

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

JOÃO GABRIEL DE SOUSA BOMFIM

Rio de Janeiro

2017/2

JOÃO GABRIEL DE SOUSA BOMFIM

A NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Ms. Carolina Machado Cyrillo da Silva**.

Rio de Janeiro

2017/2

CIP - Catalogação na Publicação

B695n Bomfim, João Gabriel de Sousa
A natureza jurídica das sanções por atos de improbidade administrativa / João Gabriel de Sousa Bomfim. -- Rio de Janeiro, 2017.
65 f.

Orientadora: Carolina Machado Cyrillo da Silva.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Direito Administrativo. 2. Direito Administrativo Sancionador. 3. Improbidade administrativa. 4. Agentes políticos. 5. Foro especial por prerrogativa de função. I. Cyrillo da Silva, Carolina Machado, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

JOÃO GABRIEL DE SOUSA BOMFIM

A NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Ms. Carolina Machado Cyrillo da Silva**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2017/2

RESUMO

Neste trabalho, realiza-se um exame da natureza jurídica das sanções por atos de improbidade, cominadas pela Lei 8.429/1992. Inicialmente, é traçado um histórico da defesa da probidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro. Busca-se identificar um conceito de ato de improbidade administrativa que apresente os elementos essenciais a esse ilícito. Desenvolve-se, então, discussão acerca do regime jurídico em que tais sanções se enquadram, baseada em uma reflexão sobre o que define a natureza dos ilícitos, das sanções e da responsabilidade nos campos do direito civil, administrativo e penal. Sustenta-se, com base nas propostas teóricas do Direito Administrativo Sancionador, a natureza administrativa dessas sanções e sua aplicabilidade aos agentes políticos, descartada a incidência do foro especial por prerrogativa de função. Como consequência de tais conclusões, é defendida ainda a unidade do direito punitivo do Estado e ponderações sobre o princípio do *non bis in idem*.

Palavras-chave: Lei 8.429/1992. Direito Administrativo Sancionador. Improbidade administrativa. Agentes públicos. Agentes políticos. Foro especial por prerrogativa de função. Princípio do *non bis in idem*.

ABSTRACT

In this study, an examination is made of the legal nature of the sanctions for acts of impropriety, set by Federal Law 8.429/1992. Initially, a history of the defense of administrative probity in the Brazilian legal system is drawn. It seeks to identify a concept of an act of administrative impropriety that presents the essential elements to this illicit. A discussion about the legal regime in which these sanctions are based is then developed, based on a reflection on what defines the nature of illicit acts, sanctions and responsibility in the fields of civil, administrative and criminal law. Based on the theoretical proposals of the Sanctioning Administrative Law, the administrative nature of these sanctions and their applicability to the political agents are asserted, excluding the incidence of the special forum by function prerogative. As a consequence of these conclusions, the unity of the punitive right of the State and considerations on the principle of *non bis in idem* are also defended.

Keywords: Federal Law 8.429/1992. Sanctioning Administrative Law. Administrative impropriety. Public agents. Political actors. Special forum by function prerogative. Principle of *non bis in idem*.

Sumário

INTRODUÇÃO	1
1. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	3
1.1 Breve histórico das normas de defesa da probidade administrativa.....	3
1.2 A Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992).....	11
1.2.1 Sujeitos do ato de improbidade administrativa	11
1.2.2 Dever de probidade	14
1.2.3 Atos de improbidade administrativa.....	18
1.2.3.1 Atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito	19
1.2.3.2 Atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário.....	21
1.2.3.3 Atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário	24
1.2.3.4 Atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública	24
1.3 Caracterização do ato de improbidade administrativa	25
2. ILÍCITO, SANÇÃO E RESPONSABILIDADE	28
2.1 Sanção e responsabilidade civil.....	29
2.2 Sanção e responsabilidade penal	31
2.3 Sanção e responsabilidade administrativa: unidade ou divisão do <i>ius puniendi</i> estatal?	34
2.4 Independência de instâncias e cumulatividade de sanções.....	40
3. A NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	43
2.1 Aplicabilidade da Lei 8.429/1992 aos agentes políticos e foro especial	51
4. CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

Com este trabalho, propomo-nos a discutir onde a Lei 8.429/1992 se encaixa no ordenamento jurídico brasileiro. A saber, diferentes juristas apontam para as mais variadas classificações: direito civil, administrativo, penal, político, com ou sem interseções entre esses ramos. Identificar o adequado enquadramento da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) em um dos diversos ramos jurídicos, para além de mero exercício intelectual, possui relevantes reflexos na aplicação desta lei: a quem é aplicável, como se dá a responsabilidade, quais princípios regem o processo, quem tem competência para julgar.

Essa discussão se dá em torno da natureza jurídica das sanções trazidas pela Lei de Improbidade, uma vez que, como veremos, não é uma eventual natureza própria ao ilícito que define a sanção que a este deve ser cominada, mas a escolha legislativa, com grande margem de liberdade. Assim, pretendemos, a partir de uma reflexão sobre as sanções por atos de improbidade administrativa, localizar a Lei dentro do ordenamento jurídico brasileiro e delimitar seus efeitos.

Iniciamos esse percurso reconstituindo, de forma extremamente breve, a história da defesa da probidade administrativa no Brasil, história esta marcada por muita leniência no mundo dos fatos e alguns avanços normativos, marcadamente a partir de meados do século XX, quando surgem as primeiras leis com esse intuito específico. Ao chegarmos à edição da Lei 8.429/1992, detemo-nos em alguns dos questionamentos que esta Lei teve se superar para que alcançar *status* de legitimidade.

Passando a uma abordagem da Lei de Improbidade em si, analisamos alguns dos conceitos trazidos por ela, como os de sujeito ativo e passivo do ato de improbidade administrativa, seus avanços e lacunas. Ponderamos sobre o dever de probidade explicitado pela LIA, conectando essa discussão com os princípios regentes da Administração Pública, em especial o da moralidade, traçando aproximações e distinções entre moralidade e probidade.

Detalhamos a tipificação dos atos de improbidade administrativa delineada pela Lei 8.429/1992, abordando os quatro diferentes tipos - incluído aquele acrescentado pela Lei

Complementar nº 157/2016. Além do bem jurídico ofendido por cada ato e a valoração atribuída pela Lei a essas violações, examinamos, com especial atenção, o elemento subjetivo em cada um desses ilícitos. Dispomo-nos, ainda, a delinear um conceito de ato de improbidade administrativa capaz de englobar todas as categorias elencadas.

No segundo capítulo, exploramos conceitos essenciais para permitir que passemos de uma discussão focada nos atos de improbidade para um debate que tangencia questões essenciais aos diversos âmbitos em que se divide o ordenamento jurídico, notadamente os ramos civil, penal e administrativo. Debruçamo-nos sobre o que constituiria o ilícito, a sanção e a responsabilidade, buscando identificar quais seriam os elementos diferenciadores de cada conceito em cada umas dessas áreas.

Tratamos com singular atenção as noções trazidas pelo campo, relativamente novo, do direito administrativo sancionador, que sustenta a unidade do *ius puniendi* estatal. Esta concepção afirma ter o direito administrativo poder sancionador que ultrapassa as clássicas noções de poder de polícia e de poder disciplinar, aproximando-se do direito penal, formando, em realidade, um novo direito punitivo público unificado em torno de um núcleo de princípios garantidores da liberdade individual.

No terceiro e último capítulo, chegamos à questão central deste estudo: a natureza jurídica das sanções por atos de improbidade administrativa. Sobre ela, degladiam-se visões que apontam as mais variadas respostas, encampadas tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Seguindo a linha apontada no capítulo anterior, filiamo-nos ao posicionamento que entende serem tais sanções de natureza administrativa, inserida no campo do direito administrativo sancionador.

Por fim, abordamos questões de especial relevância junto à jurisprudência: a aplicação da Lei 8.429/1992 aos agentes políticos e a incidência das regras sobre foro especial por prerrogativa de função aos atos de improbidade administrativa. Compilamos algumas das mais importantes decisões dos tribunais superior acerca das questões, notando as alterações de interpretação e ainda a divergência entre os entendimentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

1. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Apesar de não ser novidade o interesse da comunidade jurídica e da sociedade brasileira em geral sobre a probidade administrativa, o tema adquiriu, na atualidade, especial relevância, dada a grande comoção político-administrativa em que vivemos. *Impeachment* da presidente da República, Dilma Rousseff, prisão do ex-governadores do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, Anthony Garotinho e Rosinha Garotinho, investigações e processos envolvendo políticos nas mais altas posições das instituições governamentais e partidárias têm sido notícias que povoam os jornais nos últimos meses.

Para além disso, a probidade administrativa vem também à tona como assunto de grande destaque quando se discutem reformas legislativas com grande impacto social, como a da previdência e a trabalhista - esta já aprovada. Com razão, o brasileiro se questiona se e em que grau seriam necessárias tais reformas se os agentes públicos zelassem, de fato, pelo cumprimento de seus deveres e pela persecução do interesse público.

Não ousamos arriscar uma resposta para tal questionamento, uma vez que para oferecer uma que fosse minimamente fundamentada, desviaríamos em muito do que nos propomos neste estudo. Propomo-nos, contudo, a, debruçando-nos sobre o tema, não apenas compilar e discutir previsões normativas, posições jurisprudenciais e visões de estudiosos sobre o tema, mas também fortalecer a percepção da importância da probidade na atividade pública.

1.1 Breve histórico das normas de defesa da probidade administrativa

A história do nosso país é marcada por desleixo, permissividade, pessoalidade e patrimonialismo na gestão da *res publica*. Como lembra Emerson GARCIA (2011, p. 5), se a proclamação da República extinguiu os títulos nobiliárquicos - generosamente distribuídos por D. João VI àqueles que o apoiaram financeiramente após a vinda da família real ao Brasil -, “homenageou” os civis do gabinete presidencial com a patente de general de brigada do Exército. Lamentavelmente, hoje, não se mostra difícil encontrar casos de similares

“homenagens” distribuídas tão benemeritamente em instituições que, em tese, devem cumprir importante papel social, como, por exemplo, os tribunais de contas.

Não é apenas o favorecimento pessoal nos limites da legalidade - fora, porém dos limites da moralidade - que aflige a administração pública; outro grave problema é a inefetividade das normas, em especial aquelas que limitam a atuação do agente público. De longa data vem a expressão “para inglês ver”, remontando às leis brasileiras da primeira metade do século XIX que proibiam o tráfico de escravos, feitas com o intuito único de prestar contas à Inglaterra, que assim nos exigia, não para que fossem, de fato, cumpridas (GARCIA, 2011, p. 5).

Ainda hoje, caminhamos lentamente no sentido de moralizar a atividade pública, mas cabe ressaltar que a evolução legislativa, apesar de essencial, não é suficiente para tornar concreta a probidade administrativa. Nesse sentido, Waldo FAZZIO JÚNIOR (2016, p. 3) afirma, acertadamente, que “[o] Brasil possui uma exuberância de normas nessa direção [de controle da administração pública]. Portanto, as dificuldades para a manutenção de graus razoáveis de probidade administrativa não residem em eventual desfalque legislativo”.

Sentimo-nos no dever de enfatizar que, por louvável que seja a criação de legislação específica concernente à (im)probidade administrativa - que, a nosso ver, é, de fato, louvável -, a bem da verdade, a ausência de tal legislação não pode ser apontada como causa dos desmandos que víamos e ainda vemos na administração pública. A defesa da probidade administrativa poderia ser feita, antes dessas leis, nos âmbitos civil, administrativo e penal, havendo naquelas searas legislação apta a defender o respeito à atuação republicana do agente público.

O legislador, contudo, ao longo das décadas desde a primeira previsão de sanções específicas por atos de improbidade administrativa, optou por oferecer como resposta a este problema concreto novos dispositivos constitucionais e novos diplomas legais, o que, sem dúvida, exemplifica o que Marcelo Neves denomina legislação simbólica¹, que ataca não a causa do descontentamento da sociedade, qual seja, a improbidade administrativa, mas busca apenas aplacar esse descontentamento. Fácil é constatar que a satisfação da prescrição

¹ Cf. LENZA (2011, p. 74/80).

sancionatória não veio acompanhada da satisfação da prevenção geral ou sequer da prevenção especial², tomando termos do direito penal.

Se pretendemos compreender o que se entende hoje como ato de improbidade administrativa, é essencial revisar a trajetória percorrida pelo direito positivado sobre o assunto. Como mencionamos, a defesa da probidade administrativa, então vista sob outro ângulo, se deu, anteriormente ao contexto da Constituição de 1988 e da Lei 8.429/1992, inicialmente nos âmbitos das legislações “gerais” - códigos penais e código civil, bem como estatutos e leis administrativas.

Desde o primeiro Código Criminal brasileiro, de 1830, passando pelo Código Penal de 1890, pela Consolidação das Leis Penais de 1932, até o atual Código Penal, de 1940, o legislador previu sanções aos atos lesivos à administração pública naquela seara do direito. No atual Código Penal, o Título XI, “Dos crimes contra a Administração Pública”, conta com extensa lista de tipos penais, do art. 312 ao 359-H.

Além da responsabilidade penal, o agente público - como qualquer pessoa - está sujeito ao dever de reparar eventuais danos que venha a causar, com dolo ou culpa, à Administração Pública, em conformidade com a legislação civil geral (art. 186 c/c art. 927, no atual Código Civil, de 2002; art. 159, no Código Civil de 1916), acrescida da previsão específica do art. 37, § 5º, da Constituição.

Já no âmbito administrativo, inúmeras foram - e são - as fontes normativas, nas quais os entes da Administração Pública podem regulamentar instrumentos de caráter disciplinar, tais como advertência, suspensão e demissão, entre outros.

Apesar de a Constituição de 1889 já trazer a previsão de crimes de responsabilidade, incluídos nestes os atos do presidente da República contra “a probidade da administração” (art. 54, 6º), a primeira menção a sanção específica pelo que hoje configura ato de improbidade administrativa vem com a Constituição de 1946³, em seu art. 141, § 31, que

² Cf. GRECO (2013, p. 471/479).

³ NEIVA menciona o Decreto-Lei 3.240/1941 como “marco importante na recente tutela processual repressiva da improbidade administrativa” (2012, p. 13), contudo, não nos deteremos sobre tal diploma legal, visto que tal norma tem vínculo direto com a seara penal, apesar de regular efeitos civis (sequestro de bens), aplicável apenas

previa que lei disporia “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”.

