regular a sua atuação, o que possibilita o surgimento de interesses privados opostos aos interesses públicos que influirão na imparcialidade do processo de tomada de decisão.

Nota-se, assim, a pretensão do legislador em tutelar o exercício da atividade de controle, fiscalização e regulação.

O controle na Administração Pública é definido como “o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de poder”.²⁰²

No tocante à atividade de controle, a norma em questão ganha relevância se analisada a estrutura de controle interno da Administração Pública, uma vez que os agentes não poderão manter nenhum tipo de vínculo com pessoas físicas ou jurídicas submetidas ao controle do Poder Público por dever de lealdade à Instituição que integram.

Na atividade de fiscalização, a restrição se aplica ao agente público no âmago das atividades instrumentais e finalísticas da Administração, englobando, por exemplo, com base no poder de polícia do Estado, a fiscalização de contratos administrativos durante a celebração

²⁰¹ BRASIL. Lei nº 12.813/2013. Lei de Conflito de Interesses – LCI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

²⁰² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 781.

e vigência no campo de serviços públicos e em áreas de fomento público, a fiscalização na arrecadação tributária.

Já na atividade de regulação, a proibição legal consiste em uma proteção ao exercício impessoal, imparcial, isento, técnico-legal e transparente das competências regulatórias que devem alcançar exclusivamente os interesses públicos, estendendo-se a todos os agentes públicos integrantes das agências reguladoras. Ilustra-se com a disposição do artigo 5º, inciso VII, da LCI, que veda a possibilidade de presidente de entidade sindical que representa estabelecimentos de serviços de saúde no País, entre os quais as operadoras de planos de saúde, exercer o cargo de presidente da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Esse dispositivo é outro importante mecanismo da Administração Pública no combate à corrupção de modo que a atividade administrativa seja exercida em sua plenitude e com eficiência, cabendo blindar o exercício de fiscalização, controle e regulação dos atos jurídicos produzidos na seara da função pública.

Tecidas as considerações acerca da prática funcional que implique o conflito de interesses e seus desdobramentos durante o vínculo do agente público com a Administração Pública, cumpre consignar a existência de situações que também vedam determinadas ações do gestor na esfera privada, mesmo após a exoneração do cargo ou emprego que exercia, sob pena de configurar ilícito funcional exatamente em face dessa posição que ocupava anteriormente na esfera pública e, por consequência, tipificar ato de improbidade administrativa sancionado pela Lei nº 8.429/1992, conforme será demonstrado na análise efetuada a seguir.

3.10 Do conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego público

A Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI) trouxe relevante inovação ao caracterizar a possibilidade do ilícito funcional, como ato de improbidade administrativa, mesmo após o exercício do cargo ou emprego pelo ex-agente público, o que, até então, não era plausível em face da inexistência normativa na Lei de Improbidade.

O artigo 12 da LCI aduz expressamente acerca da configuração de improbidade administrativa, nos termos do artigo 6º do mesmo Diploma Legal. Por sua vez, o artigo 6º, em síntese, declara que o ex-agente, já desligado dos quadros da Administração Pública, poderá incorrer na prática do ato de improbidade administrativa de conflito de interesses e estará, *a priori*, sujeito às sanções dispostas no artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.429/1992.

De início, registre-se que o ato de improbidade tipificado no artigo 6º da LCI, por falta de fundamento lógico, não acarreta ao ex-agente a perda da função pública, mesmo que o infrator, posteriormente, tenha se vinculado à Administração Pública através de outro cargo ou emprego, conforme outrora narrado, ou seja, mesmo que o infrator tenha se desvinculado dos quadros da Administração, ele poderá ser responsabilizado pelo ato de improbidade praticado após a sua exoneração, durante o lapso temporal previsto em lei, entretanto, a perda da função não lhe será aplicada, ainda que ele tenha assumido novo cargo ou função na esfera pública, conforme outrora narrado.

A LCI contextualiza as situações restritivas, após o exercício do cargo ou emprego, em duas partes. A primeira refere-se a um futuro interesse pessoal do ex-agente para exercer atividade laboral junto ao setor privado (art. 6º, II, “a” e “b”) e, a segunda, direciona-se ao livre exercício profissional perante o setor público, impondo limites ao ex-agente à satisfação de futuro interesse privado no âmbito do domínio público ou governamental em que estava inserido, quando ativo na função pública (art. 6º, II, “c” e “d”).

Evidencia-se nas hipóteses do artigo 6º da LCI a rejeição a qualquer tipo de patrimonialismo no Estado Brasileiro.

Em que pese o *caput* do artigo 6º aduzir apenas a cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo Federal, entende-se, conforme narrado, que a aplicação desse dispositivo deve-se estender a todos os agentes da Administração Pública, sem exceção.

Reitere-se que o regime da improbidade administrativa possui fundamento constitucional no artigo 37, § 4º, tendo sido esse dispositivo regulamentado pela Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), a Lei Geral de Improbidade Administrativa. Por força do artigo 12 da Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI), foi ampliado o rol de atos ímprobos, inserindo no ordenamento jurídico, dentre eles, os dispostos no artigo 6º e, por se tratar de um desmembramento normativo, deverá ser objeto necessariamente de lei nacional, demandando interpretação sistemática à luz da Constituição

Federal. Logo, a LCI tipifica atos de improbidade administrativa no que toca a todos os membros da Administração Pública, em todos os níveis federativos.

Igualmente, a atribuição de competência para a apreciação ou autorização à Comissão de Ética Pública ou à Controladoria-Geral da União, aduzida expressamente no artigo 6º, inciso II, da LCI, não tem o condão de afastar o caráter nacional da norma jurídica, uma vez que caberá a cada ente federativo indicar os órgãos responsáveis por essa tarefa.

Procedidas a essas considerações preliminares, passa-se à análise de cada uma das hipóteses configuradoras do ato de improbidade administrativa pelo conflito de interesses existente após a exoneração do cargo ou emprego pelo agente público.

3.11 Do conflito de interesses decorrente da divulgação ou utilização de informação privilegiada a qualquer tempo

O artigo 6º, inciso I, da Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI) contempla a hipótese de configuração do conflito de interesses quando o agente público, mesmo após o exercício do cargo ou emprego, “a qualquer tempo, divulgar ou fazer uso de informação privilegiada em razão das atividades exercidas”.²⁰³

O objetivo da norma é proteger a “informação privilegiada adquirida em razão do vínculo funcional do agente com a Administração Pública, sendo despicienda a manutenção da titularidade do cargo ou do emprego. Portanto, ainda que o agente público tenha se desligado dos quadros da Administração, ele poderá ser responsabilizado, caso utilize ou divulgue determinada informação que se refira a assuntos sigilosos ou que seja relevante ao processo deliberativo que tenha repercussão econômica ou financeira da entidade pública com a qual manteve vínculo funcional. A lealdade do ex-agente público com a Administração Pública deve, pois, subsistir mesmo após encerrado o elo funcional, de modo que sejam resguardadas as informações sigilosas e aquelas relacionadas a processos decisórios de cunho financeiro ou econômico do ente público.

²⁰³ BRASIL. Lei nº 12.813/2013. Lei de Conflito de Interesses – LCI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

A configuração do conflito de interesses do ex-agente ocorrido após o encerramento do vínculo com Administração independe de “proveito próprio ou de terceiros”,²⁰⁴ conforme disposto no artigo 5º da LCI, bastando a comprovação do comportamento comissivo da divulgação ou utilização assinalada e da qualificação jurídica da informação. Independente, também, para configuração do conflito de interesses, que haja violação ao patrimônio público ou o auferimento de qualquer vantagem pelo ex-agente ou por terceiros.

Ilustra-se com a vedação imputada a ex-agente público que exerceu cargo de diretor em usina nuclear, no caso, a Eletrobras Eletronuclear, que detém informações sigilosas acerca do processo de produção de energia elétrica. Por se tratar a referida empresa de uma sociedade de economia mista,²⁰⁵ portanto, enquadrada no artigo 2º, inciso III, da LCI, a restrição na divulgação da informação privilegiada obtida em face das atividades exercidas estende-se mesmo após o exercício do cargo, e o aludido ilícito funcional poderá ocorrer a qualquer tempo.

Conforme já se assinalou, eventual ilegalidade do ato de desligamento do ex-agente público não tem o condão de afastar a tipificação de possível conflito de interesses exatamente porque a configuração do referido ilícito independe da titularidade do cargo ou do emprego.

3.11.1 Do período de quarentena de seis meses

No que concerne à prática de ato pelo ex-agente público que abalroa os interesses públicos, a Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI) estabeleceu o prazo de seis meses, a contar do desligamento efetivo do preposto dos quadros da Administração, em que este não poderá proceder a determinados atos, sob pena de incorrer no ilícito disposto no artigo 6º, inciso II, da referida Lei.

Conforme o legislador aduz no tipo legal do dispositivo supramencionado, o conflito de interesses poderá ocorrer no “período de 6 (seis) meses, contado da data da dispensa,

²⁰⁴ BRASIL. Lei nº 12.813/2013. Lei de Conflito de Interesses – LCI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

²⁰⁵ ELETROBRAS ELETRONUCLEAR. Disponível em: <<http://www.eletronuclear.gov.br/Aempresa.aspx>>. Acesso em: 28 set. 2017.

exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria, salvo quando expressamente autorizado, conforme o caso, pela Comissão de Ética Pública ou pela Controladoria-Geral da União”.

Em razão do impedimento que recai sobre o ex-agente público de exercer atividade econômica ou prestar serviço em setor privado, o ordenamento jurídico lhe assegura o direito à remuneração compensatória durante o período de quarentena.

Ocorre que a Lei nº 12.813/2013 nada dispõe acerca da possibilidade do pagamento de remuneração compensatória a ex-agente, tampouco sobre o prazo em que esse ressarcimento pelo impedimento legal dar-se-á, o que o expõe a risco de dano irreparável ou de difícil reparação em face da natureza alimentar da aludida verba que estará privado.

Em que pese essa omissão da Lei nº 12.813/2013, o Decreto nº 4.187/2002, que regulamenta os artigos 6º e 7º da Medida Provisória nº 2.225-45/2001, dispõe sobre o impedimento de autoridades exercerem atividades ou prestarem serviços após a exoneração do cargo que ocupavam e sobre a remuneração compensatória a elas devida pela União Federal. Apesar de, aparentemente, conflitar com a LCI, em verdade, o referido Decreto não revogou, nem expressa, nem tacitamente, os artigos 4º e 5º do Decreto nº 4.187/2002, o qual prevê a remuneração dos ex-titulares dos cargos de Ministro de Estado, de natureza especial e do Grupo de Direção e Assessoramento Superiores (DAS) nível 6 durante a quarentena, em valor correspondente ao do cargo que ocupavam.

Contudo, o período de quarentena expressamente disposto no artigo 5º, inciso II, do referido Decreto estabelece o período de recebimento da remuneração compensatória apenas pelo período de quarentena, ou seja, por quatro meses. Diante do surgimento da controvérsia sobre o prazo em que esses ex-agentes públicos fariam jus a perceberem a compensação, a Comissão de Ética Pública, com o fim de elidir qualquer dúvida, emitiu a Nota de Orientação nº 1, de 29 de janeiro de 2014,²⁰⁶ cujo entendimento é no sentido de ex-agente público faz jus à remuneração compensatória durante o período de seis meses.

Depreende-se da leitura do dispositivo que, além do período de quarentena a que o ex-agente se submete à prática de atos que possam atentar contra os interesses da Administração após seu desligamento do ente público, há nesse tipo legal importante instrumento de prevenção

²⁰⁶ COMISSÃO DE ÉTICA PÚBLICA. Nota de Orientação nº 1, de 29 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://etica.planalto.gov.br/sobre-a-cep/orientacoes/2014/nota-de-orientacao-no-1-de-29-de-janeiro-de-2014.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2017.

da deflagração de conflito de interesses em casos que possam gerar dúvidas. Trata-se da possibilidade da realização de consulta no âmbito federal à Comissão de Ética Pública ou à Controladoria-Geral da União (CGU), dependendo do tipo de cargo ou emprego que o ex-preposto exercia.

Os agentes públicos citados nos incisos de I a IV do artigo 2º da LCI estarão submetidos à Comissão de Ética Pública, e os demais agentes, à CGU, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 8º do mesmo Diploma Legal.

Em razão da importância desse mecanismo de prevenção dos conflitos citados, entende-se haver o dever de cada ente federativo regulamentar quais cargos e empregos estarão submetidos ao regime restritivo, bem como de criar as respectivas entidades de controle e consulta para precaver a ocorrência do ilícito ético-funcional.

Existem quatro hipóteses estabelecidas pela Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI) que, durante o período de seis meses após o desligamento do ex-agente dos quadros da Administração Pública, são vedadas e que a sua prática importa em ato de improbidade administrativa. Por força do artigo 12 da LCI, os ex-agentes que cometerem esses atos inflacionais deverão ser sancionados nos termos do artigo 11 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA).

3.12 Do conflito de interesses em razão da prestação de serviços com quem o agente público tenha estabelecido relacionamento durante o exercício da função pública

A primeira hipótese aduz que configura conflito de interesses o ex-agente público “prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a pessoa física ou jurídica com quem tenha estabelecido *relacionamento relevante* em razão do exercício do cargo ou emprego”,²⁰⁷ consoante estabelecido na Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI), no artigo 6º, inciso II, alínea “a”.

²⁰⁷ BRASIL. Lei nº 12.813/2013. Lei de Conflito de Interesses – LCI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017. Grifou-se.

Com frequência, podem-se observar agentes públicos que, após deixarem os quadros da Administração Pública, ingressam na esfera privada como prestadores de serviços, em geral, atrelados às áreas de sua atuação durante a vida pública. Contudo, para que isso se caracterize conflito de interesses, tipificado no artigo 6º, inciso II, alínea “a”, é imprescindível a presença de alguns requisitos a serem observados *in concreto*, quais sejam, (a) que a relação do ex-agente público com o sujeito externo aos quadros da Administração Pública tenha se estabelecido durante o exercício da função pública; (b) que essa relação seja *relevante*; (c) que haja a efetiva prestação de qualquer tipo de serviço, ainda que de forma indireta; e (d) que essa prestação de serviço tenha ocorrido durante o período de quarentena de até seis meses após o desligamento do ex-agente público.

Certamente, a controvérsia surge acerca do conceito de *relacionamento relevante* em decorrência do indeterminismo dessa expressão, isto é, do seu caráter subjetivo. Todavia, essa possível divergência conceitual deverá ser superada à luz dos valores ético-jurídicos atinentes à situação funcional, mediante análise do caso *in concreto* em face da finalidade preventiva e repressiva da norma jurídica. Para evitar digressões acerca do que seria *relacionamento relevante*, entende-se como alternativa salutar considerar o potencial de ofensividade que uma relação mantida entre o ex-agente público e o possuidor de interesse particular tem à impessoalidade e lealdade à Administração Pública.

É inconcebível que ex-agente público estabeleça qualquer espécie de prestação de serviços com particular interessado em contratar com a Administração Pública, durante o curto período de seis meses após a sua saída da Administração, sobretudo, em face da potencial lesividade aos interesses públicos que a atuação funcional direcionada a alcançar vantagens profissionais ou econômicas pode acarretar. O período de seis meses é razoável e proporcional e preserva não apenas o livre exercício profissional (art. 5, XIII, da CF/1988) e a livre iniciativa do particular (art. 170, parágrafo único, da CF/1988), mas também a moralidade administrativa e a lealdade às instituições.

3.13 Do conflito de interesses decorrente da aceitação de cargo de administrador ou conselheiro ou do estabelecimento de vínculo profissional com pessoa física ou jurídica que desenvolva atividade relacionada à função pública exercida

A segunda hipótese prevista à configuração do conflito de interesses após o desligamento da atividade pública alcança a pretensão do ex-agente público em “aceitar cargo de administrador ou conselheiro ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica que desempenhe atividade relacionada à área de competência do cargo ou emprego ocupado”,²⁰⁸ nos termos do artigo 6º, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI).

Comparativamente à alínea “a” do dispositivo em análise, tem-se que a alínea “b” possui desiderato semelhante de impedir conduta daquele que ocupava cargo ou emprego público, em período posterior ao exercício da função, em assumir atividade privada que afete valores essenciais tutelares do regime jurídico-administrativo, como a impessoalidade, a honorabilidade e a lealdade, porém, nesta entende-se haver maior amplitude no que tange à censura de benefícios profissionais privados futuros. Isso porque, na alínea “a”, veda-se a manutenção de vínculos com sujeitos que o agente público estabeleceu “relacionamento relevante”,²⁰⁹ ao passo que, na alínea “b”, o campo material da vedação ganha alcance com a retirada da esfera jurídica da manutenção de quaisquer vínculos do ex-preposto da Administração, desde que exercentes de “atividades relacionadas à área de competência do cargo ou emprego ocupado”,²¹⁰ pelo prazo de seis meses após o desligamento.

O tipo especial do conflito já se aperfeiçoa com a mera aceitação do cargo ou vínculo funcional durante o período de quarentena, porém, não é qualquer atividade privada profissional que enseja o conflito de interesses. Releva destacar a importância de se analisar se a pessoa física ou jurídica em que o ex-agente público atuará desempenha atividade relacionada à área de competência do cargo ou emprego que ele exercia na ativa, por tratar-se de requisito essencial à caracterização do lícito ético-administrativo.

²⁰⁸ BRASIL. Lei nº 12.813/2013. Lei de Conflito de Interesses – LCI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

²⁰⁹ Ibidem.

²¹⁰ Ibidem.

José Roberto Pimenta Oliveira, ao analisar a vedação do exercício de atividade profissional privada de ex-agente público, após o seu desligamento da Administração, aclara que “foram juridicamente censuradas no período de quarentena as atividades profissionais que ostentarem correlação lógica com as atribuições anteriormente desempenhadas pelo agente público”²¹¹.

Com isso, o legislador promoveu a blindagem do exercício da função pública no período que antecede o desligamento do agente público, de modo a impedir que sejam atendidos interesses pessoais e privados que possam macular o exercício de sua atividade ante a iminência da ruptura do vínculo mantido com a Administração, em homenagem ao dever de lealdade do agente público aos interesses públicos.

3.14 Do conflito de interesses em razão da celebração de contratos de serviço, consultoria, assessoramento ou atividades similares vinculados ao órgão em que tenha exercido função pública

A terceira hipótese de conflito de interesses tipifica como ilícito ético-administrativo o ex-agente público que “celebrar com órgãos ou entidades do Poder Executivo federal contratos de serviço, consultoria, assessoramento, ou atividades similares, vinculados, ainda que indiretamente, ao órgão ou entidade em que tenha ocupado cargo ou emprego”, na dicção do artigo 6º, inciso II, alínea “c”, da Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI).²¹²

Por óbvio, depreende-se da leitura do dispositivo que não se admite que ocupante de cargo ou emprego de elevada hierarquia, imediatamente após o encerramento do elo profissional com a Administração Pública, seja contratado para prestação de serviços técnicos perante órgão ou entidade que atuou no exercício da função pública.

Com o objetivo de resguardar a lealdade ao exercício de determinados cargos ou empregos públicos, a LCI estabeleceu essa vedação como mecanismo essencial à prevenção da

211 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa*, p. 200.

212 BRASIL. Lei nº 12.813/2013. Lei de Conflito de Interesses – LCI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

possibilidade de o agente deturpar o exercício funcional para a satisfação de interesses privados próprios.

Antes mesmo do advento da Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI), a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitação), já previa esse tipo de vedação com a finalidade de evitar a ocorrência do conflito de interesses ao proibir a participação, direta ou indiretamente, de licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens por servidor, ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pelo certame, nos termos do artigo 9º, inciso III. Contudo, em que pese a semelhança entre ambos os dispositivos, é fácil perceber que o artigo da Lei de Licitação, além de se tratar de tipo específico para procedimento licitatório, tem sua aplicação àquele que está no exercício da função pública, ao passo que a Lei de Conflito de Interesses estabelece mecanismo institucional mais abrangente, aplicando-se a qualquer tipo de contratação profissional de ex-agente público que se proponha a prestar serviços de consultoria ou assessoramento perante órgão ou entidade em que tenha exercido cargo ou emprego, durante o período de quarentena. Portanto, o objeto contratual da vedação é a prestação de “serviço, consultoria, assessoramento ou atividades similares”²¹³ (art. 6º, II, “c”, da Lei nº 12.813/2013).

O artigo 6º, inciso II, da Lei de Licitação conceitua *serviço* como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração”²¹⁴ e cita como exemplos serviços de “demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais”.²¹⁵ Por sua vez, o artigo 13, inciso III, desse Diploma considera trabalhos relativos a assessorias e consultorias técnicas como serviços técnicos profissionais especializados.

Releva esclarecer que o artigo 6º, inciso II, alínea “c”, da LCI alude à celebração de contrato no âmbito do “órgão ou entidade em que tenha ocupado cargo ou emprego”.²¹⁶ Na visão do presente estudo, nesse caso, para o ex-agente ocupante de cargo ou emprego na Administração direta, a quarentena se estende ao ente público a que ele estava vinculado, já

²¹³ BRASIL. Lei nº 12.813/2013. Lei de Conflito de Interesses – LCI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

²¹⁴ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Lei de Licitação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

²¹⁵ Ibidem.

²¹⁶ BRASIL. Lei nº 12.813/2013. Lei de Conflito de Interesses – LCI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

para ex-preposto da Administração indireta, a quarentena ficará adstrita à pessoa jurídica que ele integrava.

Na eventualidade de se constatar a ocorrência do conflito de interesses nos termos expostos, as medidas que se impõem são a responsabilização do infrator, em princípio, pelo ato de improbidade tipificado no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), bem como a nulidade do contrato celebrado com a Administração Pública pela existência de vício insanável.

3.15 Do conflito de interesses decorrente da intervenção de interesse privado perante órgão que tenha ocupado cargo ou emprego

A quarta e última hipótese de conflito de interesses ocorrerá quando o ex-agente público “intervir, direta ou indiretamente, em favor de interesse privado perante órgão ou entidade em que haja ocupado cargo ou emprego ou com o qual tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego”,²¹⁷ consoante disposto no artigo 6º, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI).

Diante do tipo legal específico, verifica-se ser vedado qualquer tipo de ingerência direcionada à satisfação de interesse privado, ainda que indiretamente, pelo ex-agente público em órgão ou entidade que tenha exercido atividade funcional. Em outras palavras, o dispositivo em análise proíbe expressamente a exploração da situação pessoal de ex-preposto decorrente da influência do cargo ou emprego anteriormente ocupado para promover, de algum modo, interesse privado perante o *órgão ou entidade* em que mantinha vínculo funcional.

Portanto, são requisitos do tipo legal em foco a comprovação da conduta comissiva de ex-agente público para beneficiar interesse privado e que essa atuação tenha se dado perante órgão ou entidade em que tenha exercido cargo ou emprego público.

Configurada a referida atuação parcial de ex-agente perante a Administração Pública, deverão ser aplicadas as sanções por ato de improbidade administrativa, tipificadas no artigo

²¹⁷ BRASIL. Lei nº 12.813/2013. Lei de Conflito de Interesses – LCI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

11 c/c artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), assim como a nulidade do contrato celebrado com o Poder Público por mácula incontornável.

Conforme pode-se verificar com facilidade, a Lei de Conflito de Interesses (LCI) trouxe mecanismos relevantes não apenas à repressão das condutas infracionais noticiadas, tipificando-as como atos de improbidade administrativa, nos termos de seu artigo 12, mas, sobretudo, à prevenção da prática de atos por agentes públicos que conflitem com os interesses públicos e violem a impessoalidade, imparcialidade, honorabilidade e lealdade à Administração Pública, ainda que após o encerramento de seu vínculo funcional.

Entende-se como propósito fundamental da Lei nº 12.813/2013 incentivar a prevenção, dissuasão e precaução na matéria disciplinada, alterando-se os parâmetros de condutas na cultura político-administrativa nacional. As funções preventiva e repressiva dessa Lei devem ser apropriadamente articuladas de modo que o sancionamento à prática da improbidade administrativa decorrente do conflito de interesses gerado pelo agente público advenha do desprezo dos mecanismos de prevenção dispostos na Lei.

Nesse intuito de prevenir o choque entre o interesse público, a ser perseguido pela Administração Pública, e os interesses pessoais privados dos agentes públicos, os quais devem atuar em prol dos interesses da coletividade, ou, ao menos, zelar pela lealdade ao ente público após o encerramento do vínculo funcional, a Lei nº 12.813/2013 criou dois notáveis mecanismos preventivos que possibilitam ao interessado a provocação da Administração Pública para que se manifeste acerca do possível conflito de interesses. O primeiro trata-se do processo de consulta em casos de dúvida na configuração de conflito de interesses estabelecido na lei, conforme disposição do artigo 4º, § 1º, da LCI. O segundo trata-se do processo administrativo de monitoramento de fatos ou atos relevantes especificados na Lei de Conflito de Interesses, atribuído especificamente à classe dos agentes políticos e dos servidores estatais de elevada posição na organização administrativa do Estado, qualificados no artigo 2º da LCI.

Em que pese a Lei de Conflito de Interesses atribuir aos procedimentos a delimitação à esfera federal, no entendimento deste estudo, cada ente federativo deverá regulamentar tal mecanismo por intermédio de legislação própria.

Posto isso, passa-se a investigar a natureza dos atos administrativos exarados nas duas vias processuais.

316 Do processo administrativo de consulta

O processo administrativo de consulta tem por finalidade obter a manifestação da Administração Pública acerca da ocorrência, ou não, de conflito de interesses considerando-se as circunstâncias subjetivas e objetivas de determinado caso concreto.

Trata-se, portanto, de ato administrativo de natureza declaratória e vinculada, não havendo a discricionariedade do administrador sobre a conveniência e a oportunidade de produzi-lo ou de se vincular ao seu conteúdo que deverá observar estrita relação com a pretensão do interessado submetida à análise.

No âmbito federal, a Comissão de Ética Pública e a Controladoria-Geral da União (CGU) possuem competências exclusivas para deliberarem sobre a matéria, dependendo da autoridade pública interessada. Essa atribuição está intimamente relacionada ao pressuposto formal da motivação dos atos administrativos.

A consulta sobre a existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada por servidor ou empregado público do Poder Executivo federal no âmbito da competência atribuída à CGU pelo § 1º do art. 4º e pelo art. 8º da Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI) são disciplinados pela Portaria Interministerial nº 333/2013.

A CGU possui o prazo de quinze dias para se manifestar acerca da consulta ou de pedido de autorização para o exercício de atividade privada que lhe fora suscitado (art. 8º), o qual poderá ser prorrogado por igual período mediante justificação expressa (§ 6º) e, caso entenda pela existência de conflito de interesses, a CGU poderá determinar medidas para sua eliminação ou mitigação, levando em conta a boa-fé do servidor ou empregado público, com a possibilidade, inclusive, de concessão de autorização condicionada, nos termos do artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº 12.813/2013.

O juízo procedido na esfera administrativa será definitivo, e o eventual descumprimento do resultado deliberativo da Consulta formulada importará em possível infração disciplinar ou ato de improbidade administrativa, cabendo ao ente público ou governamental a propositura de ação civil pública de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA). Entretanto, pelo Princípio Constitucional da

Inafastabilidade da Prestação da Tutela Jurisdicional, disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/1988, o interessado poderá acionar o Poder Judiciário para sanar eventual ilegalidade administrativa.

3.17 Do processo administrativo de monitoramento permanente de prevenção

Outro instrumento procedimental relevante à prevenção do conflito de interesses é tipificado no artigo 9º da Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI) e atribui aos agentes públicos mencionados no artigo 2º dessa mesma Lei, inclusive aqueles que estejam em gozo de licença ou em período de afastamento, a obrigação de enviar anualmente à Comissão de Ética Pública ou à CGU declaração com informações sobre situação patrimonial, participações societárias, atividades econômicas ou profissionais e indicação da existência de cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, no exercício de suas atividades que possam suscitar conflito de interesses (inc. I); e comunicar, por escrito, à Comissão de Ética Pública ou à unidade de Recursos Humanos do órgão ou entidade respectivo, conforme o caso, o exercício de atividade privada ou o recebimento de propostas de trabalho que pretenda aceitar, contrato ou negócio no setor privado, ainda que não vedadas pelas normas vigentes durante o período de quarentena aludido no artigo 6º, inciso II.

José Roberto Pimenta denominou esse instrumento preventivo de modo bastante apropriado, isto é, como “processo administrativo de monitoramento permanente de prevenção”.²¹⁸

Em relação aos atos normativos existentes no âmbito da Comissão de Ética Pública, impende destacar aqueles apresentados a seguir.

A Resolução nº 5, de 7 de junho de 2001, que “aprova o modelo de Declaração Confidencial de Informações a ser apresentada por autoridade submetida ao Código de Conduta da Alta Administração Federal”, bem como “dispõe sobre a atualização de informações patrimoniais para os fins do art. 4º do Código de Conduta da Alta Administração Federal”.²¹⁹

²¹⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa*, p. 207.

²¹⁹ BRASIL. Resolução nº 5, de 7 de junho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_Conduta/resolucao5.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

As autoridades a que se refere a Resolução são indicadas no art. 2º e se trata de “Ministros e Secretários de Estado, titulares de cargos de natureza especial, secretários executivos, secretários ou autoridade equivalentes ocupantes de cargos do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS, nível seis”,²²⁰ bem como “presidentes e diretores de agências nacionais, autarquias, inclusive as especiais, fundações mantidas pelo Poder Público, empresas públicas e sociedades de economia mista”.²²¹

Já a Resolução nº 8, de 25 de setembro de 2003, orienta as autoridades submetidas ao Código de Conduta da Alta Administração Federal na identificação de situações que possam suscitar conflito de interesses, elencando o rol das atividades que incorrem nessa vedação, como, *v.g.*, aquela que “implique a prestação de serviços a pessoa física ou jurídica ou a manutenção de vínculo de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão individual ou coletiva da autoridade”²²² (item 1, alínea “c”); ou, então, que “possa, pela sua natureza, implicar o uso de informação à qual a autoridade tenha acesso em razão do cargo e não seja de conhecimento público”²²³ (item 1, alínea “d”).

Por sua vez, a Resolução nº 10, de 29 de setembro de 2008, estabelece as “normas de funcionamento e de rito processual, delimitando competências, atribuições, procedimentos e outras providências no âmbito das Comissões de Ética”²²⁴ de acordo com as alterações definidas pelo Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007,²²⁵ que instituiu o Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal com a finalidade de promover atividades que dispõem sobre a conduta ética no âmbito do Executivo Federal. Cabe destacar, dentre as atribuições dadas pela Resolução nº 10 à CEP a competência para “dirimir dúvidas a respeito da interpretação das normas de conduta ética e deliberar sobre os casos omissos, observando as normas e orientações da CEP”²²⁶ (art. 2º, XIX).