A previsão constitucional veio a ser cumprida 11 anos depois, com a edição da Lei Pitombo Godói-Ilha (Lei 3.164/1957), que, laconicamente, em apenas quatro artigos, reafirmou o dispositivo da Lei Maior, enunciando:

Art. 1º São sujeitos a sequestro e à sua perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquele incorrido.

A lei fixava a competência do juízo civil (art. 1º, § 1º) e determinava a autonomia do processo que visasse ao sequestro e perdimento de bens por ato de improbidade administrativa em relação a processo penal por crime contra a Administração Pública, não tendo influência sobre aquele eventual absolvição neste (art. 2º). Ademais, a Lei Pitombo Godói-Ilha trouxe inovação relevante com a obrigatoriedade de registro de bens dos agentes públicos que “exerçam cargos ou funções públicas da União e entidades autárquicas, eletivas ou não” (art. 3º, caput) - previsão que persiste, sob novos termos, no art. 13 da Lei 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA). O registro prévio era pré-requisito para a posse de servidor público (art. 3º, § 4º), devendo os dados serem atualizados a cada dois anos (art. 3º, § 3º) e a declaração falsa punível com demissão (art. 3º, § 1º).

Um ano depois, foi promulgada a Lei Bilac Pinto (Lei 3.502/1958), que, esta sim, regulava o sequestro e o perdimento de bens em casos de enriquecimento ilícito. O diploma, em seus arts. 2º e 3º, listava, “em rol meramente exemplificativo” (NEIVA, 2012, p. 15), os “casos de enriquecimento ilícito”, que, contemporaneamente, configuram espécie qualificada por enriquecimento ilícito dentro do gênero de atos de improbidade administrativa - muitos dos quais podem ser encontrados hoje, com previsões similares, no art. 9º da LIA. Trazia ainda previsões processuais, como a legitimidade privativa da pessoa jurídica lesada para ingressar em juízo pelo prazo de 90 dias após apurado o enriquecimento ilícito (art. 5º, § 1º).

Desta lei, digna de nota é também a definição de sujeito ativo - e, por consequência, de sujeito passivo - do ato de improbidade trazida em seu art. 1º e §§.

Seu conceito de servidor público foi um avanço para a época, envolvendo todas as pessoas que exerciam na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos Municípios quaisquer cargos, funções ou empregos, civis ou militares, quer fossem eletivos, quer de nomeação ou contrato, nos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário. Equiparava os dirigentes e empregados de autarquias, sociedades de economia mista, fundação pública, empresa incorporada e entidade beneficiária de contribuições parafiscais (FAZZIO JÚNIOR, 2016, p. 5).

As leis 3.164/1957 e 3.502/1958 constituíram o arcabouço normativo referente à defesa da probidade administrativa em vigor até a edição da Lei 8.429/1992, sobrevivendo aos novos contextos constitucionais do período da ditadura militar (Constituição de 1967 e “Emenda nº 1” de 1969). Quando comparamos o cenário normativo daquele período com o atual, notamos que os diplomas legais que antecederam a LIA não faziam menção a duas das três⁴ espécies que hoje compõem o gênero ato de improbidade administrativa, quais sejam, o ato de improbidade lesivo ao erário e o ato de improbidade administrativa em sentido estrito⁵, que atenta contra os princípios da administração pública.

Ainda que o enriquecimento ilícito traduza o mais grave e o mais reconhecido desvio do dever de probidade, tanto assim que constitui, na LIA, o ato com as sanções mais severas, não abarca a totalidade das condutas indesejáveis do agente público. Waldo Fazzio Júnior critica aquela limitação normativa, explicitando a enorme lacuna na proteção à probidade administrativa consistente na própria inexistência, ou, no mínimo, na grave deficiência, de uma principiologia positivada.

Persiste, ainda, nesses diplomas, a tendência em valorizar a relação estritamente angular (agente público/administração), bem como o tratamento impregnado pelo substrato econômico conferido à improbidade administrativa. O vezo dessa noção, historicamente confeccionada, de que o mais importante é o substrato econômico, marginaliza a etiologia das condutas ímprobas: o desvirtuamento funcional alimentado pelo desprezo à moralidade administrativa.

Não. Não se trata, simplesmente, de afetação técnico-jurídica. O “modo de ver” as ilicitudes administrativas, sobretudo o modo de conceber a noção de atividade administrativa, naqueles diplomas, encontra-se profundamente radicado numa tímida concepção orgânica de Administração Pública. As alternativas de repressão à

⁴ Trataremos mais adiante da nova espécie de ato de improbidade introduzida por alteração da LIA pela LC nº 157, de 29 de dezembro de 2016, que, apesar de constituir, objetivamente, tipo distinto, punível com sanção distinta (art. 12, IV, LIA), consideraremos, por ora, originalmente abrangida pela previsão do art. 10.

⁵ Classificação utilizada por FAZZIO JÚNIOR (2016, p. 139).

ilegalidade oscilam entre suas alternativas punitiva *interna corporis* e a proteção do erário (FAZZIO JÚNIOR, 2016, p. 4).

A Lei 8.429/1992 vem suprir esses valores, apresentando uma regulamentação não apenas textualmente mais extensa, com a tipificação dos atos de improbidade administrativa, sanções aplicáveis e disposições processuais, mas trazendo também dispositivos com maior densidade de princípios que informam a própria concepção de probidade administrativa. Importante notar que no momento de sua edição já estamos no contexto da atual Constituição, a Constituição Cidadã, que traz nova previsão a respeito da defesa da probidade na administração pública, em seu 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.

Já a partir da previsão constitucional vemos que houve um grande salto, ou melhor, dois grandes saltos: em primeiro lugar, agora temos uma maior abrangência, quantitativa e qualitativa, dos atos que violam a probidade administrativa, não mais apenas aqueles que resultam em enriquecimento ilícito; ademais, são previstas novas e diversas sanções direcionadas àquele que venha a cometer atos ímprobos.

A edição da LIA, contudo, não trouxe apenas soluções (normativas). Com as inovações, deparamo-nos com um inédito grau de complexidade impresso à defesa da probidade administrativa: além das novas sanções previstas na Constituição, a Lei 8.429/1992 instituiu outras ainda, aplicáveis não apenas em casos de atos que resultem em enriquecimento ilícito, mas também naqueles em que há dano ao erário e mesmo naqueles em que não haja qualquer resultado patrimonial, mas apenas violação a princípios da administração pública. Somada a isso, temos uma noção ainda mais ampla de agente público, bem como a admissibilidade de ser terceiro (não agente público) sujeito ativo de ato de improbidade administrativa (ato de improbidade administrativa impróprio), quando induza ou concorra com o agente público ou se beneficie do ato.

Essa série de alterações não se deu de forma pacífica, sendo a Lei 8.429/1992 alvo de questionamentos quanto a sua constitucionalidade em diversos aspectos, além de apresentar pontos sobre os quais, passados 25 anos, ainda há intenso debate na doutrina e na jurisprudência.

Um desses questionamentos se deu sobre a constitucionalidade formal da LIA, por ter havido suposta inobservância do devido processo legislativo preconizado pelo art. 65, da CRFB. O Partido Trabalhista Nacional (PTN) ajuizou, em 2000, a ADI 2182, pugnando pela declaração de sua inconstitucionalidade por ter o Senado Federal apresentado substitutivo ao Projeto de Lei 1.446/1991, da Câmara dos Deputados, que, posteriormente, seria devolvido à Câmara, de onde, após novas alterações seria encaminhada a Lei para promulgação. Para o PTN, o substitutivo do Senado constituiu novo projeto de lei, devendo ser considerado rejeitado o projeto original e iniciado um novo processo, com necessidade de trâmite completo.

O Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADI 2182, considerando que o Senado Federal, por meio de substitutivo, não rejeitou o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, mas realizou emenda, sendo respeitado o processo legislativo determinado pela Constituição⁶.

Em 2009, o Partido da Mobilização Nacional (PMN) ajuizou a ADI 4295, contestando a constitucionalidade de 13 artigos da LIA, argumentando que a Lei coloca em risco direitos fundamentais ao prever sanções com efeitos sobre direitos políticos e civis aplicáveis a fatos descritos em dispositivos excessivamente abrangentes, bem como objeta contra a possibilidade de ser terceiro ser considerado sujeito ativo de ato de improbidade administrativa. Até o momento, o STF não apreciou a questão.

Outros dois pontos são levantados na doutrina sobre eventual inconstitucionalidade da Lei 8.429/1992. Um, referente à ampliação do rol de sanções aplicáveis em casos de atos de improbidade administrativa. Outro, diz respeito à alegada violação da competência para legislar sobre direito administrativo, que cabe a cada ente federativo, mas teria sido usurpada pela União.

⁶ “2. Iniciado o projeto de lei na Câmara de Deputados, cabia a esta o encaminhamento à sanção do Presidente da República depois de examinada a emenda apresentada pelo Senado da República.

O substitutivo aprovado no Senado da República, atuando como Casa revisora, não caracterizou novo projeto de lei a exigir uma segunda revisão.

3. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente” (STF. ADI 2.182. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgamento: 12/05/2010. DJe: 09/09/2010)

A LIA acrescentou às punições previstas no art. 37, § 4º, da Constituição, as sanções de perda de bens (que constava na Constituição de 1946 e nas leis 3.164/1957 e 3.502/1958, mas foi omitida na CRFB/1988), multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. A contestação deste aspecto da Lei 8.429/1992 não prosperou, pois resta claro que a estipulação de novas sanções está dentro do limite de atuação do legislador ordinário, que reiterou e regulamentou aquelas previstas na Constituição e inovou com vistas a reprimir a improbidade administrativa, em sintonia com a finalidade almejada pela Carta Magna.

Nesse sentido, enuncia GARCIA: “O art. 37, § 4º, da Constituição prevê sanções que deveriam ser necessariamente disciplinadas pelo legislador, o que não importou em qualquer limitação ao seu poder discricionário na cominação de outras mais” (2011, p. 503). Também com essa orientação, há jurisprudência tanto do STJ (REsp 440.178/SP) quanto do STF (RE 598.588 AGRG/RJ).

Poderia, ainda, ser arguida a inconstitucionalidade da Lei 8.429/1992 por haver a União legislado, em nível nacional, sobre matéria administrativa, em que há competência concorrente dos entes federativos. Para esclarecer essa questão, temos de adentrar, brevemente, um ponto que aprofundaremos adiante neste trabalho, da própria natureza das previsões trazidas pela LIA.

Por ora, bastará dizer que o assunto ainda motiva debates, estando vinculado a outros aspectos polêmicos daquela Lei, como sua aplicabilidade aos agentes políticos e o foro especial por prerrogativa de função, sendo claro, contudo, que há entendimento majoritário no sentido de não se tratar de lei com caráter administrativo - pelo menos não “administrativo” no sentido clássico, de direito estatutário da Administração Pública, regulador da atividade interna e dos interesses da Administração (interesse público secundário)⁷. Grande parte da doutrina atribui à LIA caráter misto, civil e político, sendo o caráter administrativo (*interna corporis*), observável no art. 13 (declaração de bens), nitidamente secundário, aplicável apenas no âmbito da administração federal.

⁷ Adiante, ao discutirmos a noção de sanção, aprofundaremos a reflexão acerca da amplitude da noção de direito administrativo, que ultrapassa tal sentido restrito.

Conquanto as sanções da Lei de Improbidade (art. 12) não tenham natureza penal (a Constituição fez a ressalva: “sem prejuízo da ação penal cabível”), são elas de natureza política (suspensão dos direitos políticos) e de natureza civil (indisponibilidade de bens, ressarcimento de danos, perda de função pública). Em relação à primeira, a matéria é de direito eleitoral, tendo, pois, a União competência privativa (art. 22, I, CF). A indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário configuram-se como matéria de direito civil, matéria para a qual a União também tem competência privativa (art. 22, I, CF). A perda da função pública, a seu turno, não revela mera sanção administrativa (a demissão, tal como prevista nos Estatutos Funcionais), mas, ao contrário, é sanção autônoma com forte conteúdo político-penal, o que mantém a mesma competência federal prevista nos já citados mandamentos. Trata-se, pois, nesses aspectos, de lei nacional, e não de lei federal (esta quando destinada somente à União como ente federativo) (CARVALHO FILHO, 2017, p. 1148)

1.2 A Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992)

1.2.1 Sujeitos do ato de improbidade administrativa

Apesar de não nos propormos a analisar detidamente cada dispositivo da Lei 8.429/1992, entendemos ser importante nos ocuparmos, ainda que brevemente, de alguns pontos da Lei, o que faremos adiante. Isto nos permitirá compreender a finalidade a que se dedica a LIA e nos dará o contexto necessário para adentrarmos as discussões que se prolongam ao longo dos anos desde a edição da Lei.

De início, temos, no seu art. 1º, a delimitação do sujeito passivo dos atos de improbidade administrativa, ou seja, o conceito de Administração Pública para a Lei 8.429/1992.

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

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

O dispositivo introdutório da LIA traz as entidades que aquele diploma pretende proteger. À definição clássica de Administração Pública⁸, somam-se quaisquer entidades que recebam verbas públicas, diferenciando-se a repercussão da sanção patrimonial (as demais sanções são todas aplicáveis em ambos os casos) de acordo com a participação majoritária ou minoritária do Estado nas entidades privadas beneficiadas. Além dos entes federativos (e seus órgãos), autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista (e sociedades incorporadas), temos incluído nesse rol, notavelmente, os partidos políticos, os serviços sociais autônomos e os sindicatos, bem como as organizações sociais (Lei 9.637/1998) e as organizações da sociedade civil (Lei 9.790/1999).

A seguir, temos a delimitação de agente público, dentro do âmbito de aplicação da LIA. Se a definição trazida, em 1958, pela Lei Bilac Pinto foi considerada um avanço, a Lei 8.429/1992 avançou mais ainda, abrangendo qualquer pessoa que exerça função nas entidades listadas no art. 1º, independentemente da natureza do vínculo, de sua transitoriedade ou permanência, ou de remuneração.

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

São agentes públicos, para efeito de aplicação da Lei 8.429/1992, não apenas aqueles normalmente considerados servidores ou empregados públicos, mas também as pessoas que exerçam funções em entidades privadas que recebam verbas públicas (art. 1, § 1º). Estão incluídos aí também, ressalte-se, os agentes políticos, eleitos e nomeados, os quais discutiremos mais adiante neste trabalho. Vale destacar que a noção de agente público trazida pela LIA difere daquela apresentada por outros diplomas legais, como o Código Penal e a Lei 8.112/1990, sendo tal peculiaridade não apenas compreensível como desejável, com vistas a atingir a finalidade da norma.