²²⁰ BRASIL. Resolução nº 5, de 7 de junho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_Conduto/resolucao5.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

²²¹ Ibidem.

²²² BRASIL. Resolução nº 8, de 25 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_conduta/resolucao8.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

²²³ Ibidem.

²²⁴ BRASIL. Resolução nº 10, de 29 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://etica.planalto.gov.br/sobre-a-cep/legislacao/etica512>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

²²⁵ BRASIL. Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6029.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

²²⁶ BRASIL. Resolução nº 10, de 29 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://etica.planalto.gov.br/sobre-a-cep/legislacao/etica512>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

No âmbito da CGU, a Portaria Interministerial nº 333, de 19 de setembro de 2013,²²⁷ disciplina a consulta sobre a existência do conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada por agente público do Poder Executivo federal que não esteja inserido no rol do artigo 2º, incisos I a IV, da LCI, nos termos do artigo 8º, parágrafo único, do mesmo Diploma. Essa Portaria foi elaborada em conjunto com o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no exercício da competência regulamentar prevista no artigo 8º, inciso VII, da LCI.

A consulta sobre a existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada deverão ser dirigidos à unidade de Recursos Humanos do órgão ou entidade do Poder Executivo federal onde o servidor ou empregado público esteja em exercício, nos termos do artigo 4º da Portaria. Para dar celeridade a esse processo, a CGU desenvolveu o Sistema Eletrônico de Prevenção de Conflito de Interesses (SeCI), que possibilita o envio das consultas e pedidos de autorização pelos agentes públicos, pelo portal eletrônico do próprio órgão.²²⁸

O artigo 6º da Portaria estabelece que, em uma análise preliminar, a unidade de Recursos Humanos ou a autoridade, órgão ou comissão competente terá o prazo de quinze dias para analisar a consulta ou o pedido de autorização para o exercício de atividade privada (*caput*), caso transcorra esse prazo *in albis*, a autorização para o exercício da atividade privada objeto do requerimento será concedida a título precário (§ 5º), estando sujeita à cassação na hipótese de o resultado da análise concluir pela existência de conflito de interesses (§ 6º).

A CGU poderá ser consultada pela unidade de Recursos Humanos e por entidades do Poder Executivo federal para analisar e manifestar-se sobre a existência ou não de conflito de interesses, bem como autorizar o servidor ou empregado público a exercer atividade privada, quando verificada inexistência desse conflito ou sua irrelevância (art. 7º). Contudo, caso entenda pela existência do conflito em foco, a CGU poderá determinar medidas para sua

²²⁷ BRASIL. Portaria Interministerial nº 333, de 19 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/comissao-de-etica-publica-setorial/portalcceps/Arquivos-cepsmf/legislacao/portarias-1/portaria-interministerial/portaria-interministerial-333-de-19-09-2013.pdf/view>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

²²⁸ BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/conflito-de-interesses/seci-sistema>>. Acesso em: 15 set. 2017.

eliminação ou mitigação, levando em conta a boa-fé do servidor ou empregado público, com a possibilidade, inclusive, de concessão de autorização condicionada (art. 7º, parágrafo único).

A CGU terá o prazo de quinze dias para se manifestar sobre a consulta ou o pedido de autorização para o exercício de atividade privada encaminhado pela unidade de Recursos Humanos (art. 8º, *caput*) e, após deliberar, devolverá o resultado da análise, devidamente fundamentada, à unidade de Recursos Humanos correspondente, que o comunicará ao servidor ou empregado público interessado (art. 8º, § 4º). Caso entenda pela inexistência do conflito de interesses, a comunicação do resultado deverá ser acompanhada de autorização para que o servidor ou empregado público exerça atividade privada específica (art. 8º, § 5º). O interessado poderá interpor recurso contra a decisão que lhe seja desfavorável no prazo de dez dias, contados a partir de sua ciência (art. 9º), o qual será apreciado pela instância superior no prazo de quinze dias, decidindo por confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida (art. 9º, parágrafo único).

3.18 Dos elementos subjetivos do dolo e da culpa à configuração do conflito de interesses como ato de improbidade administrativa

Sabe-se que, por força do artigo 12 da Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI), o agente público que praticar os atos previstos nos artigos 5º e 6º desta Lei incorrerá em improbidade administrativa na forma do artigo 11 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), quando não caracterizada nenhuma das condutas dispostas nos artigos 9º e 10 do referido Diploma Legal.

Assim, é incontroverso que a LCI consiste em uma norma jurídica cujo objetivo é punir o autor do ato ímprobo, o que evidencia ser a responsabilidade do agente público de natureza subjetiva, haja vista ser imperativo, para configuração do ato ímprobo, a existência de culpa ou dolo do agente, não podendo ele ser punido apenas pelo agir equivocado, muitas vezes decorrente do próprio risco da atividade do gestor da coisa pública.

Mesmo quando algum ato considerado ilegal é praticado pelo agente público, deve-se verificar se houve culpa ou dolo, em outros termos, se houve um mínimo de má-fé que revele, de fato, a presença de um comportamento desonesto.

A improbidade faz remeter à conduta desonesta do agente público no exercício funcional, o que certamente não se coaduna com o risco da atividade, mas, sim, com a má-fé.

A própria Constituição Federal de 1988, no artigo 37, § 6º, resguarda o agente público de ser responsabilizado subjetivamente por danos causados a terceiros ao consagrar nessa hipótese a responsabilidade objetiva do Estado, assegurando-lhe o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, além de a responsabilidade objetiva “ser admissível somente quando prevista expressamente, destoa do sistema jurídico brasileiro, no que diz respeito à responsabilidade do agente público, a começar pela própria norma contida no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição”,²²⁹ que, embora consagre “a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados a terceiros”,²³⁰ “preserva a responsabilidade subjetiva do agente causador do dano”.²³¹

Portanto, é incontestável que a responsabilidade do agente público possui natureza subjetiva, todavia, torna-se imprescindível saber se o agente público que agir culposamente, vale dizer, com imprudência, imperícia ou negligência, praticando atos conflitantes com os interesses da Administração Pública, nos termos dos artigos 5º e 6º da Lei nº 12.813/2013, responderá por ato de improbidade administrativa.

Conforme salientado, a improbidade administrativa remete à conduta desonesta do agente público que se vale dessa condição para benefício próprio ou em favor de terceiro, logo, somente poderá ser considerado ímprobo aquele que agir com um mínimo de má-fé, vale dizer, é necessário haver uma infração funcional qualificada pela má-intenção do agente público, sob pena de qualquer ato, muitas vezes irrelevante, desprovido de qualquer intenção, decorrente de um despreparo, ensejar improbidade administrativa e, por consequência, imputar a esse agente sanção de natureza extremamente grave como as dispostas na Lei nº 8.429/1992.

Inegavelmente, as sanções previstas na LIA são severas, como de fato deveriam ser, pois refletem o pensamento de que são cabíveis para punir atos relevantes e graves, abarcando agentes públicos e particulares praticantes de atos corruptos. Seria de total

²²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 689.

²³⁰ *Ibidem*, loc. cit.

²³¹ *Ibidem*, loc. cit.

desproporcionalidade, v.g., suspender os direitos políticos de uma pessoa em razão de uma inobservância atinente a uma formalidade administrativa.

É indiscutível que as situações apontadas implicam sanções administrativas, como uma advertência ou mesmo a suspensão do cargo, mas impor o rigor das normas esposadas na Lei nº 8.429/1992 sem que haja culpa grave ou, sobretudo, dolo, seria banalizar os institutos da lei, punindo desproporcionalmente fatos de pouca importância.

Em relação ao regime jurídico da improbidade administrativa, é imprescindível a existência do elemento subjetivo do dolo à responsabilização subjetiva do agente público, exceto quando o ato administrativo ocasionar lesão ao erário.

Em princípio, a improbidade não está atrelada à mera ilegalidade, mas, sim, a uma vontade de praticar o ato ilegal. Atentar, sem uma cognição volitiva do ato, contra os princípios da Administração Pública pode e deve configurar infração administrativa, contudo, essa conduta não pode ser considerada ato de corrupção, que exige, por evidente, um querer agir, tendo conhecimento da ilicitude e das consequências desse agir ou assumindo o risco do ato praticado, especialmente no tocante àquele que proporciona o enriquecimento ilícito.

Entretanto, a responsabilização do agente pela culpa nos atos de improbidade é admitida nos casos de lesão ao erário, tendo em vista a impossibilidade de se manter o prejuízo ao patrimônio público, ainda que o ato tenha sido cometido de forma imprudente ou negligente. Nas demais espécies de atos de improbidade administrativa tratadas na lei, apenas é admissível o dolo.

Atualmente, está pacificado na esfera do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o entendimento sobre a imprescindibilidade a existência de dolo, admitindo-se a culpa somente nos atos que venham a causar prejuízo ao erário.²³²

²³² Veja-se ementa do acórdão: “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATRASO NO RECOLHIMENTO. CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS SERVIDORES MUNICIPAIS. CONTRIBUIÇÃO DO FUNDO DE SAÚDE. NECESSIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO PARA A CONFIGURAÇÃO DO ATO ÍMPROBO. JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento pela imprescindibilidade do elemento subjetivo para a configuração do ato de improbidade administrativa. 2. ‘As duas Turmas da 1ª Seção já se pronunciaram no sentido de que o elemento subjetivo é essencial à configuração da improbidade: exige-se dolo para que se configurem as hipóteses típicas dos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos culpa, nas hipóteses do art. 10’ (EREsp 479.812/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1ª Seção, DJe 27.09.10). 3. O aresto impugnado reformou a sentença e entendeu pela não consumação do ato de improbidade do art. 11, II, da Lei 8.429/92 em face da ausência de dolo

A Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI) dispõe sobre dois procedimentos administrativos de consulta no artigo 4º, § 1º, cujo desiderato é prevenir a ocorrência do conflito de interesses. Esses procedimentos concedem ao agente público (ou ex-agente público) a possibilidade de levar ao conhecimento da Administração Pública situação passível de enquadramento nos artigos 5º e 6º, atribuindo competência administrativa decisória para intervir na situação, de modo a impedir a concretização da situação desautorizada pelo legislador, ou a conduzir a sua cessação. Em ambos, cabe, primariamente, ao interessado a provocação da ação administrativa de tutela da lealdade administrativa, em razão do artigo 4º, *caput*, da lei em referência.

A própria LCI concede ao agente público a oportunidade de suscitar eventual dúvida sobre determinado caso *in concreto*. Com isso, o agente poderá obter a autorização do órgão de fiscalização no exercício de sua função ou atividade e, assim, eximir-se de eventual responsabilização pessoal por ato administrativo praticado.

A esse respeito, José Roberto Pimenta Oliveira assevera que o conflito de interesses como ato de improbidade exige presença do elemento subjetivo dolo, pois, “Bem aquilatada a finalidade do sistema de positivação de conflito de interesses, ver-se-á que as funções preventivas e repressivas devem ser adequadamente articuladas”,²³³ uma vez que “a punição de conflito de interesse como ato de improbidade exige a criação dolosa da situação de conflito e a verificação cabal do menosprezo – igualmente voluntário – dos mecanismos de prevenção estabelecidos na lei”.²³⁴

Entretanto, conforme assinalado e se extrai do próprio texto normativo da Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI), o agente público que praticar qualquer dos atos tipificados nos artigos 5º e 6º dessa Lei incorrerá em ato de improbidade sujeito às sanções da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA).

Por sua vez, a Lei nº 8.429/1992 exige a presença do elemento subjetivo dolo apenas para as hipóteses típicas do artigo 9º (ato que resulta em enriquecimento ilícito) e artigo 11 (ato

na conduta (fl. 1.383e). Assim, estando o acórdão recorrido em perfeita consonância com a jurisprudência deste Tribunal, incide, na espécie ora em exame, a Súmula 83/STJ. 4. Agravo regimental não provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1122474/PR. 1ª Turma. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ: 16.12.2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22826228/agravo-regimental-no-agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-agrg-no-ag-1376280-sp-2011-0000431-6-stj/relatorio-e-voto-22826230?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 ago. 2017).

²³³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa*, p. 203.

²³⁴ *Ibidem*, loc. cit.

que atenta contra os princípios da Administração Pública), requerendo-se, para as hipóteses do artigo 10 (ato que cause prejuízo ao erário), apenas a culpa à configuração do ato de improbidade administrativa.

Ora, se a LCI faz remissão à LIA para tipificar o conflito de interesses como ato de improbidade administrativa, pode-se afirmar que o agente público que praticar culposamente os atos previstos nos artigos 5º e 6º, mas, que causarem lesão ao erário, responderá por ato de improbidade administrativa, por força do artigo 12 da LCI.

Destarte, o agente que por culpa praticar qualquer conduta tipificada nos artigos 5º e 6º da LCI estará sujeito ao sancionamento previsto no regime jurídico da improbidade administrativa, visto que caberia ao próprio ocupante do cargo ou emprego público realizar a consulta ao órgão de fiscalização competente para evitar a ocorrência do conflito de interesses.

Assim, o agente público que dispõe de informação sigilosa referente a certame licitatório para compra de gêneros alimentícios para escolas da rede pública de ensino e faz uso ou divulgação dessa informação de caráter sigiloso (art. 5º, I, da LCI) estará sujeito ao sancionamento por ato de improbidade administrativa, por força do artigo 12 da LCI.

Ilustra-se, ainda, com a hipótese já mencionada neste capítulo de Ministro da Fazenda ser sócio de empresa consultoria e atuar perante o Banco Central do Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) ou o próprio Ministério da Fazenda para solucionar entraves de qualquer natureza de seus clientes, contratantes da aludida empresa de consultoria, ainda que aufera lucros legais e estes sejam declarados à Receita Federal. Reitera-se, também, a hipótese de agente público responsável pela concessão de financiamento em banco estatal que altera o regulamento acerca dessa operação para conceder crédito à pessoa jurídica em que sua esposa participe do quadro societário.

Portanto, o ônus da prova da isenção da prática de ato tipificado como ilícito funcional compete ao próprio agente público envolvido no eventual conflito de interesses, por força do art. 4º, § 1º, da LCI. Essa afirmação entende-se ser a mais adequada, sobretudo, porque, além de lhe ser disponibilizado o instrumento da consulta prévia exatamente para prevenir o conflito de interesses, ainda é mais simples o ônus probatório do agente de comprovar a licitude de sua conduta do que para aquele que analisará o possível ilícito funcional.

Logo, a punição do conflito de interesses como ato de improbidade exige a iniciativa dolosa do conflito e a constatação inequívoca do desprezo dos instrumentos de prevenção estabelecidos na LCI.

3.19 Da aplicação da Lei de Conflito de Interesses nas esferas municipal, estadual e distrital

Consoante assinalado, a da Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI) adveio em decorrência dos compromissos firmados pelo Brasil perante a comunidade internacional no combate à corrupção.

Entretanto, depreende-se do dispositivo inaugural da dessa Lei que o legislador limitou a sua aplicação apenas aos agentes públicos ocupantes ou ex-ocupantes de cargos e empregos públicos situados no âmbito do Poder Executivo federal.