⁸ DI PIETRO define “Administração Pública, em sentido subjetivo, como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado”, (2014, p. 58) remetendo ao rol do Decreto-lei nº 200/1967, com o acréscimo dos consórcios públicos, feito pela Lei nº 11.107/2005. No mesmo sentido aponta CARVALHO FILHO: “[o]s órgãos e agentes a que nos temos referido integram as entidades estatais, ou seja, aquelas que compõem o sistema federativo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Entretanto, existem algumas pessoas jurídicas incumbidas por elas da execução da função administrativa. Tais pessoas também se incluem no sentido de Administração Pública. São elas as autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas” (2017, p. 65).

Assim, ela abrange uma gama bastante ampla de indivíduos que exercem atividades sobre as quais o interesse público deve pairar como princípio cogente, não se restringindo às noções prévias, legais ou doutrinárias. Tal definição legislativa, contudo, não é imune a críticas, uma vez que há, na doutrina⁹, toda uma categoria que é incluída entre os agentes públicos que a LIA não englobou, qual seja, a dos exercentes de atividades delegadas a concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, como atesta FAZZIO JÚNIOR: “o conceito legal [da Lei 8.429/1992] também diverge por minimização, quando exclui os integrantes de concessionárias e permissionárias de serviços públicos não criadas, custeadas, subvencionadas ou beneficiadas pelo erário” (2016, p. 48).

Inovou também a Lei de Improbidade Administrativa ao estender a terceiros a sua aplicabilidade.

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

A Lei 8.429/1992 penaliza, assim, todo aquele que age com afronta aos princípios da administração pública. Aqui, contudo, ao contrário do que ocorre em relação ao agente público, o ato punível é exclusivamente aquele praticado com dolo, não havendo exceção. Também não é possível a ocorrência de ato de improbidade administrativa cometido exclusivamente por terceiro. Este só pode atuar indiretamente: induzindo - persuadindo, compelindo ao cometimento do ato -, concorrendo - oferecendo condições materiais - ou sendo beneficiário. Estamos diante de situação em que se admite a “comunicabilidade de circunstâncias essenciais ao tipo” (ARÊDES, 2012, p. 114), similar à que ocorre nos crimes de funcionário público contra a administração, em que fica o co-autor sujeito às mesmas sanções cominadas ao agente público.

⁹ DI PIETRO (2014, p. 595-604), por exemplo, divide o gênero agente público em quatro espécies - agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder público - incluídos nesta última os empregados e administradores das concessionárias e permissionárias de serviços públicos. Já Hely Lopes MEIRELLES (2016, p. 79-86) estabelece cinco classes de agente público - agentes políticos, administrativos, honoríficos, delegados e credenciados -, asseverando estarem os empregados e administradores de concessionárias e permissionárias na quarta classe.

1.2.2 Dever de probidade

Em seu art. 4º, a LIA reitera os princípios da administração pública firmados no caput do art. 37 da Constituição - considerado o rol anterior ao acréscimo do princípio da eficiência, feito pela EC nº 19/1998.

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

À primeira vista, tal redação não fornece avanço notável, visto que o texto legal não desenvolve a previsão constitucional. Contudo, este dispositivo, em conjunto com o art. 11, que tipifica como ato de improbidade administrativa “qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”, inaugura a base legal que consolida o dever de probidade delineado na Constituição.

Além do art. 37, § 4º, que prevê sanções ao agente público ímprobo, a Constituição de 1988 menciona a probidade administrativa também no art. 14, § 9º (como bem jurídico protegido, sendo sua violação, no âmbito eleitoral, causa de inelegibilidade), no art. 15, V (a improbidade administrativa como uma das exceções à vedação à cassação de direitos políticos) e, por fim, no art. 85, V (improbidade administrativa como crime de responsabilidade do presidente da República). Apesar de representarem considerável avanço, as previsões constitucionais voltadas à proteção da probidade administrativa dependiam, em grande medida, de aprofundamento por meio de leis que viessem a tornar aplicáveis esses dispositivos da Carta Magna.

Para FAZZIO JÚNIOR (2016, p. 73-74), o art. 4º da LIA cumpre importante papel ao trazer os princípios constitucionais da administração pública para o âmbito das regras, dando-lhes renovada força normativa. Apesar de considerarmos elogiável, por motivos de coesão interna, o fato de a lei ordinária repisar os princípios estabelecidos no art. 37, da CRFB, não nos parece adequado dar tal relevância à lei em detrimento da força normativa da própria Constituição, devendo restar claro que, apesar de não ser possível aplicar sanções ao agente público ímprobo anteriormente à edição da Lei 8.429/1992, o dever de velar pela observância dos princípios da administração pública precede aquele diploma.

Colocando de outra forma, o dever explicitado pelo art. 4º pouco avança no sentido de especificação da conduta a ser seguida pelo agente público, como se espera de uma regra¹⁰. A nosso ver, esse papel é cumprido, sim, pela LIA, mas pelo diploma de uma forma geral e, especificamente, pelos arts. 9º ao 11, que tipificam as condutas vedadas, e pelo art. 12, que comina suas sanções. Ademais, como o próprio FAZZIO JÚNIOR (2016, p. 78) ressalta, os princípios são dotados de inegável força normativa, posição que prevalece na doutrina contemporânea¹¹.

A conformação normativa do dever de probidade do agente público, iniciada pela CRFB/1988 e desenvolvida pela Lei 8.429/1992 (dentre outras, como a LC 64/1990, que regulamenta o art. 14, § 9º, da CRFB, e a Lei 8.666/1993, que regulamenta as licitações), ocorre de forma indissociável da conformação do direito à probidade administrativa que a ele se contrapõe, titularizado por todos os brasileiros.

Mateus BERTONCINI (2012, p. 41-44) destaca que tal direito não é apenas implicitamente decorrente do dever de probidade, mas foi positivado por meio dos Decretos nºs 4.410/2002 e 5.687/2006, que promulgaram a Convenção Interamericana contra a Corrupção e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, respectivamente, normas que visam ao combate à corrupção (em sentido amplo) nos âmbitos nacional e internacional.

Qual é, porém, o conteúdo do dever de probidade? A doutrina tende a identificar forte vinculação entre a probidade administrativa e o princípio da moralidade administrativa, o qual, por sua vez, possui grande fluidez, justamente por ser uma positivação - já com considerável carga de abstração, por se tratar de princípio - de uma categoria que, em geral, é considerada apartada do direito, qual seja, a moral. Assim, em primeiro lugar, qual seria o conteúdo do princípio da moralidade administrativa?

Numa classificação que se pretende estática, tradicionalmente, moral e direito são considerados duas espécies distintas de ordens normativas, diferenciando-se o direito da moral por aquele impor sanções com reflexos materiais - sobre a própria pessoa ou sobre seus

¹⁰ Sobre a distinção entre regras e princípios, Cf. Luís Roberto BARROSO (2013, p. 226-234), GARCIA (2011, p. 48-53) e FAZZIO JÚNIOR (2016, p. 76-78).

¹¹ Cf. BARROSO (2013, p. 343-355).

bens -, coercitivamente aplicadas, aos que violem as normas jurídicas, enquanto o âmbito da reprovação moral se restringe a aspectos estritamente sociais, ao menos diretamente¹².

Parece haver, assim, uma dificuldade de o direito lidar com a noção de moral, uma vez que a positivação da moral altera sua própria natureza, transformando-a em direito. Por outro lado, há fundada preocupação em permitir que o julgamento moral adquira contornos de direito, dando-lhe poder de sanção próprio deste. Tanto assim que, no caso que ora nos interessa, o princípio da moralidade administrativa foi majoritariamente interpretado, por algum tempo, como dependente de outros princípios, notadamente o da legalidade. Contudo, parece haver, contemporaneamente, tendência a considerar autônomo o princípio da moralidade.

Apesar de vir de longa data o clássico brocardo romano *non omne quod licet honestum est* (nem tudo que é lícito é honesto), coube ao francês Maurice Hauriou desenvolver a noção de moralidade no âmbito do direito administrativo¹³ como princípio de observação obrigatória pelo agente público, sendo sua violação causa de nulidade dos atos administrativos. Em sua obra, Hauriou conclui:

(...) que os poderes da administração têm um certo objetivo ou que os atos da Administração têm uma certa causa final que é o interesse público ou a boa administração, e que se o administrador, no lugar de agir dentro do interesse geral, tomou sua decisão, seja sobre influência de um interesse particular a satisfazer, seja mesmo sobre a influência de um interesse fiscal, há um desvio de poder e o ato deve ser anulado (HAURIUO apud GARCIA, 2012, p. 133)

Hoje, como na época de Hauriou, há quem entenda o abuso de poder e o desvio de finalidade como violações à legalidade¹⁴. Apesar de compreendermos a lógica que pode levar a tal conclusão, visto que a própria positivação do princípio da moralidade faz com que ele seja englobado pela legalidade (em sentido amplo), é inegável, como bem aponta DI PIETRO (2014, p. 78-79), que a Constituição prevê a autonomia entre estes princípios em seu art. 37,

¹² Nesse sentido, Hans KELSEN enuncia: “O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando - como já mostramos - se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando a conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física” (2009, p. 71).

¹³ Cf. GARCIA (2011, p. 83-88) e NEIVA (2012, p. 3-5).

¹⁴ Para MEIRELLES, “O inegável é que a moralidade administrativa integra o Direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade” (2016, p. 96).

caput. Desta forma, adotamos a terminologia proposta por GARCIA, que se utiliza do conceito de princípio da juridicidade, “sob o qual se encontram aglutinados todos os princípios regentes da atividade estatal” (2011, p. 59). Abarcados pela juridicidade estão, assim, os princípios trazidos pelo art. 37, da CRFB (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), bem como os demais princípios explícitos e implícitos da administração pública, como supremacia do interesse público, proporcionalidade, entre outros.

Enquanto o princípio da legalidade é aquele que determina que “que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 72), o princípio da moralidade se propõe a restringir os fins aos quais devem se destinar tais atividades autorizadas por lei. Ou seja, é este princípio que prescreve que a atuação do agente público se dê em conformidade com o propósito estatal de persecução do interesse público.

A respeito da relação do dever de probidade com a moralidade administrativa, temos na doutrina quem defenda diferentes graus de vinculação entre essas noções, como sumariza CARVALHO FILHO:

A doutrina, em geral, procura distinções quanto ao sentido de probidade e de moralidade, já que ambas as expressões são mencionadas na Constituição. Alguns consideram distintos os sentidos, entendendo que a probidade é um subprincípio da moralidade. Para outros, a probidade é conceito mais amplo do que o de moralidade, porque aquela não abarcaria apenas elementos morais. Outros ainda sustentam que, em última instância, as expressões se equivalem, tendo a Constituição, em seu texto, mencionado a moralidade como princípio (art. 37, caput) e a improbidade como lesão ao mesmo princípio (art. 37, § 4º). Em nosso entender, melhor é esta última posição. De um lado, é indiscutível a associação de sentido das expressões, confirmadas por praticamente todos os dicionaristas; de outro, parece-nos desnecessário buscar diferenças semânticas em cenário no qual foram elas utilizadas para o mesmo fim – a preservação do princípio da moralidade administrativa. Decorre, pois, que, diante do direito positivo, o agente ímprobo sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade (2017, p. 1322)

Em sentido similar, José Antonio Lisboa NEIVA afirma que “a probidade administrativa se encontra intimamente ligada à moralidade administrativa e que, por sua vez, ambas as figuras estão inseridas na já referida ética pública” (2012, p. 6).

José Afonso da Silva, por sua vez, aponta a probidade administrativa como englobada pela noção de moralidade administrativa, apresentando uma delimitação incompleta, por tudo

quanto já exposto até o momento, de improbidade administrativa, mencionando apenas condutas que causem dano ao erário.

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que recebeu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). (...) O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem (SILVA, 2013, p. 678)

Com uma visão mais ampla sobre a noção de probidade administrativa, à qual nos alinhamos, FAZZIO JÚNIOR leciona que:

Imoralidade e improbidade não são a mesma coisa, conquanto possam advir do mesmo tronco. A imoralidade é o oposto de um dos princípios constitucionais da Administração (o da moralidade), ao passo que a improbidade desponta, na Lei nº 8.429/92, como a antítese não de um princípio, mas do conjunto coordenado dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (2016, p. 131).

Emerson Garcia, com semelhante entendimento sobre a questão, lembra-nos que o constituinte não indicou parâmetros precisos para a delimitação do dever de probidade. Coube, assim, ao legislador ordinário tornar o mandamento constitucional o mais eficaz possível, neste caso, estabelecendo os conceitos normativos, de um lado, de dever de probidade, e, de outro, de improbidade administrativa, para além da noção etimológica, que vincula os termos probidade e moralidade.

Deve-se ter sempre presente que o semântico pode, apenas ajudar, a construir, mas não sobrepor-se ao normativo. Nessas linha, poderia a legislação constitucional considerar, como efetivamente fez, ato de improbidade a violação a todo e qualquer princípio regente da atividade estatal, cuja imperatividade não precisa ser lembrada, e não apenas à moralidade administrativa (GARCIA, 2012, p. 172).

1.2.3 Atos de improbidade administrativa

A Lei 8.429/1992 trouxe, como já destacamos, uma maior abrangência das condutas reputadas atos de improbidade administrativa, acrescentando ao gênero “ato de improbidade administrativa” as espécies dos atos de improbidade administrativa que causem lesão ao erário (art. 10) e dos atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da

administração pública (art. 11), além de reafirmar a espécie dos atos de improbidade administrativa de que resultem enriquecimento ilícito (art. 9º), espécie já conhecida no ordenamento brasileiro desde a Constituição de 1946 e das leis 3.164/1957 e 3.502/1958. Recente alteração, feita pela Lei Complementar nº 157, de 29 de dezembro de 2016, acrescentou ainda o art. 10-A, que tipifica como ato de improbidade administrativa o desrespeito ao art. 8º-A, caput e § 1º, da LC nº 116/2003 (que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS).

Abordaremos, de forma breve, cada uma dessas modalidades, de forma a poder demarcar os limites do conceito de ato de improbidade administrativa e como essa conduta se configura. Cumpre-nos mencionar que, conforme observaremos no artigo que trata das sanções (art. 12), a LIA enumera os atos de improbidade administrativa em ordem decrescente em termos de gravidade da violação ao dever de probidade - ou, pelo menos, assim o fazia até as alterações trazidas pela LC 157/2016.