Ocorre que dessa assertiva surge relevante questionamento acerca da eventual responsabilidade por improbidade administrativa dos agentes públicos vinculados aos demais entes federados da República Federativa do Brasil que praticarem as infrações dispostas nos artigos 5º e 6º da LCI.

Hugo Evo Magro Corrêa Urbano²³⁵ sustenta a tese de que, em razão da natureza geral da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), a qual se aplica a todos os agentes públicos indistintamente conforme o disposto no artigo 37, § 4º, da CF/1988, ao tipificar os atos inseridos nos artigos 5º e 6º da LCI como improbidade administrativa tornar-se-ia juridicamente impossível que essas novas hipóteses de improbidade não fossem aplicadas aos agentes dos demais entes da Federação, sob pena de se admitir gradações éticas no seio da Administração Pública a depender do órgão e da esfera federativa da qual o agente é integrante. Em outros termos, os agentes públicos do Executivo federal, em princípio, deveriam ser mais

²³⁵ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, Doutor (2013) e Mestre (2009) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

éticos que os demais órgãos da Administração Pública, razão pela qual a LCI teria ampliado o seu espectro de incidência.²³⁶

É inegável que a prática da improbidade administrativa atinge o exercício de qualquer função estatal, ou seja, engloba o exercício de funções administrativas, legislativas e jurisdicionais de todas as esferas, inexistindo qualquer restrição pessoal ou funcional a respeito da incidência constitucional do regime de improbidade.

A LIA trata-se, portanto, de regramento nacional e geral e serve de marco referencial de punição aos atos de improbidade administrativa, a exemplo do artigo 12 da LCI.

Em que pese o artigo 1º da Lei nº 12.813/2013 atribuir sua aplicação aos ocupantes de cargo ou emprego *no âmbito do Poder Executivo federal*, diversos dispositivos da referida ordem normativa estabelecem que o seu regime jurídico deveria ser estendido a todos os agentes públicos que exercem função administrativa na Federação, isso porque o sistema normativo que regula a matéria acerca da improbidade administrativa é construído com ordenação lógica a fim de assegurar o adequado tratamento à prevenção, eliminação e punição ao conflito de interesses na função pública.

O artigo 37, § 4º, da CF/1988, matriz do sistema de responsabilização de agentes públicos e terceiros pela prática de improbidade administrativa, estabelece que os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível para todos os agentes da Administração Pública, inexistindo qualquer diferenciação entre as categorias de agentes públicos.

Logo, a tipificação legal das hipóteses de conflito de interesses como novas categorias de atos de improbidade, nos termos do artigo 12 da Lei nº 12.813/2013, atribui à norma inegável caráter nacional, isto é, sua aplicação dá-se não apenas aos integrantes de órgãos da União, mas, também, dos Estados, Municípios e Distrito Federal. Conforme assinalado alhures, diante da prática de ato de improbidade administrativa, exsurge o dever funcional de aplicar a respectiva sanção. É inadmissível que diante da prática de ato tipificado como ímprobo, agentes públicos

²³⁶ URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. *Aplicação da lei federal nº 12.813/2013 na esfera municipal e estadual: hipóteses de improbidade administrativa decorrentes do conflito de interesses*. Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Teses_2015/HugoEvoMagroCorreaUrbano_Conflito_de_interesses.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2017.

que não compõem o quadro da Administração Pública Federal sejam excluídos de responsabilização pelo cometimento de ilícito no exercício da função pública.

Todavia, para que seja imputada a improbidade administrativa a um agente é imprescindível a descrição das condutas tidas como ilícitas com o rigoroso enquadramento nos modelos legais típicos de improbidade, não sendo suficientes meras suspeitas ou suposições.²³⁷ Embora a LIA preveja punição ao administrador ímprobo independentemente da caracterização do enriquecimento ilícito e da existência de dano material, a aplicação das sanções previstas na referida lei deverá ser feita com as devidas cautelas, considerando a gravidade dessas sanções.

Fábio Medina Osório, ao tratar das infrações administrativas, é categórico em afirmar a necessidade da aplicação da teoria da tipicidade no Direito Administrativo, especificamente, no que tange à garantia da segurança jurídica contra eventuais arbitrariedades praticadas no exercício da atividade sancionatória do Estado. Veja-se:

Sem embargo, a teoria da tipicidade é um fenômeno peculiar ao direito, sem uma necessária vinculação com a idéia de tipos penais. Daí porque, naturalmente, os tipos entram no campo administrativo, desempenhando determinadas funções. [...] O princípio da tipicidade das infrações administrativas, decorre genericamente, do princípio da legalidade, vale dizer, da garantia de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da CF/88), sendo que a Administração Pública, ademais, está submetida a exigência de legalidade administrativa (art. 37, *caput*, CF/88), o que implica necessária tipicidade permissiva para elaborar modelos de contas proibidas e sancioná-los. Além disso, a garantia de que as infrações estejam previamente tipificadas em normas sancionadoras integra, por certo, o devido processo legal da atividade sancionatória do Estado (art. 5º, LIV, CF/88), visto que sem a tipificação do comportamento proibido resulta violada a segurança jurídica da pessoa humana, que se expõe ao risco de proibições arbitrárias dissonantes dos comandos legais.²³⁸

Daí que, independentemente da entidade a que o agente público estiver vinculado, para a configuração do conflito de interesses como ato de improbidade administrativa pressupõe-se a prévia disposição legal da conduta infracional, logo, o agente público que não estiver

²³⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Acórdão na Apelação Cível 2002.34.00.007689-7/DF. Rel. Des. Olindo Menezes, julg. 31/01/2006, *DJe* 17/02/2006, p. 19.

²³⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 207-208.

enquadrado no rol do artigo 2º da LCI não poderá ser submetido ao regime desta Lei, por expressa previsão legal restritiva nesse sentido.

De modo exemplificativo, cite-se o Município de São Paulo, que possui Código de Conduta Funcional (Decreto nº 56.130, de 26 de maio de 2015),²³⁹ o qual suscita como conflito de interesses o exercício de determinadas atividades por agente público que contrariem o interesse público e beneficiem interesses particulares, inclusive, bastante semelhantes com as tipificadas na LCI, dentre elas: (a) a prestação de serviços à pessoa física ou jurídica ou manutenção de vínculo de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão individual ou coletiva do Município, em matéria que se relacione com a finalidade da unidade ou serviço em que esteja lotado (art. 12, I); (b) a aceitação de presentes, benefícios ou vantagens que superem o valor comercial de R\$ 100,00 (art. 13, II); e (c) o recebimento de salário ou qualquer outra remuneração de fonte privada em desacordo com a lei, ou, ainda o recebimento de transporte, hospedagem, alimentação ou quaisquer favores de particulares de forma a permitir situação que possa gerar dúvida sobre a sua probidade ou honorabilidade.

O aludido Código de Conduta ainda dispõe sobre medidas dirigidas aos agentes públicos cujo objetivo é prevenir a ocorrência do conflito de interesses, como por exemplo, encerrar atividade externa ou licenciar-se do cargo enquanto perdurar a situação conflitante (art. 15, I) e comunicar a ocorrência da situação de conflito ao seu superior ou ao colegiado de que faça parte para que analisem o caso (art. 15, III).

Registre-se que a regulamentação das situações de conflito de interesses pelos entes da Federação, individualmente, não usurpa a competência exclusiva da União Federal em legislar sobre matéria de Improbidade Administrativa, mas, apenas, positiva aquelas situações que violam os próprios interesses e direitos tutelados pelo respectivo ente. O mais adequado seria a criação de Lei Federal e de abrangência nacional que tipificasse os atos praticados por agentes públicos que não se coadunam com os interesses da coletividade ou da própria Administração direta ou indireta, de modo que a segurança jurídica seja consolidada, e a transparência e lisura no múnus público sejam efetivamente coroadas.

Por óbvio, isso não restringiria a necessidade de cada ente estabelecer as suas próprias normas de acordo com a demanda específica que cada qual possui em relação aos seus agentes,

²³⁹ SÃO PAULO (Município). Decreto nº 56.130, de 26 de maio de 2015. Código de Conduta Funcional dos Agentes Públicos e da Alta Administração Municipal. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/d_56130_1432738091.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2017.

a sua realidade social, econômica e histórica. Contudo, essa normatização possuiria um caráter acessório em relação à uniformização sugerida de modo a possibilitar o estancamento de eventuais lacunas existentes à legislação local e, assim, fosse aperfeiçoado o ordenamento acerca da prevenção, controle e combate à improbidade administrativa.

Contudo, isso não implica a impunidade dos agentes integrantes dos demais entes da Federação que abalroarem os interesses públicos, a lealdade ao órgão do qual são integrantes, a impessoalidade no exercício da função pública, a boa-fé e honestidade enquanto pressupostos essenciais de suas investiduras, haja vista que, inexistindo norma jurídica específica a tipificar a sua conduta como ilícita, o aplicador do Direito, diante do caso concreto, deverá atribuir a responsabilização do infrator por improbidade, com fulcro no artigo 11 da LIA, pela inequívoca afronta aos preceitos que permeiam a Administração Pública, exceto se o ilícito não caracterizar nenhuma das condutas descritas nos artigos 9º e 10 desse mesmo Diploma.

Destarte, sob o ponto de vista prático, o agente público responsável por qualquer ato tipificado na LCI que configure improbidade administrativa estará sujeito às sanções impostas pela LIA, seja pela própria remissão disposta no artigo 12 da LCI, seja pela violação direta aos princípios da Administração Pública, consoante estabelece o artigo 11 da LIA, salvo se o ato infracional não configurar as demais hipóteses de improbidade da Lei Geral, vale dizer, a Lei nº 8.429/1992.

3.20 Da conciliação em ação de improbidade administrativa decorrente do conflito de interesses

A Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI) encerra indiscutível preocupação com a moralidade, imparcialidade e impessoalidade no trato da coisa pública. Com isso, faz convergir o momento singular experimentado pela sociedade brasileira em observância aos esforços despendidos pelas autoridades competentes no combate à corrupção.

As investigações que permeiam o combate à corrupção, inicialmente centradas na apuração criminal dos efeitos da prática de ilícitos, passaram a emanar consequências não apenas na esfera cível, com a busca à reparação dos prejuízos causados ao erário e ao patrimônio

público, mas, também, no que concerne à responsabilização político-administrativa dos agentes desonestos, assim como de terceiros a eles mancomunados.

Eis que surge, recentemente, relevante instrumento normativo utilizado nas apurações criminais: a colaboração premiada.²⁴⁰ Disposto no artigo 3º, inciso I, da Lei Federal nº 12.850, de 2 de agosto de 2013,²⁴¹ esse instrumento consiste na obtenção de elementos de prova para esclarecimento do ilícito investigado em contrapartida à concessão de benefícios jurídico-penais ao agente criminoso.

Esse instrumento, apesar de incipiente, tem trazido importantes indagações no que tange à sua aplicação na seara da improbidade administrativa, haja vista a existência de lacunas normativas que geram incerteza acerca dos efeitos da colaboração premiada ao acusado pela prática de improbidade, sobretudo, em face da vedação à celebração de acordo, transação ou conciliação em ações que versem sobre a responsabilização do agente ímprobo, nos termos do artigo 17, § 1º, da LIA.

Há, também, outro instrumento que possibilita a realização de composição entre o particular, no caso, pessoa jurídica, e a Administração Pública. Trata-se do acordo de leniência, o qual revela um desafio acerca do alcance desses acordos à responsabilização do agente por improbidade administrativa.

Ainda na seara da improbidade administrativa decorrente de conflito de interesses, também surge a celeuma acerca da indisponibilidade do interesse público e a permissão de celebrar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) em ação de improbidade administrativa.

Portanto, com o objetivo de esclarecer esses importantes questionamentos sobre a eventual possibilidade de transação da Administração Pública com o agente ímprobo, torna-se imprescindível a análise desses instrumentos normativos presentes no ordenamento jurídico

²⁴⁰ Mario Sérgio Sobrinho define a colaboração premiada como o meio de prova pelo qual o investigado ou acusado, ao prestar suas declarações, coopera com a atividade investigativa, confessando crimes e indicando a atuação de terceiros envolvidos com a prática delitiva, de sorte a alterar o resultado das investigações e o faz em troca de benefícios processuais (SOBRINHO, Mário Sérgio. O crime organizado no Brasil. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 47). Esses benefícios constituem-se, em regra, na redução da pena.

²⁴¹ BRASIL. Lei Federal nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Lei da Colaboração Premiada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

brasileiro, sob a ótica da prevenção e repressão à improbidade administrativa, em específico, ao conflito de interesses.

3.20.1 A colaboração premiada e a improbidade administrativa

O instituto da colaboração premiada consiste em um benefício concedido ao acusado, o qual, admitindo participação no delito, fornece às autoridades informações que contribuam para a resolução de um crime.²⁴²

Não enseja, por si só, a penalização do acusado da prática de um crime, pois “a delação, de forma isolada, não respalda a condenação”,²⁴³ mas visa angariar elementos para elucidação de um fato investigado.

Por meio da colaboração, o autor ou partícipe de um ilícito se compromete em colaborar no esclarecimento do fato criminoso com o fornecimento de elementos que apontem a identificação dos demais integrantes da organização criminosa, a estrutura da quadrilha, a prevenção de novos ilícitos, a recuperação do produto ou proveito oriundo de prática criminosa e a eventual localização da vítima e, em contrapartida, o colaborador, mediante a celebração desse acordo, recebe determinados benefícios que podem consistir em perdão judicial, na redução da pena ou sua substituição por pena restritiva de direitos.

Diversos tipos penais trazem em seu núcleo objetivo, condutas que, inevitavelmente, configuram atos de improbidade administrativa elencados na Lei nº 8.429/1992, fazendo com que a celebração de acordo de colaboração premiada no âmbito penal ensejasse a propositura de ações de improbidade em decorrência dos mesmos fatos, pois as benesses concedidas na esfera criminal não se estendem ao campo da improbidade administrativa.

Nesse contexto, a pessoa que se dispusesse em celebrar acordo de colaboração premiada estaria, ainda, sujeita à imposição das severas penalidades insertadas no artigo 12 da Lei nº

²⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 174.286/DF. Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 10.04.2012, *DJe* 25.04.2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21522943/habeas-corpus-hc-174286-df-2010-0096647-1-stj/inteiro-teor-21522944>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

²⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 75.226/MS. Segunda Turma, rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 12.08.1997, *DJe* 19.09.1997. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742127/habeas-corpus-hc-75226-ms>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

8.429/1992 que, como já restou assentado, “é uníssona a doutrina no sentido de que, quanto aos aspectos sancionatórios da lei de improbidade, impõe-se exegese idêntica a que se empreende com relação às figuras típicas penais”.²⁴⁴

Com relação ao conflito de interesses perpetrado no seio da Administração, cite-se como exemplo a hipótese do agente público que solicita vantagem indevida para divulgar informação sigilosa do Poder Executivo federal sobre leilão à concessão da gestão operacional e financeira de determinado aeroporto no Brasil. Esse agente incorrerá na infração penal tipificada no artigo 317 do Código Penal, bem como no ato de improbidade administrativa disposto no artigo 5º, inciso I, da Lei de Conflito de Interesses. Nessa hipótese, caso o infrator pretenda celebrar acordo de colaboração premiada, os benefícios concedidos na esfera criminal não se estenderiam à aplicação das graves sanções da improbidade.

Decisão inédita proferida pela 5ª Vara da Justiça Federal do Paraná, nos autos da Ação Civil Pública nº 5006717-18.2015.4.04.7000, mitigou a aplicação do artigo 17, § 1º, da LIA, a fim de considerar que o Ministério Público Federal, titular da Ação de Improbidade, possa requerer a aplicação de recurso semelhante ao acordo de colaboração premiada, de natureza eminentemente penal, na esfera cível.

Na decisão mencionada, ponderou-se que à época da publicação da Lei nº 8.429/1992 a vedação imposta no que toca à transação, ao acordo e à conciliação até se justificava, pois ainda se iniciava o estudo e combate aos atos ímprobos.

No entanto, no atual contexto, o dispositivo deveria ser interpretado de maneira temperada, na medida em que o sistema jurídico permite acordos com colaboradores no campo penal, possibilitando a diminuição da pena ou até mesmo o perdão judicial, em alguns casos.

Assim, nessa linha, não haveria motivos para proibir que o titular da Ação de Improbidade pleiteasse a aplicação de recurso semelhante na esfera cível, notadamente porque o artigo 12, parágrafo único, da LIA admite uma espécie de dosimetria da pena para fins de improbidade administrativa.

²⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 721.190/CE. Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13/12/05, *DJ* 13/2/06, p. 696. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7177034/recurso-especial-resp-721190-ce-2005-0014047-2/inteiro-teor-12915447?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

Em virtude das razões apontadas, foi reconhecida a validade do acordo mencionado e determinado que a Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa prosseguisse contra os réus apenas no que diz respeito a sua natureza declaratória.

Contudo, no entendimento deste estudo, não se afigura juridicamente possível a extensão dos benefícios da delação premiada aos requeridos em ação de improbidade, uma vez que se trata de benefício exclusivo da esfera penal, e na legislação não há nenhuma previsão legal para extensão dessa benesse à esfera cível, tampouco ao regime jurídico da improbidade administrativa.

Em que pese não se tratar de um instituto novo, note-se que todos os benefícios previstos ao colaborador, dispostos no *caput* do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013, por exemplo, são de natureza penal: (a) o perdão judicial, com a extinção da punibilidade em face da infração penal, nos termos do artigo 107, inciso IX, do Código Penal; (b) a redução de até dois terços da pena privativa de liberdade prevista para o crime praticado; e (c) a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Portanto, a colaboração premiada somente poderá ser utilizada na esfera criminal, e o agente ímprobo que confessar ter solicitado vantagem indevida para fornecer informação privilegiada a terceiro, como no exemplo citado, objetivando obter as benesses da Lei nº 12.850/2013, não se eximirá de sofrer as graves sanções dispostas na Lei de Improbidade Administrativa, nos termos do artigo 5º, inciso I, c/c artigo 12, *caput*, da Lei de Conflito de Interesses.

A colaboração premiada, reitere-se, tem aplicação restrita à esfera penal, não alcançando as demais sanções por improbidade, assim, não há como aplicar, analogicamente, os benefícios da delação premiada e do perdão judicial nos casos de ações nas quais se debatem a existência dos conflitos existentes entre os interesses particulares do agente, ou ex-agente público, e os interesses coletivos geridos pela Administração Pública, eis que aqueles são institutos específicos da esfera penal.²⁴⁵

Destarte, em que pese a norma em questão tratar-se da possibilidade de o agente público celebrar acordo de colaboração premiada por ilícito penal praticado contra a Administração

²⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível nº 0013585-67.2011.8.07.0001. Segunda Turma Cível, Rel. Des. Carmelita Brasil, j. 09.07.2014, *DJe* 21.07.2014. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128616857/apelacao-civel-apc-20110110453902-df-0013585-672011807-0001>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

Pública, a referida disposição normativa nada diz sobre mitigar ou afastar sanções decorrentes de improbidade administrativa.

Ademais, conforme assinalado alhures, as esferas da responsabilização penal e por improbidade administrativa são distintas e autônomas e, ainda que seja celebrado o referido acordo na esfera criminal, a responsabilidade do agente deverá ser aferida em relação à prática de ato ímprobo que contrarie os valores e bens tutelados pela Lei nº 8.429/1993.

Logo, tratando-se a colaboração premiada de benesse legal que importa em renúncia, ainda que parcial, do direito de punir, deve ser interpretada de forma estrita, não sendo possível a sua aplicação por analogia na esfera da improbidade administrativa e, por consequência, aos atos que configuram o conflito de interesses, sob pena de autorizar ao julgador a criação de novas hipóteses normativas, em usurpação de tarefa reservada ao legislador.

3.20.2 O acordo de leniência e a improbidade

A Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) tem por escopo a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas que praticarem atos lesivos à Administração Pública nacional ou de país estrangeiro e traz o acordo de leniência como um dos instrumentos de fomento à apuração de ilícitos tipificados nessa norma jurídica. O acordo de leniência consiste em um “ajuste que permite ao infrator participar da investigação, com o fim de prevenir ou reparar dano de interesse coletivo”,²⁴⁶ e tem por objetivo angariar elementos de investigação, ainda na fase do procedimento administrativo de responsabilização, para fins de esclarecimento da responsabilidade da pessoa jurídica pela prática de eventuais atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira (art. 5º c/c art. 8º).

O acordo de leniência tem por finalidade alcançar a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito investigado (art. 16).

²⁴⁶ CAMARGO, Marcelo Ferreira de. *O acordo de leniência no sistema jurídico brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3963%3E>. Acesso em: 10 nov. 2017.

Esse instituto distingue-se da colaboração premiada, fundamentalmente, por ser celebrado em sede de procedimento administrativo, na esfera extrajudicial, e por ter como partes a autoridade máxima do órgão ou ente federativo lesado e a pessoa jurídica enquadrada no parágrafo único, artigo 1º, que praticou o ilícito contra a Administração Pública.

Ocorre que os atos puníveis na Lei Anticorrupção também constituem, em grande parte, atos de improbidade administrativa e, por consequência, seria possível afirmar que, se os efeitos jurídicos desses atos podem ser objeto de composição consensual, mediante acordo de leniência, essa autorização também possibilitaria a composição consensual dos efeitos acarretados pelos atos ímprobos, relativizando a restrição disposta no artigo 17, § 1º, da LIA.

Contudo, tal assertiva não procede, visto que o acordo de leniência é restrito exclusivamente às pessoas jurídicas que praticarem atos lesivos contra a Administração Pública, ao contrário do que se dá na Lei de Conflito de Interesses (LCI) que se aplica tão somente às pessoas físicas ocupantes de cargo ou emprego no Executivo federal (art. 5º), ou que, em razão do fim de seu vínculo funcional com a Administração, estão impedidas de se colocarem nas situações dispostas no artigo 6º.

Ademais, a Lei Anticorrupção declara expressamente que a responsabilização administrativa da pessoa jurídica não afasta sua responsabilidade judicial (art. 18), ainda que tenha celebrado acordo de leniência.

Mais cristalino ainda é o artigo 30, inciso I, da referida Lei Anticorrupção ao dispor que “a aplicação das sanções previstas nesta lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de [...] ato de improbidade administrativa”.²⁴⁷

Logo, é forçoso concluir que a celebração do acordo de leniência de igual modo não obsta a responsabilização do agente público e de eventuais terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, por ato de improbidade administrativa.

²⁴⁷ BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Lei Anticorrupção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

3.20.3 O Termo de Ajustamento de Conduta e a improbidade

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) consiste em um acordo celebrado pelas partes, as quais se comprometem a cumprir determinadas obrigações, visando solucionar problemas intercorrentes ou compensar danos e prejuízos causados a outrem.

José dos Santos Carvalho conceitua esse compromisso como sendo o “ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais”.²⁴⁸

Apesar de se tratar de um instrumento híbrido, com efeitos nas esferas cível, penal e administrativa, em princípio, a celebração de TAC no âmbito do regime jurídico da improbidade administrativa possui vedação legal expressa no artigo 17, § 1º, da LIA. Esse entendimento, no entanto, não é pacificado na doutrina brasileira, conforme será demonstrado adiante.

O artigo 5º, § 6º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública)²⁴⁹ prevê a possibilidade de os órgãos públicos legitimados procederem ao compromisso de ajustamento de conduta, avença essa instrumentalizada e reduzida a termo. O denominado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) possui eficácia de título extrajudicial; nessa modalidade de acordo, o causador dos danos aos interesses difusos assume, extrajudicialmente, o compromisso de ajustar a sua conduta às exigências legais, sob pena de sanções em caso de descumprimento. Entretanto, esse entendimento não é pacífico.

Parcela da doutrina sustenta que, uma vez celebrado em juízo, o TAC adquire natureza de título executivo judicial, com todas as particularidades a ele inerentes, muito embora possua a mesma finalidade visada pelo compromisso de ajustamento de conduta extrajudicial.²⁵⁰

²⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 4.

²⁴⁹ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

²⁵⁰ RODRIGUES, Geisa de Assis. *A ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 234/236; e PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. A transação no curso da ação civil pública. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 16, p. 116-128, out.-dez. 1995, p. 123.

Por sua vez, outra corrente pugna pela possibilidade da conversão do compromisso extrajudicial em judicial, após a submissão do título extrajudicial e a homologação em juízo do compromisso.²⁵¹

Todavia, em que pesem as divergências doutrinárias apontadas, transcende ao escopo do presente trabalho o aprofundamento sobre essa questão, pois a abordagem que se propõe a elaborar se refere à possibilidade ou não da celebração do acordo em comento com o infrator no âmbito do regime jurídico da improbidade administrativa.

São legitimados para celebrar o TAC as pessoas jurídicas de direito público da Administração direta, o Ministério Público e as entidades da Administração indireta, ou seja, as autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista.²⁵²

Em uma primeira leitura do disposto no artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa (LIA),²⁵³ aparentemente não há margem à celebração de TAC no âmbito dessa Lei, isso porque, independentemente da natureza que se queira emprestar ao compromisso em análise, a vedação do dispositivo mostra-se absoluta.

José Roberto Pimenta Oliveira defende entendimento segundo o qual, no sistema de improbidade administrativa, não haveria espaço senão para punição dos atos ímprobos, sendo, inclusive, vedada a transação, o acordo ou a conciliação nas ações civis públicas atinentes à matéria, conforme expressamente disposto no artigo 17, § 1º, da LIA.²⁵⁴

Nessa mesma linha, Marcelo Figueiredo destaca a impossibilidade de transação pelo fato de a “defesa intransigente da moralidade pública e o respeito aos princípios constitucionais-administrativos”²⁵⁵ serem direitos indisponíveis. O autor indica que haveria a necessidade de

²⁵¹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a ação civil pública*. Tese aprovada no 9º Congresso Nacional do Ministério Público, Salvador, 1992. t. I, p. 398-409.

²⁵² MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. *Revista de Direito Ambiental*, v. 41, jan. 2006. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/evolac.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

²⁵³ Veja-se: “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.
[...]

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.” (BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017).

²⁵⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *O conflito de interesses como ato de improbidade administrativa*, p. 203.

²⁵⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/1992 e legislação complementar*, p. 194-195.

lei para que se pudesse pensar em causas que reduzissem as penas do agente público que voluntariamente auxiliasse nas investigações ou que oferecesse o ressarcimento integral do dano. Cogita, todavia, a possibilidade de acordo sobre a forma de ressarcir.²⁵⁶

Marino Pazzaglini Filho, em uma posição mais intermediária, entende como única exceção à transação em caso de improbidade administrativa a hipótese de o Ministério Público ou a pessoa jurídica lesada postular a restituição integral do acréscimo patrimonial indevido, na hipótese de enriquecimento ilícito, ou a reparação total do prejuízo patrimonial no caso de lesão ao erário.²⁵⁷

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves admitem que se acorde sobre as condições, o prazo e o modo de reparação do dano causado ao erário ou mesmo no tocante à perda da vantagem ilicitamente obtida pelo agente, por se tratar de meros interesses patrimoniais e, por isso, disponíveis.²⁵⁸

Esse entendimento mostra-se o mais adequado, visto que o Ministério Público, v.g., na qualidade de órgão resolutivo, possui a prerrogativa de atuar na esfera extrajudicial para a solução de conflitos sociais, no âmbito da própria instituição e em parceria com a sociedade. Marcelo Pedroso Goulart afirma que, “na esfera civil, não pode ficar na dependência das decisões judiciais. Deve ter como horizonte a solução direta das questões referentes aos interesses sociais, coletivos e difusos”.²⁵⁹ Para o autor, os procedimentos administrativos e os inquéritos civis “devem ser instrumentos aptos para tal fim. O MP deve esgotar todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (soluções negociadas)” e, por meio desses procedimentos, “dessacramentar acordos e ajustar condutas, sempre no sentido de afirmar os valores democráticos e realizar na prática os direitos sociais”.²⁶⁰

²⁵⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*: comentários à Lei 8.429/1992 e legislação complementar, p. 194-195.

²⁵⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 205.

²⁵⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 735-736.

²⁵⁹ GOULART, Marcelo Pedroso. Missão institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 1, n. 1, p. 11-34, jan./jun. 2001, p. 29.

²⁶⁰ Ibidem, loc. cit.

Portanto, vislumbra-se a existência de alguma margem que permita soluções de consenso mesmo na esfera das ações de improbidade administrativa.

Não se pode perder de vista que os conflitos de interesses, tais como tipificados pela Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI), são qualificados como atos ensejadores da improbidade administrativa, por força do artigo 12 dessa Lei.

Frise-se que o Conselho Superior do Ministério Público (CSMP) poderá rever o TAC celebrado pelo membro do Ministério Público, em autos de inquérito civil (Súmulas nºs 4,²⁶¹ 9,²⁶² 20²⁶³ e 21²⁶⁴ do CSMP), caso entenda ser insatisfatória a solução adotada, a fim de determinar a realização de diligências ou ainda para a propositura da ação civil pública por outro membro, nos termos do artigo 9º, §§ 1º a 4º da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública).

Portanto, não se vê motivo para impedir a conciliação nas ações de improbidade administrativa por conflitos de interesses, no que diz respeito especificamente à reparação dos prejuízos ao erário. Ao obstar a possibilidade de composição no regime jurídico da improbidade estar-se-á criando embaraço à celeridade e efetividade do interesse coletivo, sobretudo, quando o prejuízo ao erário é de pequena monta.

A celebração de TAC não isenta o agente público infrator do dever de reparação integral do dano causado ao erário, nos termos do artigo 37, § 5º, da CF/1988 e artigo 5º da LIA. Em verdade, no referido acordo há o reconhecimento pelas partes da existência de obrigações,

²⁶¹ Veja-se: “Tendo havido compromisso de ajustamento que atenda à defesa dos interesses difusos objetivados no inquérito civil, é caso de homologação do arquivamento do inquérito.” (BRASIL. Conselho Superior do Ministério Público. Súmula nº 4. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas>. Acesso em: 17 ago. 2017).

²⁶² A referida Súmula assenta: “Só será homologada a promoção de arquivamento de inquérito civil, em decorrência de compromisso de ajustamento, se deste constar que seu não cumprimento sujeitará o infrator a suportar a execução do título executivo extrajudicial ali formado, devendo a obrigação ser certa quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto.” (BRASIL. Conselho Superior do Ministério Público. Súmula nº 9. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas>. Acesso em: 17 ago. 2017).