1.2.3.1 Atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito

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

A Lei 8.429/1992 valora o ato de improbidade administrativa do qual resulte enriquecimento ilícito como o mais grave dentre aqueles que podem ser cometidos pelo agente público. Isso se dá pelo extremo distanciamento entre a conduta deste com relação ao seu dever de probidade, quando o agente público, em vez de atuar com vistas ao interesse público, utiliza-se de sua posição para obter vantagens pessoais. Neste artigo, a Lei trata exclusivamente de ganhos auferidos pelo próprio agente público, sendo eventuais benefícios obtidos por terceiros decorrentes de ato de improbidade administrativa enquadráveis nos arts. 10 ou 11, de acordo com a ocorrência de dano ao patrimônio público ou não, respectivamente.

FAZZIO JÚNIOR (2016, p. 147) destaca que o enriquecimento ilícito como decorrência de ato de improbidade administrativa assume contornos distintos do enriquecimento ilícito no direito civil, uma vez que não são apenas os bens dos entes públicos como pessoas jurídicas,

mas os bens públicos, e, em última análise, o direito à probidade administrativa que são agredidos com tal conduta ímproba.

Outro aspecto relevante na discussão sobre os atos de improbidade administrativa, e, notadamente, sobre os atos de improbidade administrativa dos quais resulta enriquecimento ilícito é o elemento subjetivo. Há entre os estudiosos da improbidade administrativa entendimento majoritário de que os atos de improbidade necessitam, em regra, do dolo, para sua configuração. Seria exceção o art. 10, no qual o legislador previu, expressamente, a possibilidade de um ato culposo dar azo à aplicação das sanções da LIA.

Diz-se que os ilícitos previstos nos arts. 9º e 11 não admitem a culpa em razão de dois fatores. De acordo com o primeiro, a reprovabilidade da conduta somente pode ser imputada àquele que a praticou voluntariamente, almejando resultado lesivo, enquanto que a punição do descuido ou da falta de atenção pressupõe expressa previsão legal, o que se encontra ausente na hipótese. No que concerne ao segundo, tem-se um fator lógico-sistemático de exclusão, pois tendo sido a culpa prevista unicamente no art. 10, afigura-se evidente que a mens legis é restringi-la a tais hipóteses, excluindo-a das demais (GARCIA, 2011, p. 329-330).

Dessa forma, os atos previstos no art. 9º teriam não apenas a necessidade do elemento subjetivo como requisito, mas do dolo em específico. A nosso ver, esta parece ser a interpretação adequada da Lei 8.429/1992. Mencione-se, contudo, que há corrente que defende que a LIA institui hipótese de responsabilidade objetiva do agente público, no caso do art. 9, VII (“adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”).

Para Suzana Fairbanks Schnitzlein Oliveira, não apenas é o caso de responsabilidade objetiva, como seria desnecessária a comprovação de nexos causal entre o enriquecimento sem causa e a prática de ato ilícito no exercício de atividade pública, bastando a comprovação de que o enriquecimento ocorreu durante o período de exercício de atividade pública.

Nesse raciocínio, havendo a prova de que o patrimônio do agente público aumentou em desproporção aos seus rendimentos declarados, constatando-se a denominada “evolução patrimonial a descoberto”, elementos puramente objetivos, há fundamento suficiente a um decreto condenatório com fulcro no artigo 9º, VII, da Lei de Improbidade Administrativa, estando o agente público incurso nas sanções do art. 12, I, do mesmo diploma legal (OLIVEIRA, S. F. S., 2011, p. 72)

1.2.3.2 Atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário

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:

Aqui, a Lei busca proteger o patrimônio público econômico, independentemente de haver enriquecimento ilícito do agente público. Importante ressaltar que nos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, bem como ocorre nas demais modalidades de atos de improbidade administrativa, há, necessariamente, violação aos princípios administrativos, mas, neste caso, há um elemento qualificador, qual seja, o dano ao erário. Aqui se enquadram, também, os casos em que terceiro é beneficiado indevidamente, não sendo este, contudo, um pré-requisito para a caracterização de conduta enquadrável no art. 10.

Para GARCIA (2011, p. 309-312; 2012, p. 171-188), o art. 10 da LIA não protege apenas o erário (patrimônio econômico-financeiro), mas o patrimônio público como um todo (incluídos os bens ambientais e culturais, bem como os direitos da personalidade). Desta forma, de acordo com este autor, tanto o dano aos bens públicos ambientais ou culturais, bem como o dano moral àquelas entidades listadas no art. 1º e parágrafo único, constituem ato enquadrável no art. 10.

Por mais que acreditemos ser de suma importância a defesa dos bens públicos que não se enquadram na noção estrita de erário, temos de discordar de Emerson Garcia, visto que, pela própria natureza sancionatória da LIA (como discutiremos no próximo capítulo), não deve ser feita interpretação ampliativa de seus dispositivos que fundamentam a aplicação de sanções.

Desta forma, como o autor mesmo destaca, erário e patrimônio público são noções distintas, não devendo o intérprete supor que o legislador disse menos do que pretendia, quando nos debruçamos sobre a Lei para determinar se um conduta é ou não punível¹⁵. O que não impede que um ato que fere bens não patrimoniais seja enquadrado no art. 11, nem

¹⁵ A esse respeito, CARVALHO FILHO (2017, p. 1334-1337), alinha-se ao pensamento de Emerson Garcia, defendendo a interpretação do termo “erário” como “patrimônio público”. Já FAZZIO JÚNIOR (2016, p. 208-214), restringe o limites do art. 10 ao dano patrimonial em sentido estrito, contudo, entende que o dano moral pode dar causa à sanção de ressarcimento (2016, p. 508-509).

invalida os demais pontos trazidos por GARCIA (2012, p. 181-186), sendo claro que tanto as pessoas jurídicas que compõem a Administração Pública como a coletividade podem sofrer dano moral. Tal dano, contudo, em casos não subsumíveis ao art. 11 da LIA, deve ter sua reparação exigida por outras vias que não a ação de improbidade administrativa, qual seja, a ação civil pública, como o próprio Garcia aponta.

Outro ponto de grande relevância que a leitura do art. 10 da Lei 8.429/1992 nos traz é o do elemento volitivo. Ao passo que os arts. 9º, 10-A e 11 são omissos quanto à possibilidade de atos de improbidade administrativa culposos, o art. 10 traz tal hipótese. Apesar de considerarmos recomendável a explicitação da lei quanto a fator de tal relevância, podemos concluir, como o faz a doutrina, majoritariamente¹⁶, que os demais atos de improbidade não admitem a modalidade culposa. O que surge como ponto de maior polêmica, contudo, é justamente a admissibilidade desta modalidade mesmo para os atos que causam lesão ao erário.

NEIVA rechaça a ideia de haver ato de improbidade administrativa culposos, apontando, inclusive, a inconstitucionalidade de uma previsão legal com essa orientação. Para aquele autor, a única interpretação compatível com a Constituição de uma categoria culposa dos atos de improbidade administrativa seria aquela em que o agente age com culpa grave “equiparável sua ação ou omissão à própria atuação dolosa” (2012, p. 9).

Imperativo observar que o conceito de improbidade sempre envolveu conduta dolosa, inclusive com interpretação firme nesse sentido, desde longa data no direito do trabalho, diante da alínea a do art. 482 da CLT.

A Constituição da República constitucionalizou a expressão improbidade com base em conceito preexistente em nosso ordenamento jurídico, descabendo ao legislador infraconstitucional desvirtuar ou ampliar a conceituação assimilada (NEIVA, 2012, p. 8).

Tal visão se mostra demasiadamente apegada à noção doutrinária anterior à CRFB/1988 e mesmo à noção etimológica de improbidade, parecendo-nos certo que a Constituição deixou margem para a atuação do legislador ordinário no que tange à definição de improbidade

¹⁶ Não se pode dizer, contudo, que se trate de ponto plenamente pacífico. Fábio Medina Osório (apud OLIVEIRA, A. A., 2012, p. 130), entende que alguns dos incisos do art. 11 da LIA admitem a forma culposa. Veja-se, ainda, a posição do STJ no REsp 880.662/MG, em cuja ementa se lê: “A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Precedente da Turma” (STJ. REsp 880.662/MG. Relator: Ministro Castro Meira. Julgamento: 15/02/2007. DJ: 01/03/2007).

administrativa, não havendo aí qualquer restrição à admissibilidade de sanção a condutas culposas. Assim, parece-nos equivocada a corrente que adota a máxima de que “[a] lei alcança o administrador desonesto, não o inábil”¹⁷.

Alexandre Albagli Oliveira assevera que tanto a moralidade quanto a eficiência são deveres dos agentes públicos, sendo uma das possíveis consequências de seu descumprimento a configuração de ato de improbidade administrativa. Contudo, para ele, há necessidade de culpa grave para que uma conduta seja enquadrável no art. 10:

[N]o caso da conduta culposa, parece-nos desproporcional e desarrazoado que se adote o modelo segundo o qual toda e qualquer culpa, sem nenhum tipo de mensuração, é suficiente para (des)qualificar o ato como ímprobo. Isso porque a improbidade administrativa é um *plus* conceitual que mancha determinado ato, de modo a amoldá-lo à LIA (OLIVEIRA, A. A., 2012, p. 127).

Do outro lado do espectro de interpretações sobre a questão, temos FAZZIO JÚNIOR, para quem - apesar de considerar a culpa elemento estranho ao núcleo do conceito de ato de improbidade administrativa¹⁸ - afirma que a culpa mencionada no art. 10, caput, não se restringe à sua forma grave (2016, p. 142). O jurista critica, contudo, e o faz apropriadamente, a omissão do legislador quanto ao estabelecimento de sanções distintas para atos praticados com culpa, ficando o agente que cometa uma ou outra modalidade do ato de improbidade administrativa lesivo ao erário sujeito à mesma sanção abstratamente cominada.

Entendimento que também merece menção é o de Emerson Garcia. Para este autor, a culpa leve é, em princípio, suficiente para que a conduta configure ato de improbidade administrativa lesivo ao erário, contudo, haveria necessidade de se utilizar um critério de proporcionalidade na aplicação da LIA:

Tratando-se de culpa leve, em muitas situações será possível identificar uma correlação entre a reduzida previsibilidade do evento danoso e o descumprimento dos deveres do cargo em índices por demais insignificantes, o que, em alguns casos, poderá afastar a própria incidência da tipologia legal (GARCIA, 2011, p. 330).

¹⁷ STJ. REsp 213.994/MG. Relator: Ministro Garcia Vieira. Julgamento: 17/08/1999. DJ: 27/09/1999.

¹⁸ “Os atos de improbidade administrativa catalogados no art. 10 (lesivos ao erário), excepcionalmente suscetíveis de sanção a título de culpa, não expressivos de má-fé do agente público, são condutas culposas de agentes públicos equiparadas a atos de improbidade ou atos de improbidade administrativa por assimilação” (FAZZIO JÚNIOR, 2016, p. 135).

1.2.3.3 Atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário

Art. 10-A. Constitui 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 art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

Temos no art. 10-A da LIA nova modalidade de ato de improbidade administrativa. O artigo, introduzido pela Lei Complementar nº 157/2016, estabelece espécie autônoma das demais, notadamente, do art. 10, contando com seção própria na Lei 8.429/1992, bem como previsão específica de sanções para os atos nele tipificados (art. 12, IV). Apesar de assim ser, tal inovação nos parece desnecessária, uma vez que: a) os atos hoje enquadráveis sob a previsão do art. 10-A poderiam ser, anteriormente, tipificados sob o art. 10, incisos VII, X ou XII; b) o legislador poderia ter apenas acrescentado novo inciso ao art. 10. Nesse sentido vai a crítica de Renato Saeger M. COSTA:

É bem possível se vislumbrar algumas ingerências da nova modalidade ora debatida em outras características dos atos de improbidade administrativa previstos nos artigos 9º e 11 da LIA; mas trata-se de exercer tarefa árdua o tentar encontrar alguma justificativa que realmente explique a não inclusão do ato do artigo 10-A como hipótese de ato de improbidade que causa prejuízo ao erário (2017).

Devido à sua inclusão recente, pouco tempo foi dado aos estudiosos do direito administrativo para se debruçarem sobre a questão, no entanto, nos parece seguro afirmar que também neste caso, como nos dos arts. 9º e 11, não é cabível a forma culposa, visto que o legislador não foi explícito nesse sentido. Assim entendem Karina KUFA e Amilton Augusto KUFA (2017), bem como COSTA (2017).

1.2.3.4 Atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública

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

Inovação da Lei 8.429/1992, o art. 11 prevê a configuração de ato de improbidade administrativa pela violação aos princípios da administração pública, desvinculado de

qualquer caráter patrimonial. A tipificação do ato de improbidade administrativa em sentido estrito representa importante avanço legislativo, não apenas consolidando as previsões constitucionais, mas indo além na fixação dos limites da improbidade administrativa, vencendo a restrita visão adotada por normas anteriores e fundando firme suporte normativo à defesa da atuação republicana do agente público.

Assim como nos arts. 9 e 10-A, aqui são abrangidos apenas os atos, comissivos ou omissivos, praticados com dolo. Como se extrai da leitura do artigo - e ao contrário do que prega parte da doutrina por nós mencionada -, a LIA pune as condutas que agridam qualquer princípio da administração, não apenas o da moralidade administrativa.

1.3 Caracterização do ato de improbidade administrativa

De forma a concluir o estudo sobre o ato de improbidade administrativa, cabe-nos, buscar uma definição para este que abranja o gênero como um todo, incluídas as quatro espécies que hoje o compõem. FAZZIO JÚNIOR propõe o seguinte conceito:

[T]em-se o ato de improbidade administrativa como ato ilegal, fundado na má-fé do agente público que, isoladamente ou com a participação de terceiro, viola o dever de probidade administrativa, com ou sem proveito econômico, produzindo ou não lesão ao patrimônio público econômico (2016, p. 134).

Data venia, merece reparo a consideração da má-fé como elemento constitutivo do ato de improbidade administrativa, visto que este pode ocorrer na forma culposa quando cause prejuízo ao erário (art. 10) - e, para alguns autores, pode ocorrer, ainda que apenas em limitadas hipóteses (enriquecimento ilícito, art. 9º, VII), independente de dolo ou culpa.

Temos, então, o ato de improbidade administrativa como ato de agente público, assim considerado de acordo com os termos do art. 2º da LIA, isoladamente ou com participação de terceiro, que viole, de forma dolosa, qualquer dos princípios da administração pública, admitida a forma culposa caso da conduta decorra dano ao erário. Os demais elementos mencionados, apesar de qualificarem atos específicos, não são requisitos necessários, tais como o proveito econômico e a lesão ao erário.

Emerson GARCIA (2011, p. 347-353) apresenta um caminho detalhado a ser percorrido para identificarmos a ocorrência de um ato de improbidade administrativa: 1) em primeiro lugar, deve ser constatada a incompatibilidade da conduta com os princípios da atividade estatal; 2) em seguida, avalia-se o elemento subjetivo, devendo haver dolo ou culpa, esta admissível apenas nos casos do art. 10; 3) devem ser consideradas os efeitos do ato, eventualmente levando à sua tipificação no art. 10 ou no art. 9º; 4) analisam-se os sujeitos passivo e ativo, de forma a verificar se enquadrados nas previsões dos arts. 1º e 2º; 5) por fim, constatada a ocorrência da improbidade formal, constituída pelos quatro pontos anteriores, pondera-se sobre a ocorrência do que ele denomina improbidade material.

A utilização de tal parâmetro concebido por GARCIA funcionaria como critério de proporcionalidade entre o ato do agente público e a sanção aplicável.

Tratando-se de dano ou de enriquecimento de ínfimo ou de nenhum valor monetário, ou mesmo de ato que, apesar de violador dos princípios regentes da atividade estatal, tenha atingido o interesse público em sua plenitude, sem qualquer lesão a direitos individuais, não se terá uma relação de proporcionalidade entre a conduta do agente e as consequências que advirão da aplicação da Lei n. 8.429/1992, o que deve importar no seu afastamento (2011, p. 351).

Algumas observações devem ser feitas, ainda sobre a tipificação do ato de improbidade administrativa. Uma vez que a Lei 8.429/1992 lista diversas condutas, com diversas gradações de lesividade à probidade administrativa, todos fundados, contudo, em violações aos princípios da administração pública, devemos ter em mente que a metodologia utilizada pelo legislador foi - sem considerarmos as alterações feitas pela LC 157/2016, que descaracterizou a ordem impressa ao diploma original - a de apresentar os tipos desde os mais específicos até os mais genéricos.

Desta feita, temos que um ato tipificado no art. 9º, que constitui ato de improbidade administrativa qualificado por enriquecimento ilícito, não pode ser, simultaneamente, enquadrado no art. 10 ou no art. 11, a fim de aplicação de sanções cumulativas. O mesmo ocorre com os atos tipificados no art. 10, em relação ao art. 11. Assim deve ser para que se respeite o princípio do *non bis in idem* (não repetição de sanções decorrentes de um mesmo fato).

Ressaltamos ainda que a tipificação apresentada nos incisos dos arts. 9º a 11 é meramente exemplificativa, sendo admissível o enquadramento de casos concretos na previsão genérica dos caputs dos artigos. Não estamos diante, como detalharemos adiante, de exigência de especificação no mesmo nível exigido pelo princípio da tipicidade do direito penal.

Por fim, cabe mencionar que temos no ordenamento brasileiro uma série de leis que balizam a atuação do agente público, bem como os limites de interpretação dos princípios da administração pública, notadamente a Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/1993), a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000), dentre outras.

Merece destaque, ainda, a previsão do art. 52 e incisos do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), que estabelece hipóteses de remissão explícita à aplicação da LIA. Nestes casos, uma vez que o Estatuto da Cidade não indica em qual espécie de ato de improbidade caso hipótese se insere, o operador do direito terá de analisar o caso concreto para tipificar a conduta: havendo enriquecimento ilícito do prefeito (ou de outros agentes públicos), estaremos diante de enquadramento no art. 9º; havendo dano ao erário, configura-se ato previsto no art. 10; nos demais casos, cuida-se de ato caracterizado no art. 11, já que, como repisado, a mera ilegalidade tem o condão de constituir uma conduta como ato de improbidade administrativa. Por certo, devem ser observados os critérios legais acerca do elemento subjetivo, sendo o dolo, em regra, necessário, admitido ato de improbidade administrativa culposo quando dele decorra dano ao erário.

2. ILÍCITO, SANÇÃO E RESPONSABILIDADE

Grande parte do dissenso em torno da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa diz respeito à natureza jurídica das sanções trazidas por ela. Não apenas não há acordo na doutrina e na jurisprudência acerca da questão, como as posições dos juristas divergem de forma bastante marcante. Há quem defenda se tratar de sanções civis, administrativas, políticas ou penais, com ou sem interseções entre estes ramos jurídicos.

Antes de adentrarmos o cerne da polêmica sobre a LIA, contudo, recapitularemos, brevemente, as noções em debate. Entender o conceito de sanção, suas ramificações nos diversos campos do direito, e ao seu lado o de responsabilidade, também em seus distintos âmbitos, é passo essencial para discutirmos com clareza o ponto principal deste capítulo, bem como para chegarmos a uma conclusão sólida.

Assim, devemos, em primeiro lugar, rememorar o conceito de sanção. Segundo Hans Kelsen, sanção é qualquer consequência, prevista em norma, de uma ação de acordo ou contrária à conduta prescrita em norma.

O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena [em sentido amplo] é o princípio retributivo (*Vergeltung*). O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal (KELSEN, 2009, p. 26).

O que chamamos corriqueiramente de sanção é, portanto, na concepção de Kelsen, a sanção em sentido estrito, ou seja, a consequência (negativa) de um ato ilícito. Complementar à noção de sanção é a de responsabilidade. Responsável é aquele a quem é dirigida a sanção, pessoa que pode coincidir ou não com aquela que cometeu o ato ilícito¹⁹. Posto de forma extremamente breve, temos aqui o binômio que se encontra na base do desentendimento em torno da Lei de Improbidade Administrativa.

Ocorre que a sanção, e com ela a responsabilidade, possui peculiaridades pertinentes a cada regime jurídico nos quais as normas se inserem. Dessa forma, temos diversas formas “típicas” que as sanções assumem de acordo com o ramo jurídico em que se inserem, por exemplo, a indenização no direito civil e a pena (em sentido estrito) no direito penal. Também

¹⁹ Cf. KELSEN, 2009, p. 133-135.

a responsabilidade adquire contornos específicos conforme o regime jurídico, apresentando diferentes requisitos nos campos civil, administrativo e penal. Portanto, enquadrar as sanções da LIA em um ou outro regime jurídico significa delinear os limites de sua aplicação: a quem e como é aplicável, bem como sua cumulatividade ou não com sanções previstas em outras normas para os mesmos fatos. Em suma, é questão de reflexos profundos na interpretação da Lei, não por outro motivo rendendo tantos e duradouros embates.

Quando se trata de aplicação jurisdicional das sanções, o problema consiste, efetivamente, na correta identificação de sua natureza, estabelecendo-se a competência de juízes penais ou extrapenais, o veículo do processo penal, do processo civil ou do chamado novo Direito Processual Público, com enfrentamento de questões relacionadas à garantias processuais específicas e, mais ainda, prerrogativa de foro e efeitos das sentenças condenatórias. Quando se trata de aplicação administrativa, imperioso vislumbrar a processualidade dessas relações e as condições constitucionais conferidas às funções administrativas. Não se trata, como se vê, de consequências singelas, numa ou noutra hipótese (OSÓRIO, 2011, p. 150)

2.1 Sanção e responsabilidade civil

No âmbito do direito civil, a sanção assume caráter primordialmente reparatório - em oposição ao caráter punitivo (ou aflitivo) que marca as sanções nos diversos ramos do direito público. Os civilistas, inclusive, tendem a utilizar outros termos que não “sanção” para se referir àquilo que justamente acabamos de definir como tal, a consequência de um ato ilícito, neste caso, o dano causado com culpa ou dolo.

Temos, aqui, na sanção civil, a finalidade de restabelecer uma situação prévia, ou, o que é mais comum, estabelecer uma nova situação tão próxima quanto possível da situação original, anterior ao dano. Dessa forma, a indenização, como sanção típica no âmbito do direito privado, busca, não sendo possível retornar à situação fática pretérita, compensar aquele que sofreu dano injusto.

O objetivo da responsabilidade civil, portanto, é buscar a recomposição do status quo ante, de sorte que a sanção a ser imposta é somente aquela que possibilita que a vítima seja colocada na mesma situação anterior. Ou, na impossibilidade de tal reconstituição, possibilite o oferecimento de uma compensação pelo dano sofrido (ARÊDES, 2012, p. 27).

Importante ressaltar que apesar de ser precipuamente reparatória a finalidade da indenização, há também outros objetivos a que se destina a sanção civil. Como atesta Caio Mário da Silva PEREIRA, “[n]a responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo como pedagógica, a que não é estranha à ideia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana lhe deve prestar” (2002, p. 11).

Tais finalidades outras, que não a reparatória, são mais abertamente admitidas no âmbito civil quando se trata de indenização por dano moral (ou quaisquer danos não materiais), na qual o julgador tem maior margem para definir a severidade da sanção pelo dano. Ainda aqui, essa margem encontra limite na vedação ao enriquecimento sem causa, uma vez que o valor da indenização é destinado àquele que sofreu o dano, enquanto nas sanções com caráter primordialmente punitivo - administrativas ou penais - os valores arrecadados a título de multas são destinados ao Estado. Dessa forma, a sanção civil, em regra, não guarda necessária proporcionalidade com relação à culpabilidade do autor, ficando a repressão a atos considerados de maior grau de lesividade por conta das sanções administrativas e penais - cujas aplicações não impedem, em tese, a aplicação de sanção civil pelo mesmo fato.

Característica peculiar da sanção civil é também que nela existe, diferentemente das sanções públicas, o surgimento de um dever jurídico - de reparação - que antecede a sentença judicial, conforme determina o Código Civil: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Ou seja, o responsável pelo ilícito pode, espontaneamente, suprir sua falta e evitar a condenação judicial e a aplicação coativa da sanção. Note-se, contudo, que as sanções públicas, notadamente as sanções penais, além da dimensão punitiva, implicam também o dever de reparar o dano²⁰.

A condenação por ilícito civil também não possui reflexos futuros, como ocorre no âmbito penal, onde a existência de antecedente afeta a dosimetria da pena, ou no âmbito administrativo, onde, não raro, há majoração das sanções em caso de reincidência.

²⁰ Do Código Penal:

“Art. 91 - São efeitos da condenação:

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

Mencionemos ainda as sanções civis “atípicas”, as astreintes e a prisão civil, as quais, apesar de terem caráter nitidamente punitivo - causam efeito negativo ao destinatário, descolado da estrita proporcionalidade reparatória - funcionam exclusivamente como sanções acessórias, com finalidade de coagir o destinatário a cumprir a sanção principal²¹.

Outra característica importante da sanção no âmbito civil é que a necessidade de tipificação legal do ilícito é mínima. Tanto assim que a previsão normativa da sanção civil (com responsabilidade subjetiva), é trazida pelos artigos 186 (ato ilícito) e 187 (abuso de direito) do Código Civil, dispositivos extremamente sucintos e genéricos, de forma a abarcar a gama quase ilimitada de possíveis casos concretos.

A responsabilidade civil, por sua vez, se dá quando estão presentes três elementos: 1) conduta (ação ou omissão); 2) dano; e 3) nexos causal entre os dois primeiros elementos. Apesar de a culpa ser, tradicionalmente, considerada o quarto elemento dessa equação, entendemos não ser a mesma elemento essencial²², visto que a responsabilidade civil objetiva é aceita no ordenamento brasileiro (art. 927, parágrafo único, CC). Por isso, inclusive, a conduta não necessariamente precisa configurar ilícito para que haja responsabilidade civil (objetiva). No direito civil, é possível ainda que a responsabilidade recaia sobre terceiro, como ocorre nos casos previstos nos arts. 932, 936, 937 e 938 do CC, bem como se admite a solidariedade (art. 942, *caput*, CC), ou seja, pode a obrigação de reparar recair sobre apenas um dos coautores do dano. Por fim, sequer a capacidade civil é indispensável para haver responsabilidade (art. 928, CC).

2.2 Sanção e responsabilidade penal

O direito penal se propõe - em oposição ao direito civil, que regula as relações privadas, envolvendo majoritariamente direitos disponíveis - a proteger os valores mais caros à sociedade, sendo destinado, em tese, apenas aos casos mais graves, em que os demais ramos

²¹ Alexandre CÂMARA (2013) classifica ambas como meios de coerção, categoria distinta de sanção. Parece-nos adequado, contudo, para manter a coesão conceitual apresentada, denominá-las como sanções.

²² Em sentido contrário, PEREIRA (2002, p. 27-35) - obra escrita quando vigente o CC/1916 - e TARTUCE (2014, p. 467-169). Anote-se que este último autor menciona, contudo, doutrinadores que adotam o rol de requisitos em que não consta a culpa.

jurídicos não se mostrem suficientes para resguardar os bens jurídicos essenciais à manutenção da ordem social²³.

Por essa especificidade, a sanção penal - pena, em sentido estrito - detém a exclusividade na aplicação da privação da liberdade (art. 1º, Decreto-Lei 3.914/1941). Na prática, contudo, a pena pode se dar desde a forma pecuniária - multa -, passando por restrições de direitos, até as penas de detenção e reclusão.

Vale notar que apesar de a doutrina distinguir diversos tipos de sanções, não se distinguem, contemporaneamente, os ilícitos - civis, administrativos ou penais - por si próprios. Entende-se, assim, que diferentes condutas são vinculadas a consequências jurídicas em um (ou mais de um) desses ramos jurídicos de acordo com a valoração estabelecida pelo legislador, de acordo com o contexto histórico-social.

[S]ob o prisma ôntico, não há distinção entre as sanções cominadas nos diferentes ramos do direito, quer tenham natureza penal, civil política ou administrativa, pois, em essência, todas visam a recompor, coibir ou prevenir um padrão de conduta violado, cuja observância apresenta-se necessária à manutenção do elo de encadeamento das relações sociais.

Sob o aspecto axiológico, por sua vez, as sanções apresentam diferentes dosimetria conforme a natureza da norma violada e a importância do interesse tutelado, distinguindo-se, igualmente, consoante a forma, os critérios, as garantias e os responsáveis pela aplicação. Em suma, as sanções variarão em conformidade com os valores que se se buscou preservar (GARCIA, 2011, p. 504).