²⁶³ Veja-se: “Quando o compromisso de ajustamento tiver a característica de ajuste preliminar, que não dispense o prosseguimento de diligências para uma solução definitiva, salientado pelo órgão do Ministério Público que o celebrou, o Conselho Superior homologará somente o compromisso, autorizando o prosseguimento das investigações.” (BRASIL. Conselho Superior do Ministério Público. Súmula nº 20. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas>. Acesso em: 17 ago. 2017).

²⁶⁴ De acordo com essa Súmula, “Homologada pelo Conselho Superior a promoção de arquivamento de inquérito civil ou das peças de informação, em decorrência de compromisso de ajustamento, incumbirá ao órgão do Ministério Público que o celebrou, fiscalizar o efetivo cumprimento do compromisso, do que lançará certidão nos autos.” (BRASIL. Conselho Superior do Ministério Público. Súmula nº 21. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas>. Acesso em: 17 ago. 2017).

tornando-as exequíveis, de modo a permitir que o infrator honre integralmente sua obrigação de recompor o erário, ainda que em parcelas, conforme sua possibilidade de pagamento, razão pela qual mostra-se oportuna, nessas hipóteses, a flexibilização da aplicação do artigo 17, § 1º, da LIA.

Configurado um conflito de interesses, seja no exercício do cargo ou emprego, seja após a extinção do vínculo com a Administração Pública, o agente que praticar ilícito previsto na LCI estará sujeito às sanções da LIA, porém, de igual modo poderá celebrar TAC com a pessoa jurídica legitimada para tanto em atos que acarretem prejuízos ao erário.

Registre-se que a solução consensual não necessariamente conduz a uma renúncia de direito, isso porque, ao permitir o parcelamento de uma dívida a pedido do devedor, *v.g.*, o credor não está renunciando ao seu crédito, mas apenas anuindo com uma forma diferenciada de pagamento.

Outrossim, não procede o argumento de que a formulação do aludido acordo incorrerá no desprezo do interesse público e no perdão dos ilícitos praticados, mas, ao contrário, essa flexibilização permitirá que o *Parquet* ou o ente público lesado realizem a composição ainda na fase extrajudicial, com a solução do conflito da forma mais eficaz ao próprio interesse público e com maior celeridade na reparação do dano sofrido pelo erário.

Wallace Paiva Martins Junior afirma tratar-se não propriamente de concessão mútua para a prevenção do litígio, mas, sim, “de expediente em que o bem objeto da disputa escapa do litígio em razão da assunção de obrigação pelo devedor, que se compromete à integral satisfação do dano através do ajustamento às obrigações legais”.²⁶⁵

Destarte, pode-se afirmar que o artigo 17, § 1º, da LIA veda é a existência de concessões de modo que importem na renúncia de valores ou até mesmo a concessão de descontos, e não propriamente a solução consensual.

Não se vê razão para impedir a conciliação, no processo de improbidade, no que diz respeito à reparação dos prejuízos ao erário. Obstaculizá-la, nas situações apontadas, é criar um grande embaraço para a efetividade da tutela coletiva, máxime quando se sabe que, em

²⁶⁵ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*, p. 415.

muitas delas, o prejuízo ao erário não é de grande monta e o pagamento da indenização em parcelas, *v.g.*, acaba por revelar-se uma forma eficaz de adimplemento da dívida.

Portanto, tem-se que no referido acordo há o reconhecimento pelas partes da existência de obrigações, tornando-as exequíveis, sendo juridicamente possível a celebração de TAC nas hipóteses de prejuízo aos cofres públicos, cabendo ressaltar que nesses acordos celebrados pelos legitimados tenta-se pôr fim aos conflitos de interesses, sem, contudo, perdoar o agente ímprobo das mazelas por ele cometidas. Não se configura, pois, indisponibilidade do interesse público, mas, ao contrário, trata-se de uma forma de se efetivar a tutela do patrimônio público, viabilizando-se o ressarcimento ao erário sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

3.20.4 Da não vinculação do Ministério Público aos pareceres dos órgãos de fiscalização e avaliação do conflito de interesses

Conforme assinalado alhures, o artigo 8º da LCI atribui a competência pela fiscalização e avaliação das hipóteses de conflito de interesses do Poder Executivo federal à Comissão de Ética Pública (CEP) e à Controladoria-Geral da União (CGU), dependendo da classe a que pertencer o agente público. A CEP atuará nos casos envolvendo agentes públicos dispostos nos incisos I a IV do artigo 2º da LCI, e a CGU, naqueles alusivos aos demais agentes.

Aliás, convém destacar que compete aos referidos órgãos a fiscalização e avaliação não apenas dos atos administrativos que impliquem possível conflito de interesses na esfera da Administração Pública federal, nos termos dos artigos 5º e 6º da LCI, mas, também, dentre outros, a concessão de autorização ao ocupante de cargo ou emprego do Poder Executivo federal para exercer atividade privada, bem como a dispensa do ex-agente público do cumprimento do período de quarentena, quando verificada a inexistência do conflito de interesses ou a sua irrelevância.

Eis que surge, então, relevante questionamento acerca dos efeitos de determinadas deliberações oriundas dos pareceres emitidos por esses órgãos fiscalizadores no que diz respeito à apuração e propositura da ação de improbidade administrativa. Estaria a atuação do Ministério Público vinculada a uma decisão de natureza administrativa exarada pela CEP ou pela CGU no que se refere à inexistência do conflito de interesses em certa situação?

O artigo 127, § 1º, da CF/1988 estabelece que são princípios institucionais do Ministério Público (MP) a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

O princípio da unidade “significa que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção de um só chefe”.²⁶⁶ O princípio da indivisibilidade “significa que esses membros podem ser substituídos uns pelos outros, não arbitrariamente, porém, mas segundo a forma estabelecida na lei”,²⁶⁷ ou seja, o MP é indivisível na medida em que seus membros não se vinculam aos processos em que atuam, podendo ser substituídos reciprocamente em conformidade com as disposições legais, sem nenhum prejuízo à tramitação processual.²⁶⁸

Por sua vez, o princípio da independência funcional estabelece a ausência de hierarquia na atividade-fim ministerial, sendo a atuação de cada membro pautada apenas pela sua consciência e interpretação das normas do ordenamento jurídico. A propósito, na concepção de Carlos Roberto de Castro Jatahy, “a independência funcional preconiza”²⁶⁹ que, no desempenho de suas atividades, os membros do Ministério Público, “não estão subordinados a nenhum órgão ou poder, mas somente à sua consciência, devendo sempre fundamentar suas manifestações processuais”.²⁷⁰

Janaína Rodrigues Gonçalves lembra que, embora “já tenha integrado o Poder Judiciário e o Poder Executivo, atualmente o Ministério Público é um órgão autônomo e não pertence a nenhum dos três Poderes”.²⁷¹ A autora ressalta sua atribuição de órgão autônomo justamente relacionada a essa “garantia de independência, unidade e indivisibilidade, chamados de

²⁶⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Princípios institucionais do Ministério Público*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 731, jan.-abr. 2013, p. 9, com atualizações feitas em ago. 2013, p. 12. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/princinst.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

²⁶⁷ Ibidem, p. 12-13.

²⁶⁸ A propósito, no que se refere a esses dois primeiros princípios, vale trazer a lume pensamento de José Frederico Marques, segundo o qual, “Pelo princípio da unidade, todos os funcionários da instituição, disseminados por juizados e comarcas, constituem um só órgão sob uma só direção, enquanto que, pelo princípio da indivisibilidade, todas as pessoas que compõem o Ministério Público podem ser substituídas umas pelas outras” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. rev. e atual. Campinas: Millennium, 2003. v. II, p. 47).

²⁶⁹ JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de princípios institucionais do Ministério Público*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 145.

²⁷⁰ Ibidem, loc. cit.

²⁷¹ GONÇALVES, Janaína Rodrigues. Ministério Público e estado democrático de direito: importância de uma instituição autônoma e permanente na defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais. *Justitia*, São Paulo, ano 70-71-72, v. 204-205-206, p. 377-393, jan./dez. 2013-2014-2015, p. 392.

Princípios Institucionais (art. 127, § 1º, da CF), não podendo o Ministério Público ser extinto ou ter suas atribuições repassadas a outra instituição”.²⁷²

A propósito de tema tão relevante, cabe trazer à baila as judiciosas considerações do ministro Celso de Mello, ao ponderar ser “indisputável que o Ministério Público ostenta, em face do ordenamento constitucional vigente, destacada posição na estrutura do Poder”;²⁷³ em seguida, explica que a “independência institucional, que constitui uma de suas mais expressivas prerrogativas [do Ministério Público], garante-lhe o livre desempenho, em toda a sua plenitude, das atribuições que lhe foram conferidas”.²⁷⁴ Por fim, o Magistrado da Suprema Corte assenta que, “No mais, os membros do Ministério Público atuam com absoluta liberdade funcional, só submissos à sua consciência e aos deveres profissionais, pautados pela Constituição e pelas leis regedoras da Instituição. Nessa liberdade de atuação no seu ofício é que se expressa a independência funcional”.²⁷⁵

Emerson Garcia corrobora com esse entendimento ao aduzir sobre as duas prerrogativas do MP decorrentes desse preceito que, conforme “o princípio da independência funcional, aos membros do Ministério Público são destinadas duas garantias vitais ao pleno exercício de suas funções”,²⁷⁶ quais sejam, a de poderem atuar com liberdade, “somente rendendo obediência à sua consciência e à lei, não estando vinculados às recomendações expedidas pelos órgãos superiores da instituição em matérias relacionadas ao exercício de suas atribuições institucionais”,²⁷⁷ e a de não serem “responsabilizados pelos atos que praticarem no estrito exercício de suas funções, gozando de total independência para exercê-las em busca da consecução dos fins inerentes à atuação ministerial”.²⁷⁸

Ainda sobre a independência funcional, Hugo Mazzilli aduz que essa prerrogativa é atribuída aos membros do MP para que possam servir aos interesses da lei, e não aos dos governantes. Na expressão do autor:

Não se pode impor um procedimento funcional a um membro do Ministério Público, senão fazendo recomendação sem caráter normativo ou vinculativo, pois a Constituição e a lei complementar, antes de assegurarem garantias pessoais aos membros do Ministério Público,

²⁷² GONÇALVES, Janaína Rodrigues. Ministério Público e estado democrático de direito: importância de uma instituição autônoma e permanente na defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais. *Justitia*, ano 70-71-72, v. 204-205-206, p. 392.

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 67.759. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 06/08/1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70460>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

²⁷⁴ Ibidem.

²⁷⁵ Ibidem.

²⁷⁶ GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008. p. 114.

²⁷⁷ Ibidem, loc. cit.

²⁷⁸ Ibidem, loc. cit.

deram-lhes garantias funcionais, para que possam servir aos interesses da lei, e não aos dos governantes.²⁷⁹

Janaína Rodrigues Gonçalves aponta as garantias institucionais – autonomia administrativa e orçamentária, v.g. – e as garantias e vedações aos membros do MP como outros mecanismos previstos pela Constituição Federal para assegurar a autonomia do órgão, com o propósito de, em especial, garantir a atuação imparcial de seus membros, mas, também, a defesa do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais. A autora anota que, pautada pela mesma finalidade de assegurar “a liberdade e o bom desempenho do papel ministerial”, a Constituição Federal de 1988, no art. 129, ao elencar as funções institucionais do *Parquet*, “autoriza o exercício de outras funções que lhe forem conferidas – desde que compatíveis com sua finalidade –, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”,²⁸⁰ restando evidenciado o propósito do legislador constitucional de evitar brechas para a improbidade.

O mesmo dispositivo constitucional supracitado, no inciso III, outorga ao Ministério Público a função de “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”,²⁸¹ atribuindo ao *Parquet* instrumentos processuais adequados à investigação dos pleitos em que haja fundada suspeita de improbidade administrativa.

Ademais, o Ministério Público “é órgão vocacionado à preservação dos valores constitucionais, dotado de autonomia financeira, administrativa e institucional que lhe conferem a capacidade ativa à tutela da sociedade e de seus próprios interesses em juízo”²⁸². Desse modo, o *Parquet* dispõe da prerrogativa da autonomia enquanto Instituição direcionada à defesa da ordem jurídica democrática, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, conforme preconiza o artigo 127, § 2º, da CF/1988.

²⁷⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 116-117.

²⁸⁰ GONÇALVES, Janaína Rodrigues. Ministério Público e estado democrático de direito: importância de uma instituição autônoma e permanente na defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais. *Justitia*, ano 70-71-72, v. 204-205-206, p. 392.

²⁸¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

²⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 1.936 Agr/DF, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, jul. 28.04.2015. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8557978>. Acesso em: 17 ago. 2017.

O dispositivo constitucional supramencionado alude à defesa do patrimônio público e social, sendo patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”, consoante estabelece o artigo 1º, § 1º, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.²⁸³ Já patrimônio social seria o conjunto de bens jurídicos em face dos valores adotados na Constituição Federal, como aduz Lúcia Valle Figueiredo:

De seu turno, por patrimônio social dever-se-á entender, dentro do próprio contexto sistemático da Constituição, o conjunto de bens jurídicos assim denominados em face dos valores adotados pelo texto constitucional. A moralidade administrativa integra o patrimônio social e, ao mesmo tempo, constitui valor tão importante para a sociedade, que passou a constar expressamente do texto constitucional e não mais, apenas, implicitamente. Consta, dentre outros artigos, no de n. 5, LXXIII, no 37, e no par. 4 do mesmo artigo, aponta-se a improbidade administrativa, o mesmo acontecendo no art. 85, inciso V.²⁸⁴

Independentemente do conceito legal e doutrinário acerca da definição de patrimônio público e social, deve-se ter clareza que a função típica do MP é tutelar os direitos difusos e coletivos, mediante a legítima atuação em prol da defesa e proteção do interesse público. Essa é a assertiva de Marcelo Novelino, ao assentar que a essência do Ministério Público deve ser analisada não apenas tendo-se em conta a natureza de suas atribuições, mas, também, “sua finalidade institucional e os dispositivos constitucionais que o regem”²⁸⁵ e que, em razão disso, continua o autor, “o Ministério Público não deve ser considerado um órgão autônomo, tampouco uma instituição vinculada a outro poder. Trata-se de uma instituição constitucional autônoma que desempenha uma função essencial à Justiça”.²⁸⁶

Por sua vez, Hugo Mazzilli pondera sobre a relevância da atuação e autonomia institucional do MP:

Questão controversa em doutrina reside em definir a natureza das funções do Ministério Público. Não participa da elaboração das leis, mas vela pela sua observância; não integra o ato jurisdicional, mas é essencial à sua prestação; não se subordina ao Poder Executivo, mas seus atos têm natureza

²⁸³ BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

²⁸⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil pública – gizamento constitucional. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública – Lei n. 7.347/85 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 532.

²⁸⁵ NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm. 2016. p. 736.

²⁸⁶ *Ibidem*, loc. cit.

administrativa. [...] Analisando suas principais funções institucionais, vemos ser administrativa a natureza do Ministério Público.²⁸⁷

Janaína Rodrigues Gonçalves, ao expor sobre as raízes do Ministério Público, mostra a evolução desse órgão no Brasil, igualmente chamando atenção para a sua essencialidade à função jurisdicional do Estado. A autora lembra o passado de mero órgão Procurador do Estado até tornar-se “um autêntico *defensor da sociedade e do regime democrático*”,²⁸⁸ transformando-se “em uma instituição que, conquanto nunca antes tenha sido realizada, embora sempre idealizada, e hoje se mostra cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988, com as características que ostenta, alcançou a posição de instituição pública, autônoma e permanente”,²⁸⁹ com a incumbência de defender a ordem jurídica, a democracia e os “interesses sociais e individuais indisponíveis, papéis fundamentais e necessários para a manutenção do Estado Democrático de Direito”.²⁹⁰

Resta, pois, demonstrado que são inequívocas tanto a independência quanto a autonomia funcional do MP, ambas asseguradas constitucionalmente para que a Instituição desempenhe função considerada essencial à Justiça, conforme apontado.