No direito penal, diferentemente do direito civil, a sanção não visa à reparação de um dano - que, inclusive, não precisa ocorrer para haver infração penal. A finalidade da pena é a conformação da conduta dos destinatários da norma ao comportamento socialmente desejado pela cominação de pena à conduta tipificada (indesejada). Nessa linha é o argumento adotado pela “teoria relativa” da pena, que defende que a sanção penal tem o fim de prevenir o cometimento de crimes, ramificando-se essa prevenção em quatro tipos: 1) geral negativa, decorrente da intimidação social causada pela aplicação da pena a um autor de crime; 2) geral positiva, proveniente da disseminação dos valores protegidos pelas normas penais; 3) especial negativa, consequente da segregação social do criminoso, que, assim, estaria impedido de

²³ Trata-se, essencialmente, do princípio da fragmentariedade. Nesse sentido, cf. GRECO, 2013, p. 59-60.

cometer novos crimes; e 4) especial positiva, resultante de a pessoa condenada ver-se demovida de cometer novos crimes²⁴.

Também por sujeitar o indivíduo a sanções com tal severidade, o direito penal estabelece requisitos bem mais estritos tanto para a cominação da pena quanto para a aplicação da pena, quando o comparamos ao direito civil. Assim é que aquele ramo jurídico se submete ao princípio da legalidade (penal), positivado no art. 5º, XXXIX, da CRFB, no qual se lê: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Apesar de encontrarmos o princípio da legalidade em todos os campos do direito, com significados distintos em cada um deles, quando falamos de legalidade penal, trata-se da exigência de previsão taxativa das condutas que constituem crime (ou contravenção).

O princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais:

1ª) Proibir a retroatividade da lei penal (...)

2ª) Proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (...)

3ª) Proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (...)

4ª) Proibir incriminações vagas e indeterminadas (GRECO, 2013, p. 96).

Mesmo no direito penal, todavia, admite-se certa variação no nível de especificidade da norma incriminadora, como é o caso das normas penais em branco - veja-se, por exemplo, a Lei 11.343/2006.

Além da legalidade, uma série de princípios regem o direito penal (material e processual), de forma a resguardar, de um lado, esses valores mais caros à sociedade, e, de outro, as garantias essenciais do indivíduo frente ao arbítrio do Estado, que pode, pela sanções penais, vir a privá-lo de seus mais essenciais direitos.

Por sua vez, quando se trata de responsabilidade penal, os requisitos essenciais para sua caracterização não se tratam daqueles mesmos da responsabilidade civil. Para que uma pessoa venha a responder por uma infração penal, é necessário haver, conforme Fernando CAPEZ (2012, p. 47-52): 1) conduta (ação ou omissão) dolosa ou culposa; 2) resultado (naturalístico ou formal); 3) nexos causal entre os dois primeiros elementos; 4) tipicidade (os quatro primeiros elementos compõem a categoria de fato típico); 5) fato ilícito; 6) culpabilidade.

²⁴ Cf. GRECO, 2013, p. 475-476.

Aqui, o fato típico toma o lugar do dano, pois, em primeiro lugar, infração penal não pressupõe necessariamente dano - vejam-se os crimes de perigo -, e é necessária a previsão taxativa da conduta. Diferentemente da responsabilidade civil, a responsabilidade penal não pode dispensar o elemento subjetivo (dolo ou culpa) e apenas nos casos de crimes ambientais (art. 225, § 3º, CRFB, e Lei 9.605/1998) é possível a responsabilização de pessoa jurídica²⁵. Por fim, a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado (art. 5º, XLV, CRFB), diversamente do que ocorre com a sanção reparatória.

Como observação final, se de um lado o direito penal é regido por princípios e regras tradicionalmente mais rígidos que o direito civil, as inovações trazidas pela Lei 9.099/1995, flexibilizam o processo penal nos casos de infrações de menor potencial ofensivo, aproximando-o do processo civil, relativizando a obrigatoriedade da ação penal e trazendo elementos de consensualidade para o processo penal, anteriormente centrado tão somente na lógica condenatória. Não nos aprofundaremos na questão, mas, se, de um lado, a Lei 9.099/1995 avança no sentido da descarcerização, de outro, relativiza garantias processuais dos acusados, como a basilar presunção de inocência.

2.3 Sanção e responsabilidade administrativa: unidade ou divisão do *ius puniendi* estatal?

Adentramos, neste tópico, questão essencial neste trabalho, que perpassa toda a discussão acerca da natureza jurídica das sanções da Lei de Improbidade Administrativa. Há, de fato, distinção entre as naturezas jurídicas dos ilícitos, e com eles, das sanções, administrativas e penais? Sabemos que, na prática, cada qual segue um regime jurídico próprio, podendo ser encontrados no nosso ordenamento jurídico ainda outros mais, como o tributário e o eleitoral, estabelecidos e regulados por normas específicas. A determinação legal, contudo, como bem sabemos, não encerra a discussão no direito, assim, doutrina e jurisprudência vêm refletindo detidamente sobre o tema.

²⁵ Mesmo neste caso, há entendimento, ainda que não pacificado, de ser o caso de dupla imputação, ou seja, de litisconsórcio passivo necessário da pessoa jurídica com as pessoas naturais autoras da conduta. Nesse sentido, cf. RAMALHO, bem como decisão do STJ no Resp. 865.864/PR.

Como aponta Ana Carolina Carlos de OLIVEIRA (2013, p. 101-104), desde o século XIX, com o surgimento da distinção entre ilícitos penal e administrativo, este último surgindo a partir do primeiro, em diversos momentos históricos houve ampliação da abrangência de um ramo jurídico e conseqüente redução da abrangência do outro, de acordo com os movimentos político-sociais vividos em cada país.

Esse breve histórico permite-nos observar um movimento pendular entre a criminalização de condutas pelo Direito Penal e pelo Direito Administrativo sancionador, dependendo das opções políticas de determinada época, da conformação do Estado, mais ou menos intervencionista e também, de motivos menos “nobres” para o Direito Penal, como sua instrumentalização, em tempos de crise, para garantir o cumprimento de normas protetoras da ordem econômica (OLIVEIRA, A. C. C., 2013, p. 103)

Essa intercambialidade existente entre as sanções penais e administrativas se dá pelo fato de elas compartilharem um cerne de finalidades e mesmo de princípios norteadores, apesar das diferenças que costumam ser destacadas de forma a justificar sua independência. Diferente das sanções civis, que têm como fundamento a reparação de um dano, as “sanções públicas” (que englobam os âmbitos penal e administrativo) buscam a conformação de comportamentos às expectativas sociais. Tais normas, para Sirlene Arêdes, diferentemente da responsabilidade pelo dano do direito civil, trabalham com a “responsabilidade pela conduta”.

A par das sanções civis, outras existem impostas pelo direito com finalidade diversa. Não visam a que a situação anterior seja restaurada, até porque, muitas vezes, tal não será possível faticamente, mas objetivam a alterar a conduta de um membro do corpo social que atuou em desconformidade com uma norma considerada essencial à convivência de determinada comunidade.

Como essas sanções têm a finalidade de alterar o comportamento do agente, não se preocupando com o retorno ao status quo ante, submetem-se a pressupostos inteiramente diversos (ARÊDES, 2012, p. 36).

A doutrina discutiu - e, em menor proporção, ainda discute - se e em que se diferenciam os ilícitos e as sanções penais e administrativas. Fábio Medina OSÓRIO (2011, p. 113-116) relata que diversos doutrinadores buscaram estabelecer distinções entre os dois âmbitos, utilizando desde critérios funcionais - separação entre funções judicial e administrativa, respectivamente -, passando pelos finalísticos - proteção de valores da administração pública, de um lado, e dos valores da sociedade como um todo, de outro - até pela presença ou ausência de valores morais ou culturais em um e outro.

Para aquele autor, essas teorias não se sustentaram, dando espaço à consolidação do entendimento de que há identidade substantiva entre ilícitos penais e administrativos²⁶ - entendimento que não deixa de merecer críticas, as quais ele também aborda, como mencionaremos -, restando eventuais diferenças quanto às sanções em uma e outra área atribuíveis tão somente à soberania legislativa²⁷.

(...) [P]ercebe-se uma enorme dificuldade em diferenciar ilícitos penais e administrativos pelo critério do conteúdo ou qualidade das penas, salvo em raras limitações constitucionais, precisamente no que diz respeito às penas privativas de liberdade, cujos regimes jurídicos ostentam clara vinculação à sua natureza penal. Diante da ausência de elementos diferenciadores no plano moral, ético ou qualitativo, percebe-se que a comparação dos elementos entre as infrações penais e administrativas conduziria a uma substancial identidade entre os ilícitos penais e administrativos. Prova dessa inegável realidade seria o fato de que o legislador ostenta amplos poderes discricionários na administrativização de ilícitos penais ou na penalização de ilícitos administrativos. Pode um ilícito hoje ser penal e no dia seguinte amanhecer administrativo ou vice-versa (OSÓRIO, 2011, p. 116).

No mesmo sentido conclui Ana Carolina Carlos OLIVEIRA, que colaciona as posições de renomados juristas nacionais e estrangeiros e afirma ser majoritária, tanto no Brasil quanto fora dele, a corrente que defende a unidade do *ius puniendi* estatal. Não custa destacar, como o faz a autora, que essa linha de pensamento bebe de fontes clássicas - o que não surpreende, se lembrarmos que o direito administrativo se destacou do direito penal, como, aliás, ocorreu também com o direito civil em suas raízes romanas²⁸.

Para Osório, mesmo o critério quantitativo - maior ou menor severidade - também não é satisfatório para estabelecer uma distinção entre as naturezas das sanções penais e administrativas. Tanto assim que uma sanção administrativa pode ser tão ou mais severa que uma sanção penal.

É possível afirmar que um determinado bem jurídico pode necessitar de proteção interna mais severa e rigorosa do que a proteção externa (da ordem pública), de tal sorte que a sanção administrativa não há de guardar rigorosa proporcionalidade com a sanção penal, ainda que aparentemente seja um mesmo bem jurídico objeto da dupla proteção normativa (OSÓRIO, 2011, p. 143).

²⁶ Assim concluem, não só a respeito dos ilícitos penais e administrativos, mas dos ilícitos em geral, Emerson GARCIA (2011, p. 504) e Rogério GRECO (2013, p. 141).

²⁷ Também nesse sentido, Ana Carolina Carlos OLIVEIRA: “[O] elemento identificador de cada uma das sanções independeria de qualquer conceito de reprovação ética, ou do status do bem jurídico protegido por ambas as áreas. Por se tratar de figuras normativas, infrações administrativa e penal estariam à livre disposição do legislador. A gravidade da sanção penal, então, é interpretada como critério diferenciador principal para a sanção administrativa” (2013, p. 120).

²⁸ Cf. PEREIRA, 2002, p. 1-4.

Importante ressaltar, também, que há outras atividades exercidas pela Administração Pública que, apesar de parecerem sancionatórias à primeira vista, incluem-se, geralmente, em outro poder tradicionalmente atribuído à Administração, o de polícia. Na realidade, Osório explica que a categoria de direito administrativo sancionador busca exatamente estabelecer uma distinção nítida entre sanções administrativas e medidas de polícia, ou, mais precisamente, distinguir o poder punitivo da administração do poder de polícia, o qual, para a doutrina, até não muito tempo atrás, englobava aquele.

Para Osório,

[O] poder administrativo de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade e do próprio Estado. (...) As medidas de polícia, ademais, diferentemente do que ocorre com as sanções, podem ter um caráter preventivo, perseguindo bem comum, a consecução da boa ordem no uso dos bens e serviços públicos, visando o exato cumprimento da lei e das disposições normativas pertinentes (OSÓRIO, 2011, p.101-102).

Para complicar um pouco a questão, já não muito simples, Alejandro Garcia Nieto considera característica essencial da sanção administrativa a sua individualização. Ou seja, algumas medidas administrativas que se enquadram no conceito de sanção que apresentamos anteriormente não são, para Nieto, “sanções administrativas”, enquadrando-se na categoria de medidas de polícia.

Uma multa de trânsito, nesse sentido, apesar de seu potencial efeito aflitivo, não integraria o Direito Administrativo sancionador por se tratar de uma penalidade imposta automaticamente pelo funcionário público, de forma massificada, independentemente das características específicas do autor e da infração (OLIVEIRA, A. C. C., 2013, p. 108).

Estabelecer tal limite entre o que é sanção administrativa e outros tipos de atividades administrativas é de suma importância, pois toda a elaboração doutrinária abordada neste tópico se propõe a estabelecer um campo único do direito público punitivo, que fundamente tanto o direito penal quanto o direito administrativo (sancionador). Quanto a nós, neste trabalho, utilizaremos como base as concepções formuladas a respeito desse ramo jurídico apresentadas por Fábio Medina Osório.

A noção de um direito administrativo que abarque o poder sancionador do Estado, como podemos notar, ultrapassa a percepção desse campo como adstrito a um aspecto de direito estatutário da Administração Pública. Tem-se, nessa visão, o direito administrativo como regulador de interesses sociais, não limitado, ao tradicional poder de polícia, de um lado, nem coincidente com o direito penal, de outro.

Quando a ideia de polícia evoluiu e converteu-se em uma das formas de atuação administrativa, foi preciso buscar um novo conceito, chegando-se ao Direito Penal administrativo anunciado por Goldschmidt. Ocorreu então uma separação entre crimes e infrações administrativas.

Do assim chamado Direito Penal administrativo, saltou-se ao Direito Administrativo Sancionador. (...)

Hoje, o Direito Administrativo Sancionador é uma subdivisão do Direito Administrativo, ainda que influenciado pelo Direito Penal. Deve-se ter em mente que essa abertura ao Direito Penal é provisória e continua tendo um caráter de “importação”. Ela se justifica apenas como forma de garantia mínima às garantias individuais (VERZOLA, 2011, p. 30).

Essa concepção unitária, contudo, se de um lado resolve contradições teóricas, traz consigo problemas práticos que precisam ser enfrentados. O principal problema é a existência, na prática, de regimes jurídicos distintos já estabelecidos (positivados) para a aplicação das sanções penais e para a aplicação das sanções administrativas - e, inclusive, em relação a estas, há ainda distintos regimes, por exemplo, o tributário, o disciplinar, entre outros.

Para Osório, a multiplicidade de regimes jurídicos dentro deste proposto direito punitivo único não configura contradição, como, segundo ele, não configura contradição a existência de diferentes infrações penais - crime e contravenção - com “requisitos diversificados” e sanções distintas.

De um lado, se a simétrica unidade do poder punitivo estatal enseja necessária incidência de alguns princípios de direito público sobre esses dois instrumentos normativos, de outra banda resulta claro que esses princípios possuem contornos próprios, distinções, regimes jurídicos diferentes, ainda que as diferenças não possam ultrapassar certas barreiras, esbarrando, pois numa unidade nuclear inscrita na Constituição da República.

A unidade (parcial) impõe traços em comum e umas mínimas garantias, mas as diferenças impõem tratamentos desiguais justificados, desenvolvimento de princípios próprios do Direito Administrativo sancionador, que é, antes de tudo, direito administrativo por excelência, até porque já não se discute que ilícitos penais e administrativos se encontram debaixo de regimes jurídicos, em sua maior parte, distintos, conquanto balizados por princípios estruturalmente muito próximos e radicalmente comuns em suas origens constitucionais (OSÓRIO, 2011, p. 147)

Assim, a aplicação das sanções administrativas deve, para este autor, ser precedida por um conjunto de princípios que se aproxima daquele conjunto que rege o direito penal, porém, não é com ele coincidente. Ou seja, haveria um núcleo principiológico essencial ao direito punitivo, o qual se ramificaria, com suas respectivas peculiaridades, no direito penal e no direito administrativo sancionador.

Tais princípios nucleares estariam insculpidos, principalmente, na Constituição²⁹ e seriam: “legalidade, culpabilidade, tipicidade, especialidade, subsidiariedade, alternatividade, consunção, proporcionalidade, isonomia, razoabilidade, contraditório, ampla defesa, individualização da pena e presunção de inocência, além do devido processo legal” (OSÓRIO, 2016, p. 95). Osório destaca ainda outro princípio relevante, que modularia a própria aplicabilidade dos demais princípios, qual seja, dos “tipos sancionadores de categorias distintas”. Tal distinção seria decorrente da relação entre a Administração e o sancionado, sendo o caso, de um lado, de uma relação de sujeição especial (agentes públicos) ou, de outro, de uma sanção destinada aos administrados em geral.

No exame dos princípios que presidem o Direito Administrativo Sancionador, necessário perceber que nem sempre o mesmo princípio possuirá idêntico alcance. Não basta invocar, genericamente, a ideia de “sanção administrativa” para justificar uma aplicação automática e uniforme de um dado o princípio do Direito Administrativo Sancionador, v.g., legalidade ou culpabilidade. Ocorre que esses princípios, apesar de possuírem um referencial mínimo, um núcleo básico, podem sofrer importantes mudanças conforme se trate de uma ou outra categoria de atos sancionados ou de relações subordinadas ao império da lei (OSÓRIO, 2011, p. 165)

Por fim, e retomando o questionamento inicial deste tópico - com uma abordagem distinta -, podemos concluir que há, sim, distinção entre sanções administrativas e sanções penais. Não sendo essa distinção de caráter ontológico, ou substancial, advinda de uma diferenciação entre ilícitos penais e os administrativos, ou sequer entre as finalidades das sanções em um e outro campo, essa separação é fruto tão somente da decisão legislativa, que definirá qual regime jurídico será aplicável a determinado ilícito.

Essa determinação, ressalte-se, independe da aplicação da sanção por autoridade administrativa, ou seja, a aplicação de sanção administrativa por autoridade judiciária é

²⁹ Nesse sentido, OSÓRIO afirma que “Falar em unidade, do ponto de vista da superioridade do Direito Público Punitivo, equivale a falar em constitucionalização, eis que uma das mais importantes e vitais funcionalidades das Cartas Constitucionais é, precisamente, a de ofertar um centro ao redor do qual o ordenamento jurídico poderia gravitar, ou uma pirâmide na qual haveria hierarquização de normas, submetidas a controles verticais” (2011, p. 122).

plenamente aceitável, contanto que as normas aplicáveis integrem o “campo formal e material” do direito administrativo³⁰.

2.4 Independência de instâncias e cumulatividade de sanções

Aqui nos deparamos com outro tópico essencial ao debate a que nos propomos: a admissibilidade e os efeitos da cumulatividade de sanções cominadas para um mesmo fato. Como já mencionamos, diferentes visões apontam para diferentes naturezas das sanções cominadas pela Lei 8.429/1992. O enquadramento das sanções trazidas pela LIA em um (ou mais de um) regime jurídico tem implicações na aplicabilidade de outras normas sancionatórias referentes a um mesmo fato jurídico - por exemplo, a cumulatividade de sanções da LIA com sanções disciplinares e penais e mesmo com outras normas pertinentes à reparação civil.

O *non bis in idem*, apesar de não se constituir em princípio expresso no ordenamento jurídico nacional, é amplamente admitido como vigente, em decorrência de outro princípio implícito considerado basilar do Estado Democrático de Direito, o da proporcionalidade. Aquele princípio estabelece “que ninguém pode ser condenado ou processado duas ou mais vezes por um mesmo fato” (OSÓRIO, 2011, p. 283), subdividindo-se na garantia de três institutos: coisa julgada, litispendência e não subsunção de um mesmo fato a mais de uma norma sancionadora³¹.

Enquanto o primeiro instituto encontra guarida constitucional (art. 5º, XXXVI), a litispendência é prevista como causa de extinção do processo nos Códigos Processuais Civil e Penal. O terceiro elemento do *non bis in idem*, contudo, não encontra, na prática, aplicação no nosso ordenamento jurídico. Tanto doutrina como jurisprudência nacionais trabalham com a noção de independência de instâncias, considerando que um único fato (natural) pode vir a

³⁰ Ana Carolina Carlos OLIVEIRA relata que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos se manifestou, em mais de uma ocasião, a respeito de questionamentos sobre descumprimento do devido processo legal em casos de infrações administrativas e “elencou três critérios que os Estados devem seguir para identificar uma norma de caráter penal: a) a qualificação dada pelo ordenamento jurídico; b) a natureza material da infração; e c) a natureza e a gravidade da sanção” (2013, p. 144).

³¹ Cf. IMMICH, Dine Micheli de Freitas Pedroso; MEDEIROS, Vladimir Haag.

configurar uma multiplicidade de fatos jurídicos, com suas respectivas múltiplas consequências.

Fábio Medina Osório detecta nesta abordagem, tanto dos legisladores quanto dos juristas, certo pragmatismo, politicamente justificado pela necessidade de combate à impunidade, decorrente da ineficiência - com ou sem má-fé - na aplicação das sanções, tanto judiciais quanto administrativas (Administração subjetivamente considerada). Haveria, no caso da improbidade administrativa, especial justificação para o combate à impunidade, por se tratar de reprimir a conduta ilícita do agente público.

Argumenta-se que não é em razão de haver tramitação simultânea de processos ou procedimentos sancionadores em relação a fatos unitários, porém valorados desde perspectivas distintas, que uma condenação por improbidade ou ilícito administrativo será ineficaz ou obstaculizada a priori, visto que há outras sanções passíveis de imposição. Ademais, nem sempre as condenações criminais produzem os desejados efeitos administrativos, diante da inércia dos juízes ou de distorções axiológicas, v.g., a reduzida pena prevista a determinados delitos, como ocorre com a prevaricação, ou a omissão em fixar determinados efeitos. E não é raro que as esferas administrativas, viciadas pela contaminação de interesses obscuros, atuem de modo lacunoso, ineficiente ou marcado pela má-fé, de modo a gerar impunidade, restando apenas a esperança nas instâncias judiciais. Mesmo assim, persiste válido e autônomo o caminho de combate à improbidade ou ao ilícito administrativo pelas vias extrapenal e administrativa, do ponto de vista funcional. Não há dúvidas de que a multiplicação de instâncias reduz os direitos de defesa e as imunidades dos acusados em geral, podendo repercutir na diminuição dos índices de impunidade, em tese.

De modo que, com essas considerações, é possível perceber corretamente o panorama da eventual duplicidade ou multiplicidade de demandas por um mesmo fato ilícito, como é tradição no Direito Punitivo brasileiro. Há, em tese e a priori, uma ideia de independência das diversas esferas estatais punitivas, conforme antiga jurisprudência do STF, o que não significa, ou não deveria significar, supressão de garantias fundamentais. Assim sendo, o sistema jurídico valoriza o princípio da responsabilidade dos agentes públicos, que são aqueles que mais profundamente sofrem os efeitos da perspectiva de enfrentamento de várias demandas simultâneas, tanto que inscreve no art. 37, § 4º, da Carta Política, um tratamento normativo especialmente rigoroso à improbidade administrativa, sujeitando-a à multiplicidade de instâncias (OSÓRIO, 2011, p. 289).

Como mencionamos, *en passant*, no capítulo anterior, tal abordagem do problema da impunidade, tende a não resolver a questão. A cumulatividade ou o progressivo aumento da severidade das sanções, por assim dizer, apenas “jogam para a plateia”, buscando saciar, temporariamente, o clamor da opinião pública por punições exemplares aos corruptos - em sentido amplo.

Desta forma, Osório aponta como caminho, em lugar da cumulação de punições, ou, melhor dizendo, da cumulação de sanções cominadas, o fortalecimento das instituições, especialmente do controle interno. Com outras palavras, em vez de criarmos novas e mais duras sanções, devemos ocuparmo-nos com fazer valer as normas já vigentes, preferencialmente, no sentido de vê-las cumpridas, ou, quando violadas, de ver suas sanções aplicadas.

A principal alegação é a de que o *non bis in idem* poderá conduzir à impunidade de pessoas importantes, influentes, “blindadas”, que se beneficiarão de seus efeitos. Porém, como exposto, essa consequência não deflui de um princípio do *non bis in idem* desenvolvido e potencializado em sua plenitude, mas da má gestão pública que afeta numerosas Instituições de controle e, sobretudo, as controladas, onde os ambientes propícios à corrupção florescem com preocupante desenvoltura. Pensar num plano ideal de funcionamento das Instituições, a partir de reformas políticas possíveis, talvez seja uma alternativa mais idônea e factível do que suportar essas estruturas arcaicas (em muitos aspectos relevantes) do Poder Executivo e, em medidas distintas, de outras Instituições e legitimá-las através de discursos normativos inflamados, cheios de aparente idealismo contra nichos históricos de impunidade. Há que se ter cautela para que o idealismo não se transforme em ingenuidade ou que o discurso jurídico não seja instrumentalizado por interesses obscuros. (OSÓRIO, 2011, p. 293)

Dentro do âmbito interpretativo, Osório delimita os parâmetros em que se adequa eventual cumulação de sanções por um mesmo fato natural sem ofensa ao *bis in idem*, a partir de uma concepção do direito administrativo sancionador. Assim, para ele, sanções decorrentes do poder punitivo estatal - penais e administrativas - não deveriam ser aplicadas de forma cumulativa. Entretanto, não implicaria *bis in idem* a aplicação de sanção disciplinar cumulada com sanção punitiva, visto que o fundamento daquela seria o poder hierárquico, decorrente de relação de sujeição especial, enquanto esta teria como fundamento o *ius puniendi* geral do Estado³².

Sua proposta é de, no lugar de uma independência, implementar a interdependência dos âmbitos do poder punitivo estatal.

A ideia é limitar e, ao mesmo tempo, legitimar um Estado que atue debaixo de critérios coerentes, unitários, transparentes, articulados e comprometidos com resultados concretos, não com o desencadeamento descontrolado e irracional de procedimentos sancionadores, à custa de um pragmatismo de desprovido de legitimidade (OSÓRIO, 2011, p. 311).

³² Cf. OSÓRIO, 2011, p. 302-303.

3. A NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Neste tópico abordaremos o cerne da discussão a que se propõe este trabalho, qual seja, onde se enquadram as sanções por ato de improbidade administrativa dentro dos diversos ramos jurídicos e quais consequências decorrem dessa classificação. Colacionaremos as diversas posições da doutrina, bem como as decisões jurisprudenciais emblemáticas a respeito do tema, de forma a, ao fim, podermos alcançar uma conclusão coerente com as conceituações até agora apresentadas.

Examinemos, então, as sanções cominadas pela Lei 8.429/1992 para os atos de improbidade administrativa.

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

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

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

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

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Em primeiro lugar, devemos destacar cada uma das diversas sanções previstas na LIA. São elas: 1) perda de bens adquiridos ilicitamente; 2) ressarcimento do dano; 3) perda de

função pública; 4) suspensão de direitos políticos; 5) multa; e 6) proibição de contratar ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Quanto às duas primeiras - que, na realidade, podemos resumir ao ressarcimento do dano, uma vez que a perda de bens se destina justamente a ressarcir o dano -, não há grande desencontro de entendimentos doutrinários ou jurisprudenciais. Tratam-se de sanções típicas do direito civil, nos moldes da responsabilidade civil, com vistas à reparação. A perda de bens, inclusive, por força do art. 5º, XLV, da Constituição, segue a mesma regra da reparação do dano quanto a sua extensibilidade aos sucessores. Já quanto às demais sanções, encontramos consideráveis divergências tanto entre os estudiosos quanto entre os operadores do direito.

Há quem defenda, em diferentes termos e com inúmeras peculiaridades, o enquadramento das sanções em um (ou mais de um) dos três grandes ramos jurídicos: civil, administrativo e penal. Ressalte-se que a própria Lei 8.429/1992 não facilita o trabalho do intérprete, visto que, no *caput* do art. 12, a Lei afirma que as sanções em comento independem de “sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica”. Ou seja, se considerarmos que é aplicável o *non bis in idem*, as sanções da LIA não deveriam, em tese, ser de nenhuma destas naturezas.

Vale também lembrar que essa polêmica em torno das sanções por atos de improbidade administrativa se arrastam não só pelos últimos 25 anos, mas, sim, há muitas décadas, já que desde a legislação anterior sobre o tema não havia definição clara a esse respeito, como relata Fernando CAPEZ:

Francisco Bilac Moreira Pinto conclui que as sanções [da Lei 3.502/1958] não teriam natureza civil, porque não haveria a finalidade específica de reparar o dano; nem administrativa, porque a sua característica é ser basicamente uma repressão disciplinar interna, sempre feita dentro da organização administrativa e não pelo Poder Judiciário; nem penal, pois não estaria condicionada à prática de qualquer crime (2015, p. 196).

Não dando ouvidos ao jurista - e filho do deputado autor do projeto de lei que deu origem à Lei 3.502/1958 - Francisco Bilac Moreira Pinto, a doutrina e a jurisprudência contemporâneas insistem em procurar uma classificação adequada às sanções da LIA, dentro

de um desses três ramos. Como já apontamos anteriormente, não se trata de discussão fútil, pois tal enquadramento tem importantes consequências na aplicação prática da Lei.

Parte da doutrina adota a posição de que as sanções da LIA têm natureza civil, como é o caso de Emerson GARCIA:

No âmbito específico da improbidade administrativa, tal qual disciplinada na Lei nº 8.429/1992, as sanções serão aplicadas por um órgão jurisdicional, com abstração de qualquer concepção de natureza hierárquica, o que afasta a possibilidade de sua caracterização como sanção disciplinar (*rectius*: administrativa).