Mas não se pode olvidar ainda do princípio da inafastabilidade da jurisdição tipificado no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/1988, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.²⁹¹

A inafastabilidade de lesão ou da sua simples ameaça autoriza o Poder Judiciário a expurgar a injustiça perpetrada, como ocorre, *v.g.*, com decisão exarada pela CEP ou pela CGU que declare a inexistência de conflito de interesses em ato praticado por agente público federal.

Em observância a esse preceito, na qualidade de *custos legis* ou mesmo como parte no instrumento processual, o MP poderá acionar o Poder Judiciário a fim de zelar pela probidade na Administração Pública, bem como resguardar os interesses da sociedade brasileira, da ordem

²⁸⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 42.

²⁸⁸ GONÇALVES, Janaína Rodrigues. Ministério Público e estado democrático de direito: importância de uma instituição autônoma e permanente na defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais. *Justitia*, ano 70-71-72, v. 204-205-206, p. 377.

²⁸⁹ Ibidem, loc. cit.

²⁹⁰ Ibidem, loc. cit.

²⁹¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

jurídica e do regime no cumprimento de sua relevante função à manutenção do Estado Democrático de Direito.

A propósito do princípio da inafastabilidade da jurisdição, Celso Ribeiro Bastos assenta:

Isto significa que lei alguma poderá auto-excluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade, nem poderá dizer que ela seja ininvocável pelos interessados perante o Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam de sua aplicação.²⁹²

Portanto, o princípio da inafastabilidade da jurisdição corrobora a assertiva de que as decisões exaradas pelos órgãos de controle não vinculam a atuação do *Parquet* que, em face dos indícios da ocorrência do conflito de interesses por agente ou ex-agente público, conduzirá o eventual ilícito funcional à apreciação do Poder Judiciário.

3.21 Das causas e efeitos do ato de improbidade administrativa

Já se salientou que o desrespeito à probidade administrativa se consubstancia no ato de improbidade administrativa que pode ou não causar lesão ao erário, enriquecimento ilícito e atentado aos princípios da Administração Pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Também já se evidenciou o grau de perniciosidade, para a segurança jurídica e para a sociedade, da prática de atos de improbidade administrativa.

O Brasil tem vivido, nos últimos anos, uma grave crise de moralidade, especialmente na política. A Operação Lava Jato, por exemplo, descortinou o que já se imaginava: a corrupção no País é sistêmica e envolve todas as esferas de Poder e, por conseguinte, agentes públicos de diversos órgãos e hierarquias. Na América Latina, v.g., o País só é superado pela Venezuela, que igualmente vive grave crise de moralidade na política em razão da falta de liberdade dos cidadãos.²⁹³ No Brasil, no entanto, vive-se no Estado Democrático de Direito, a despeito de esse estado crítico de moralidade não combinar com democracia. Em contrapartida, de acordo com pesquisa realizada pela Transparência, apenas “11% dos brasileiros assumiram pagar propina

²⁹² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 214.

²⁹³ BRASIL É VISTO COMO SEGUNDO MAIS CORRUPTO EM LISTA DE 63 PAÍSES. *Valor Econômico*, 1º jun. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4988460/brasil-e-visto-como-segundo-mais-corrupto-em-lista-de-63-paises>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

para ter acesso a serviços públicos, como saúde, educação, serviço de polícia ou emissão de documentos”,²⁹⁴ o que representa o segundo menor índice da América Latina e Caribe, atrás apenas de Trinidad e Tobago, onde 6% admitiram pagamento de propina”.²⁹⁵

Ao versar sobre a prática do ato de improbidade administrativa por agente público – o que pode ocorrer durante ou após o exercício na função –, Wallace Paiva Martins Junior destaca que, em geral, são apontadas várias causas:

[...] a tendência congênita ao desvio de poder; o amesquinamento da ética e da boa-fé e de sua avaliação concreta; a excessiva intervenção estatal na exploração de atividade econômica e a ampliação do universo de serviços públicos; a intensa burocratização e o exagerado formalismo; o baixo nível remuneratório dos agentes públicos; a falta ou o menor grau de transparência agregada à atuação do lobby; a concentração de poderes; a facilitação do *blanchiment de l'argent sale*, isto é, lavagem de dinheiro; a sensação de impunidade (por meio de imunidades e do foro privilegiado); a deficiência do sistema político-partidário, tema que tangencia discussões sobre o sistema de governo, a captação de *fondineri* (financiamento de campanhas eleitorais), a pluralização de cargos comissionados (e a descrença na profissionalização do serviço público), o aparelhamento, a formação da base de sustentação do governo mediante o “loteamento partidário”; as limitações dos órgãos de controle (assunto que evoca sua independência, a efetividade de seu exercício e os nichos do sigilo bancário e fiscal); o mercado *del favor legal*; a atuação no varejo da satisfação das necessidades populares (clientelismo, coronelismo, apadrinhamento).²⁹⁶

Já sobre as mazelas decorrentes dessa prática, isto é, seus efeitos, o autor indica:

[...] a inviabilização ou dificuldade de financiamentos externos e investimentos internos, o aprofundamento da miséria e da injustiça na distribuição de renda, a descrença nos poderes e nas instituições oficiais, os baixos índices de desenvolvimento econômico e social, o encarecimento dos custos das obras e dos serviços públicos, as ligações perigosas com o crime organizado e a periclitación à república e à democracia.²⁹⁷

João Francisco Moreira Viegas vai mais longe ao advertir que, além das consequências de ordem econômica, cada centavo que é desviado “Significa também a diminuição da autoestima do povo brasileiro, impedindo-o de crescer e se aprimorar, para que o Brasil ocupe,

²⁹⁴ ÍNDICE DE BRASILEIROS QUE DIZEM PAGAR PROPINA É SEGUNDO MENOR DA AMÉRICA LATINA E CARIBE, AFIRMA PESQUISA. *G1*, Brasília, 9/10/2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/indice-de-brasileiros-que-dizem-pagar-propina-e-segundo-menor-da-america-latina-e-caribe-afirma-pesquisa.ghtml>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

²⁹⁵ Ibidem.

²⁹⁶ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Improbidade administrativa: causas, efeitos, sujeitos e tipos na atualidade. *Justitia*, São Paulo, v. 68-69, n. 202/203, jan./dez. 2011-2012, p. 231. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/2z8zz0.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

²⁹⁷ Ibidem, p. 232.

no contexto internacional, o lugar que lhe vem sendo prometido há muitas décadas”,²⁹⁸ qual seja, o de “uma das potências do século 21”.²⁹⁹

O arcabouço jurídico direcionado para o combate de práticas ilícitas na Administração Pública direta e indireta, em princípio, tem-se aperfeiçoado para dar conta de cumprir essa missão, qual seja, a de um país mais afinado com os anseios da Justiça e da sociedade, que persegue alcançar um patamar de transparência nas ações do Poder Público em que a ética e a moralidade sejam o norte da atuação de todos os agentes públicos no atendimento aos interesses da coletividade em vez de vislumbrarem os próprios.

²⁹⁸ VIEGAS, João Francisco Moreira. O foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa. *Justitia*, São Paulo, ano 65, v. 199, n. 202/203, p. 223-227, jul./dez. 2008, p. 231. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/2z8zz0.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

²⁹⁹ Ibidem, loc. cit.

CONCLUSÃO

A tipificação do conflito de interesses como ato de improbidade administrativa significou grande avanço no aperfeiçoamento do ordenamento jurídico em matéria de controle e prevenção de atos ilícitos praticados contra a Administração Pública. A inovação produziu significativas alterações normativas ao ampliar o rol de atos de improbidade constantes na Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), para atender não apenas aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil no combate à corrupção, mas, também, ao crescente clamor social em prol da moralidade no trato da coisa pública. A propósito, cumpre destacar algumas ideias fundamentais que permeiam a compreensão abordada nesta dissertação, conforme a seguir:

- 1) Moral e Direito, apesar de possuírem relações entre si – uma vez que são ordens normativas de comportamento humano – não se confundem.
- 2) A moralidade administrativa é resultado dos preceitos da moral comum, os quais podem ser objetivamente extraídos do seio da sociedade e imputam ao agente público agir de acordo com o que se entende como ético, honesto, casto, íntegro.
- 3) A moralidade administrativa no ordenamento jurídico pátrio é autônoma em relação aos demais preceitos que regem a Administração Pública, inclusive, o da legalidade.
- 4) Moralidade administrativa é gênero do qual a probidade administrativa é espécie.
- 5) O regime jurídico de responsabilização do agente público por ato de improbidade administrativa é autônomo, nos termos do artigo 37, § 4º, da CF/1988.
- 6) A Lei nº 8.429/1992 classifica os atos de improbidade administrativa em quatro grupos ou espécies: (a) aqueles que importam em enriquecimento ilícito ao agente (art. 9º); (b) os que, efetivamente, causam dano ao erário (art. 10); (c) aqueles decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A, acrescido pela Lei Complementar nº 157/2016); e (d) os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

- 7) A Convenção Interamericana contra a Corrupção (Decreto nº 4.410/2002) deu origem à disciplina sistemática do conflito de interesses na esfera da atuação preventiva e repressiva à corrupção ao estabelecer, no artigo III, o dever de criar, manter e fortalecer normas de conduta que permitam o desempenho correto, honrado e adequado das funções públicas com a finalidade de prevenir o conflito de interesses como forma de preservar a confiança na integridade dos funcionários da Administração Pública direta e indireta e na gestão pública.
- 8) A Convenção Internacional contra a Corrupção (Decreto nº 5.687/2006) também destacou a disciplina legal do conflito de interesses ao estabelecer, no artigo 7º, que cada Estado Parte, em consonância com os princípios de sua legislação interna, adotará sistemas cuja finalidade seja promover a transparência, bem como prevenir o conflito de interesses, ou manter e fortalecer os referidos sistemas.
- 9) Em atendimento aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil no combate à corrupção, foi promulgada a Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI), a qual dispõe especificamente sobre o conflito de interesses no exercício do cargo ou emprego do Poder Executivo federal, bem como acerca dos impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego.
- 10) A Lei nº 12.813/2013 alterou o sistema de responsabilização de agentes públicos e terceiros pela prática de atos de improbidade administrativa, previsto no artigo 37, § 4º, da CF/1988, e regulamentado pela Lei nº 8.429/1992.
- 11) O artigo 12 da Lei nº 12.813/2013 dispõe que o agente público que praticar os atos previstos nos artigos 5º e 6º incorrerá em improbidade administrativa, na forma do artigo 11 da Lei nº 8.429/1992, quando não caracterizada qualquer das condutas descritas nos artigos 9º e 10 da referida Lei de Conflito de Interesses. Verificou-se, portanto, que a LCI constitui nova norma jurídica a introduzir novos tipos de atos ímprobos.
- 12) O artigo 3º, inciso I, da LIC conceitua o conflito de interesses como sendo aquela situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de modo impróprio, o desempenho da função pública.

- 13) O conflito de interesses é o antagonismo de interesses existente entre a esfera privada, no caso, do agente público ou de terceiro, e a esfera pública à qual o agente está vinculado em face de sua função, de modo que possa comprometer o interesse coletivo e colocar em risco a lealdade, impessoalidade e imparcialidade no exercício do múnus público. Para configurar o conflito de interesses, é prescindível haver o enriquecimento ilícito próprio ou de outrem ou, então, o dano ao patrimônio público.
- 14) A Lei nº 12.813/2013 deverá estar em consonância e ser interpretada de acordo com a matriz constitucional e, observando-se as hipóteses de conflito de interesses arroladas nos artigos 5º e 6º, nota-se que é passível sua aplicação a todos os agentes públicos integrantes das três esferas de Poder e de todos os entes federativos, desde que preenchidas as condições de qualificação jurídica dos fatos e haja previsão legal para tanto.
- 15) O cerne do conflito de interesses é a informação privilegiada adquirida durante o exercício da função pública, a qual é definida no artigo 3º, inciso II, como a que diz respeito a assuntos sigilosos ou relevantes ao processo de decisão no âmbito do Poder Executivo federal com repercussão econômica ou financeira e sem amplo conhecimento público.
- 16) O desiderato principal da Lei nº 12.813/2013 é a prevenção à prática de atos de prepostos da Administração que em razão de seu exercício funcional conflitem com o interesse público e, por esse motivo, o conflito de interesses poderá ocorrer mesmo com o afastamento temporário do cargo ou emprego público, ou após a cessação do vínculo do agente com a Administração Pública, sendo-lhe vedado de forma permanente fazer o uso de informação privilegiada ou divulgá-la, isto é, a restrição não se limita a um lapso temporal, mas, sim, trata-se de um imperativo ininterrupto.
- 17) O conflito de interesses poderá ocorrer durante ou após o exercício do cargo ou emprego público;
- 18) O prazo de quarentena é de seis meses após o fim do vínculo funcional do agente público com a Administração para as hipóteses tipificadas no artigo 6º da Lei nº 12.813/2013.
- 19) A Lei nº 12.813/2013 estabeleceu o prazo de seis meses, a contar do desligamento efetivo do preposto dos quadros da Administração, em que este não poderá proceder a

determinados atos, sob pena de incorrer no ilícito disposto no artigo 6º, inciso II, da referida Lei.

- 20) A Comissão de Ética Pública, com o fim de elidir qualquer dúvida, emitiu a Nota de Orientação nº 1/2014, cujo entendimento é no sentido de que ex-agente público faz jus à remuneração compensatória durante o período de seis meses.
- 21) A possibilidade da realização de consulta no âmbito federal à Comissão de Ética Pública ou à Controladoria-Geral da União (CGU), dependendo do tipo de cargo ou emprego que o ex-preposto exercia, constitui importante instrumento de prevenção da deflagração de conflito de interesses em casos que possam gerar dúvidas.
- 22) O processo administrativo de consulta tem por finalidade obter a manifestação da Administração Pública acerca da ocorrência, ou não, de conflito de interesses considerando-se as circunstâncias subjetivas e objetivas de determinado caso concreto. Trata-se, portanto, de ato administrativo de natureza declaratória e vinculada, não havendo a discricionariedade do administrador sobre a conveniência e a oportunidade de produzi-lo ou de se vincular ao seu conteúdo que deverá observar estrita relação com a pretensão do interessado submetida à análise.
- 23) Outro instrumento procedimental relevante à prevenção do conflito de interesses é tipificado no artigo 9º da Lei nº 12.813/2013 e atribui aos agentes públicos mencionados no artigo 2º dessa mesma Lei, inclusive aqueles que estejam em gozo de licença ou em período de afastamento, a obrigação de enviar anualmente à Comissão de Ética Pública ou à CGU declaração com informações sobre situação patrimonial, participações societárias, atividades econômicas ou profissionais e indicação da existência de cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, no exercício de suas atividades que possam suscitar conflito de interesses (inc. I); e comunicar, por escrito, à Comissão de Ética Pública ou à unidade de recursos humanos do órgão ou entidade respectivo, conforme o caso, o exercício de atividade privada ou o recebimento de propostas de trabalho que pretenda aceitar, contrato ou negócio no setor privado, ainda que não vedadas pelas normas vigentes durante o período de quarentena aludido no artigo 6º, inciso II.
- 24) A Portaria Interministerial nº 333/2013 disciplina a consulta sobre a existência do conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada por

agente público do Poder Executivo federal que não esteja inserido no rol do artigo 2º, incisos I a IV, da Lei nº 12.813/2013, nos termos do artigo 8º, parágrafo único, do mesmo Diploma. Essa Portaria foi elaborada em conjunto com o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no exercício da competência regulamentar prevista no artigo 8º, inciso VII, da Lei nº 12.813/2013.

- 25) Admite-se o elemento subjetivo da culpa nas hipóteses de conflito de interesses apenas quando o ato causar dano ao erário, nas demais hipóteses, como enriquecimento ilícito, violação aos princípios e concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, é imprescindível a conduta dolosa à responsabilização do agente público.
- 26) A Lei nº 12.813/2013 poderá ser aplicada nas esferas municipal, estadual e distrital, desde que haja expressa previsão legal para tanto em face do princípio da tipicidade; caso ocorra alguma das hipóteses tipificadas nos artigos 5º e 6º dessa Lei e inexista a respectiva previsão normativa nessas esferas, a responsabilização do agente público dar-se-á pela violação dos princípios da Administração Pública, nos termos do artigo 11 da Lei nº 8.429/1992, de modo que não acarrete a impunidade do infrator.
- 27) Não se afigura juridicamente possível a extensão dos benefícios da delação premiada aos requeridos em ação de improbidade, uma vez que se trata de benefício exclusivo da esfera penal, e na legislação não há nenhuma previsão legal para extensão dessa benesse à esfera cível, tampouco ao regime jurídico da improbidade administrativa.
- 28) Não se admite o acordo de leniência na Lei nº 12.813/2013, visto que esse instrumento é restrito exclusivamente às pessoas jurídicas que praticarem atos lesivos contra a Administração Pública.
- 29) Admite-se a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) especificamente no que tange à reparação dos prejuízos ao erário, o que não isenta o agente público infrator de ressarcir integralmente o dano. O referido termo apenas possibilita que o agente infrator honre integralmente essa obrigação, ainda que em parcelas, conforme suas possibilidades de pagamento.
- 30) Os pareceres exarados pelos órgãos de controle não vinculam o Ministério Público em razão da autonomia funcional do *Parquet* e do princípio da inafastabilidade da jurisdição tipificado no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/1988.

- 31) O Ministério Público, instituição pública autônoma e independente, tem a incumbência constitucional de defender a ordem jurídica, a democracia, os interesses sociais e individuais indisponíveis, fundamentais para a manutenção do Estado Democrático de Direito, e, portanto, desempenha função considerada essencial à Justiça.
- 32) O desrespeito à probidade administrativa se consubstancia no ato de improbidade administrativa que pode ou não causar lesão ao erário, enriquecimento ilícito e atentado aos princípios da Administração Pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.
- 33) A Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses – LCI) trata-se de lei especial cujo desiderato principal reveste-se da proteção da honestidade, impessoalidade, imparcialidade e lealdade e, por essa razão, os novos tipos de improbidade enquadram-se no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA).
- 34) O conflito de interesses no âmbito da Administração Pública é responsável não só por lesar o erário, mas, também, por trazer prejuízos à coletividade e insegurança jurídica ao Estado, por isso, a necessidade de mecanismos destinados a combatê-la.
- 35) A criação de tipologia legal própria de conflitos de interesses como atos de improbidade administrativa constitui mecanismo fundamental para assegurar o cuidado e o zelo do interesse público em face de interesses privados de agentes públicos, fortalecendo as instituições no enfrentamento da corrupção, em prol da afirmação dos princípios do Estado Democrático de Direito e da República, no Direito brasileiro.
- 36) O arcabouço jurídico direcionado ao combate de práticas ilícitas na Administração Pública direta e indireta, em princípio, tem se aperfeiçoado para dar conta de cumprir essa missão, qual seja, a de um país mais afinado com os anseios da Justiça e da sociedade, que perseguem alcançar um patamar de transparência nas ações do Poder Público em que a ética e a moralidade sejam o norte da atuação de todos os agentes públicos no atendimento aos interesses da coletividade em vez de vislumbrarem os próprios.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos: regime jurídico do funcionário público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BERTONCINI, Matheus. *Comentários à Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção*. São Paulo: RT, 2014.

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

BRASIL ECONÔMICO. *Entenda a taxa Selic: o que é, como é feito o cálculo e mais*. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/2016-06-30/taxa-selic.html>>. Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL É VISTO COMO SEGUNDO MAIS CORRUPTO EM LISTA DE 63 PAÍSES. *Valor Econômico*, 1º jun. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4988460/brasil-e-visto-como-segundo-mais-corrupto-em-lista-de-63-paises>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Constituição (1946). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Decreto nº 4.187, de 8 de abril de 2002. Regulamenta os arts. 6º e 7º da Medida Provisória nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001, que dispõem sobre o impedimento de autoridades exercerem atividades ou prestarem serviços após a exoneração do cargo que ocupavam e sobre a remuneração compensatória a elas devida pela União, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4187a.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007. Institui Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6029.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Lei Federal nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 (lei da Colaboração Premiada). Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9962.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de junho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

_____. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2007. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Lei nº 12.813/2013. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias nºs 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112813.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Lei nº 8.429, de 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 17 ago.

_____. Lei nº 9.784, de 19 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9986.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9962.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Lei Complementar nº 157, de 29 de dezembro de 2016. Altera a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990, que “dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp157.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp116.htm#art8a§1>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001. Altera dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2216-37.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Medida Provisória nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. Altera as Leis nºs 6.368, de 21 de outubro de 1976, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.429, de 2 de junho de 1992, e

9.525, de 3 de dezembro de 1997, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2225-45.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BRASIL. Portaria Interministerial nº 333, de 19 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/comissao-de-etica-publica-setorial/portal-ceps/Arquivos-cepsmf/legislacao/portarias-1/portaria-interministerial/portaria-interministerial-333-de-19-09-2013.pdf/view>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Recurso Especial nº 1553370-SP (2015/0067876-5). Min. Rel. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 13.06.2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1589277&num_registro=201500678765&data=20170629&formato=PDF>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Resolução nº 10, de 29 de setembro de 2008. Aprova as normas de funcionamento e de rito processual, delimitando competências, atribuições, procedimentos e outras providências no âmbito das Comissões de Ética instituídas pelo Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994, com as alterações estabelecidas pelo Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://etica.planalto.gov.br/sobre-a-cep/legislacao/etica512>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Resolução nº 3, de 23 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_conduta/resolucao3.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Resolução nº 5, de 7 de junho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_Conduto/resolucao5.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Resolução nº 8, de 25 de setembro de 2003. Identifica situações que suscitem conflito de interesses e dispõe sobre o modo de preveni-los. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_conduta/resolucao8.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Conselho Superior do Ministério Público. Súmula nº 20. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. _____. Súmula nº 21. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. _____. Súmula nº 4. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. _____. Súmula nº 9. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/conflito-de-interesses/seci-sistema>>. Acesso em: 15 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 480.387/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, 16/03/2007. Grifou-se. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7329049/recurso-especial-resp-480387-sp-2002-0149825-2>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. _____. AgRg no AREsp 606.352/SP. Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma; j. 15.12.2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj-revista-eletronica-2016_241_capSegundaTurma.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. _____. AgRg no AREsp 606.352/SP. Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma; j. 15.12.2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj-revista-eletronica-2016_241_capSegundaTurma.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. _____. AgRg no REsp 1122474/PR. 1ª Turma. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ: 16.12.2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22826228/agravo-regimental-no-agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-agrg-no-ag-1376280-sp-2011-0000431-6-stj/relatorio-e-voto-22826230?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. _____. Recurso Especial nº 1.376.524 - RJ (2012/0110410-8). Min. Rel. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 02/09/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1344786&num_registro=201201104108&data=20140909&formato=PDF>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. _____. HC nº 174.286/DF. Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 10.04.2012, *DJe* 25.04.2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21522943/habeas-corpus-hc-174286-df-2010-0096647-1-stj/inteiro-teor-21522944>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. _____. HC nº 75.226/MS. Segunda Turma, rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 12.08.1997, *DJe* 19.09.1997. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742127/habeas-corpus-hc-75226-ms>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. _____. RESP 721.190/CE. Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13/12/05, *DJ* 13/2/06. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7177034/recurso-especial-resp-721190-ce-2005-0014047-2/inteiro-teor-12915447?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. _____. Ação Cível Originária nº 1.936 Agr/DF, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, jul. 28.04.2015. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8557978>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. _____. HC nº 67.759. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 06/08/1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70460>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário nº 160.381 – SP. Rel. Min. Marco Aurélio, v.u. 2ª Turma. *RTJ* 153/1.030. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1556505>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível nº 0013585-67.2011.8.07.0001. Segunda Turma Cível, Rel. Des. Carmelita Brasil, j. 09.07.2014, *DJe* 21.07.2014. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128616857/apelacao-civel-apc-20110110453902-df-0013585-672011807_0001>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Acórdão na Apelação Cível 2002.34.00.007689-7/DF. Rel. Des. Olindo Menezes, julg. 31/01/2006, *DJe* 17/02/2006.

BRESCIANI, Eduardo. *Evento de luxo de juízes em resort na Bahia será pago por empresa com passivo judicial*: magistrados se reunirão em Porto Seguro, com direito a show de Ivete Sangalo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/evento-de-luxo-de-juizes-em-resort-na-bahia-sera-pago-por-empresa-com-passivo-judicial-20409506>>. Acesso em: 28 set. 2017.

BUENO, Paulo Roberto. Improbidade administrativa no exercício da atividade policial. In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio et al. *Improbidade administrativa – 10 anos da Lei nº 8.429/92*. Del Rey, 2002.

CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996.

CAMARGO, Marcelo Ferreira de. *O acordo de leniência no sistema jurídico brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3963%3E>. Acesso em: 10 nov. 2017.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a ação civil pública*. Tese aprovada no 9º Congresso Nacional do Ministério Público, Salvador, 1992. t. I.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

_____. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COMISSÃO DE ÉTICA PÚBLICA. Brasil. Código de Conduta da Alta Administração Federal. Disponível em: <<http://etica.planalto.gov.br/sobre-a-cep/legislacao/etica3>>. Acesso em: 12 set. 2017.

_____. Nota de Orientação nº 1, de 29 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://etica.planalto.gov.br/sobre-a-cep/orientacoes/2014/nota-de-orientacao-no-1-de-29-de-janeiro-de-2014.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2017.

_____. Presidência da República. Remuneração compensatória. Publicado em 13/01/2017. Disponível em: <http://etica.planalto.gov.br/sistema-de-gestao-da-etica/precedentes-da-comissao-de-etica-publica/copy2_of_conflito-de-interesses/remuneracao-compensatoria>. Acesso em: 9 set. 2017.

COUTO, Aníbal de Mello. Da responsabilidade do servidor público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 509-516, jul./set. 1954.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

DELGADO, José Augusto. *A supremacia dos princípios informativos do direito administrativo: interpretação e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

ELETROBRAS ELETRONUCLEAR. Disponível em: <<http://www.eletronuclear.gov.br/Aempresa.aspx>>. Acesso em: 28 set. 2017.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

FIGUEIREDO, Isabela Giglio. *Improbidade administrativa – dolo e culpa*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil pública – gizamento constitucional. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública – Lei n. 7.347/85 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Probidade administrativa: comentários à lei 8.429/92 e legislação complementar*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Direito contemporâneo administrativo: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. A improbidade administrativa: comentários à Lei 8.429 de 1992. *Revista Jurídica do Ministério Público – JUS 94*, Belo Horizonte, n. 17, p. 297-380, 1994.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

_____. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

GIACOMUZZI, José Guilherme. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, p. 291-303, out./dez. 2002.

_____. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública – o conteúdo da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GONÇALVES, Janaína Rodrigues. Ministério Público e estado democrático de direito: importância de uma instituição autônoma e permanente na defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais. *Justitia*, São Paulo, ano 70-71-72, v. 204-205-206, p. 377-393, jan./dez. 2013-2014-2015.

GOULART, Marcelo Pedroso. Missão institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 1, n. 1, p. 11-34, jan./jun. 2001.

HOUAISS, Antônio; SALLES, Mauro de. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

ÍNDICE DE BRASILEIROS QUE DIZEM PAGAR PROPINA É SEGUNDO MENOR DA AMÉRICA LATINA E CARIBE, AFIRMA PESQUISA. *G1*, Brasília, 9/10/2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/indice-de-brasileiros-que-dizem-pagar-propina-e-segundo-menor-da-america-latina-e-caribe-afirma-pesquisa.ghtml>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de princípios institucionais do Ministério Público*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. rev. e atual. Campinas: Millennium, 2003. v. II.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Improbidade administrativa: causas, efeitos, sujeitos e tipos na atualidade. *Justitia*, São Paulo, v. 68-69, n. 202/203, jan./dez. 2011-2012. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/2z8zz0.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Probidade Administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Princípios institucionais do Ministério Público*. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 731, jan.-abr. 2013, com atualizações feitas em ago. 2013. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/princinst.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. *Revista de Direito Ambiental*, v. 41, jan. 2006. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/evolac.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

MEIRA, José de Castro. Administração Pública na Constituição Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 30, n. 119, p. 193-204, jul./set. 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. II.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Método, 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Improbidade administrativa: reflexões sobre laudos periciais ilegais e desvio de poder em face da Lei Federal 8.429/92. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, n. 8, dez. 2006-jan./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-8-DEZEMBRO-2006-FABIO%20MEDINA.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2017.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Lei de Improbidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. A transação no curso da ação civil pública. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 16, p. 116-128, out.-dez. 1995.

PONDÉ, Lafayette. A responsabilidade dos funcionários públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 35, p. 12-27, jan./mar. 1954.

PÓVOA, Olga Maria Barros; VIANNA, Roberto Rocha. Improbidade administrativa. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, ano XIII, ed. 02 de 2005. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2005/02/-sumario?next=3>. Acesso em: 12 set. 2017.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

REINALDO, Demócrito Ramos. O princípio da moralidade na Administração Pública e a liceidade do limite etário para acesso dos cargos públicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 711, p. 17-22, 1995.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *A ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SALAZAR, Alcino de Paula. Responsabilidade do funcionário público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 4, p. 35-47, abr. 1946.

SÃO PAULO (Município). Decreto nº 56.130, de 26 de maio de 2015. Código de Conduta Funcional dos Agentes Públicos e da Alta Administração Municipal. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/d_56130_1432738091.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2017.

SILVA FERNANDES, André Eduardo da; WANDERLEI, Nélcio Lacerda. A questão da guerra fiscal: uma breve resenha. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, out./dez. 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*. 3. ed. Leme, SP: J. H. Mizuno, 2017.

SOBRINHO, Mário Sérgio. O crime organizado no Brasil. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. *Aplicação da lei federal nº 12.813/2013 na esfera municipal e estadual*: hipóteses de improbidade administrativa decorrentes do conflito de

interesses. Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Teses_2015/HugoEvoMagroCorreaUrbano_Conflito_de_interesses.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2017.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Tradução João Dell'Anna. 14. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

Links consultados

<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/ari-boto-pitombo>

<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20950>