De acordo com o art. 12, a perda de bens ou valores de origem ilícita, o ressarcimento do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a multa civil e a proibição de contratar ou receber incentivos do Poder Público, são passíveis de aplicação por um órgão jurisdicional, restando analisar se possuem natureza penal ou cível (*rectius*: extrapenal). À luz do direito posto, inclinamo-nos por esta (2011, p. 505).

Aqui, devemos abrir parênteses para anotar que, neste trecho da obra de Emerson Garcia - como em muitos outros de diversos autores que mencionaremos -, deparamo-nos com um ponto de grande importância para entender o momento em que se dividem as interpretações sobre a LIA. Enquanto o campo penal guarda uma definição (relativamente) clara, os campos civil e administrativo, de acordo com a abordagem de um ou outro jurista, adquirem fronteiras mais ou menos amplas. Isso porque, em muitos momentos, “civil” ou “administrativo” são termos utilizados para designar âmbitos residuais, ou seja, acolheriam tudo quanto não contido nos demais, sendo utilizados como equivalentes de “extrapenal”.

Assim é que, para muitos autores, tudo quanto não for legislação referente a infração penal ou disciplinar - que constitui, para Garcia, bem como para parte da doutrina, o único campo de sanção administrativa -, será civil. De outro lado, para outra corrente - que inclui, notadamente, Fábio Medina Osório -, temos dois campos claramente distinguíveis, o civil, que trabalha apenas com a sanção reparatória, e o penal, que trabalha apenas com as sanções por fatos positivamente tipificados como infrações penais, restando às demais sanções (de natureza punitiva) a natureza administrativa.

Como discutimos no capítulo anterior, Osório defende a consolidação de um ramo jurídico denominado direito administrativo sancionador, no qual as sanções por ato de improbidade administrativa seriam inseridas.

A improbidade contemplada no art. 37, § 4º, da Magna Carta, é disciplinada pelo direito administrativo sancionador, ao passo que a ação civil pública de improbidade administrativa tem natureza punitiva, inserindo-se nos domínios do Direito Processual Civil Público Punitivo, o que significa submetê-la explicitamente, por força do devido processo legal, à garantia de interdição à arbitrariedade e da legalidade que embasam o Estado Democrático de Direito, aos direitos e garantias fundamentais assegurados aos acusados em geral e aos princípios e regras do Direito Administrativo Sancionador (OSÓRIO, 2016, p. 94-95).

O fato é que grande parte da doutrina descarta a natureza penal das sanções da Lei 8.429/1992, mas recorre a uma categorização “mista” das sanções trazidas por ela. Seja civil e administrativa, ou civil e política, ou mesmo civil, disciplinar e política, os juristas apontam a coexistência de sanções de diferentes naturezas cominadas pela LIA. Nessa linha, segue Waldo FAZZIO JÚNIOR:

[N]ão bastasse a enunciação do Texto Maior, a Lei nº 8.429/92 estabelece sanções de caráter civil e político-administrativo, não sem antes ressaltar que são aplicáveis, sem prejuízo da ação penal cabível. Dúvida não poderá restar de que tais condutas poderão tipificar crime previsto em outro estamento, deixando patente o caráter não penal do preceito da Lei de Improbidade Administrativa (2016, p. 143).

No mesmo sentido é o entendimento de Nelia Edna Miranda BATISTI e Júlia Acioli PIMENTA.

[C]onquanto elas possam ter consequências na esfera criminal e na esfera administrativa – com a perda da função pública e instauração de processo administrativo –, elas possuem natureza civil e política, porque a comprovação da ocorrência de improbidade administrativa pode implicar, dentre outras medidas, a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário (2015, p. 127).

Com uma posição algo “fora da curva”, temos Fernando Capez. Este autor, ainda que reconhecendo a determinação constitucional que exclui o caráter penal da LIA, defende a aplicação dos princípios e garantias penais no processo que promove a sanção por ato de improbidade administrativa.

[I]ndependentemente da natureza das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, o fato é que o referido diploma legal traz uma forte carga intimidatória na previsão de suas sanções, não havendo como afastar certas garantias individuais, certos princípios que informam o direito punitivo, de modo a impedir as imputações arbitrárias, bem como as penas excessivas (CAPEZ, 2015, p. 218).

Apesar de certa aproximação em relação à posição de Osório, no sentido da necessária incidência de princípios regentes do direito punitivo, Capez tão somente menciona a

existência de um direito administrativo sancionador, invocando, contudo, no caso da Lei de Improbidade Administrativa, a aplicabilidade de preceitos penais em sentido estrito.

Vislumbra-se que, se no direito penal, historicamente, um sistema jurídico extremamente rígido, fechado, opera-se a busca pelo conteúdo valorativo do nexo de causalidade, sob o influxo de teorias filosóficas e sociológicas para se limitar o *jus puniendi*, seria paradoxal impedir tal busca no âmbito dos atos de improbidade administrativa, que não são considerados formalmente ilícitos penais, mas possuem o mesmo caráter coativo das sanções penais (CAPEZ, 2015, p. 175).

Detectamos na proposta de Capez uma posição criticável não apenas quanto às conclusões a que chega, mas na própria forma com que este autor a constrói. A nosso ver, a divergência é saudável e o direito de criticar o legislador pode e deve ser usado sempre que preciso, entretanto, Capez parece esperar a deferência não apenas do legislador, como do próprio constituinte, às teses sustentadas pela doutrina. Não havendo tal alinhamento do legislador à sua tese, este autor desenha um caminho interpretativo que, avaliamos, extrapola a inteligência razoável das normas jurídicas.

Pode-se concluir que os critérios eleitos pelo legislador para optar por uma outra forma ao ilícito não pode “engessar as mãos” do intérprete e aplicador do direito, porquanto o Estado Democrático de Direito não é apenas o considerado formalmente legal, mas aquele que atende materialmente aos postulados maiores da democracia, assegurando o círculo protetivo dos direitos e garantias individuais do cidadão, de onde emana a necessidade de se perscrutar a verdadeira essência do ilícito, impedindo-se assim a indevida ingerência do Estado no círculo de liberdade e intimidade do cidadão (CAPEZ, 2015, p. 186).

Ainda que a previsão do art. 12, *caput*, da LIA mereça críticas, parece-nos perigoso, para dizer o mínimo, um jurista se colocar em posição de afrontar a determinação constitucional, para a qual não há, a nosso ver, margem para chegar a conclusão diversa de que é excluída, pelo constituinte, a natureza penal das sanções da lei que viria a regulamentar o art. 37, § 4º, qual seja, a Lei 8.429/1992. Mesmo que consideremos que Capez baseia sua proposta em valores essenciais à democracia, como o são os direitos individuais englobados pelo direitos de defesa contra a arbitrariedade estatal, não se pode chegar a uma conclusão democrática violando noção tão básica do direito contemporâneo quanto a supremacia da Constituição, que, em última análise, parece-nos ser o que faz este autor.

Sirlene Arêdes, com ressalvas, chega à conclusão de que “à exceção da sanção de ressarcimento, as demais sanções cominadas pela Constituição da República e pela LIA para a punição do ímprobo têm natureza punitiva (disciplinar, política ou mesmo penal)” (2012, p.

122). A autora, sem apresentar uma conclusão categórica acerca da natureza jurídicas dessas sanções, traz interessantes ponderações acerca da invasão da Lei 8.429/1992 à competência de estados e municípios para legislar sobre direito administrativo, de um lado, considerando a eventual natureza administrativa, e, de outro, acerca da violação do regime sancionatório estabelecido pela Constituição para infrações político-administrativas, considerando esta última natureza sancionatória.

Há que se entender que as sanções disciplinares dos diversos entes federativos não podem ser previstas em uma norma federal, sob pena de ofensa ao princípio federativo, à autonomia dos entes federados e, ainda, à repartição de competências estabelecidas na Constituição da República.

De outra forma, caso se entenda que a LIA prevê sanções políticas, essas sim, de competência privativa da União Federal, haveria também ofensa às normas constitucionais que regulam a punição dos agentes políticos, pois, segundo tais normas, os agentes políticos devem ser julgados pelo Judiciário apenas nas infrações penais e para imposição da sanção reparatória. De acordo com o sistema constitucional, a sanção política, ou seja, aquela que pune a ofensa a um vínculo específico que os agentes políticos têm com o Estado, não é punida pelo Judiciário, e sim pelo Legislativo (ARÊDES, 2012, p. 177).

O enquadramento das sanções da LIA no regime administrativo também recebe críticas de Emerson Garcia, que afirma haver incompatibilidade de tal regime jurídico com os ditames constitucionais.

[A] incorreção do enquadramento da Lei de Improbidade Administrativa no âmbito do direito administrativo (sancionador) ainda vai além, pois redundará na própria destruição do objeto de estudo. Afinal, como justificar possa a União, sem autorização constitucional, legislar sobre o direito administrativo a ser aplicado pelos demais entes federados? Onde estaria enquadrada a competência Legislativa que redundou na edição da Lei nº 8.429/1992? Em poucas palavras: no art. 22, I, da Constituição de 1988, que alcança o direito civil, ramo subsidiário e de amplitude inegavelmente superior aos demais, ainda que ontologicamente similares, como o direito comercial e o marítimo (GARCIA, 2011, p. 508).

Apesar de compreendermos a pertinência de tais questionamentos, parecem-nos equivocadas as conclusões a que chega Arêdes. Em primeiro lugar, as sanções da LIA não têm natureza disciplinar, visto que não decorrem do poder hierárquico (sujeição especial), e sim são impostas pelo Poder Judiciário, decorrentes do *ius puniendi* estatal. Por outro lado, como a própria autora ressalta, as sanções políticas guardam similaridades com as disciplinares³³, tendo, contudo, seu processo (parcialmente) disciplinado pela própria

³³ “A sanção política é a correspondente da sanção disciplinar, pois ambas visam a proteger a relação específica que certas pessoas (agentes públicos) mantêm com o Estado. Contudo, enquanto esta se aplica por meio da

Constituição, o que se explica pelo fato de seus destinatários não serem submetidos a qualquer instância de poder hierárquico, uma vez que são membros dos Poderes. Assim, da mesma forma, as sanções da Lei em tela não se baseariam também nos mesmos fundamentos das sanções políticas.

Ademais, quanto à questão da competência legislativa, trazida também por Garcia, o art. 37, § 4º, da Constituição, prevê (parcialmente) as sanções aplicáveis aos casos atos de improbidade administrativa, “na forma e gradação previstas em lei”. A lei prevista pela Carta Política, como sói, é lei federal (com caráter nacional), não sendo de se esperar que a previsão constitucional remeta às normas dos entes federativos, o que não impede que estes venham a regulamentar (de forma suplementar) a proteção à probidade administrativa, desde que respeitada a Lei 8.429/1992.

Ainda, a determinação de que é concorrente a competência para legislar sobre direito administrativo decorre da interpretação do princípio federativo, não de determinação expressa da Constituição acerca dos conteúdos desse direito administrativo, delimitação construída na doutrina e na jurisprudência, apoiando-se, majoritariamente, na concepção de direito administrativo restrito aos interesses imediatos da Administração Pública subjetivamente considerada. Assim, não nos parece decorrer da norma constitucional vedação à regulamentação das sanções por ato de improbidade à União. Na verdade, parece-nos justamente o contrário.

Interessante notar que, apesar das leituras divergentes a respeito do enquadramento das sanções da LIA em um ou outro ramo jurídico, mesmo aqueles que sustentam a natureza civil apontam a necessidade de serem observados alguns princípios regentes do direito penal - ou do direito público punitivo, se adotarmos a concepção de direito administrativo sancionador. É o caso de Emerson GARCIA, que pondera:

Em que pese a sua natureza extrapenal, a aplicação das sanções cominadas na Lei de Improbidade, não raro, haverá de ser direcionada pelos princípios básicos norteadores do direito penal, o qual sempre assumirá uma posição subsidiária no exercício do poder sancionador do Estado, já que este, como visto, deflui de uma origem comum, e as normas penais, em razão de sua maior severidade, outorgam garantias mais amplas ao cidadão (2011, p. 507)

hierarquia, aquela é aplicada pelos pares, pois, por não haver hierarquia entre agentes políticos, não há sanção disciplinar decorrente do exercício do poder hierárquico no caso desses agentes” (ARÊDES, 2012, p. 116).

Assim é que Garcia defende, em sua proposta de *iter* de individualização de dos atos de improbidade, a aplicação do que é, em termos gerais, o princípio da insignificância, regente do direito penal, de forma a caracterizar ou descaracterizar a “improbidade material” e evitar a ocorrência de punições desproporcionais.

Com uma perspectiva semelhante, Rodrigo Janot Monteiro de BARROS e Silvio Roberto Oliveira de AMORIM JUNIOR entendem que “a LIA (e sua ação respectiva) possui natureza cível, ainda que em torno dela devam ser levados em conta aspectos relacionados, principalmente, à Teoria do Direito, ao Direito Constitucional, ao Direito Penal e ao Direito Administrativo” (2017, p. 328). De acordo com eles, na aplicação das sanções da Lei 8.429/1992, devem ser observadas noções estranhas à responsabilidade civil: o princípio da insignificância e a punibilidade de ato tentado.

Fazendo a ressalva de que esses institutos não devem ser copiados fielmente do direito penal, estes autores afirmam que a tentativa de cometer ato de improbidade com fim de enriquecer ilícitamente ou de causar dano ao erário são puníveis por “aplicação residual do art. 11 da Lei 8.429/1992” (2017, p. 330). Quanto à insignificância como descaracterizadora do ato ímprobo, eles apontam que “para além das quantias abarcadas, deve ser sobrelevada a moralidade pública” (2017, p. 337) como critério de aplicação.

Cabe lembrar que por menor que seja o dano, no direito civil, a insignificância não é óbice à responsabilidade civil.

Como requisito do dever de reparação, no seu conceito não se insere o elemento quantitativo. Está sujeito a indenizar aquele que causa prejuízo em termos matematicamente reduzidos, da mesma forma aqueloutro que cause dano de elevadas proporções. É o que resulta dos princípios e que é amparado na jurisprudência, nossa e alheia (PEREIRA, 2002, p. 39).

Feito esse apanhado de posições, com suas não poucas divergências e contradições, parece adequado nos alinharmos à posição que oferece, a nosso ver, as melhores condições de constituir um campo coeso e coerente de normas norteadoras da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. Assim, entendendo, de um lado, indiscutivelmente descartada a natureza penal, e, de outro, incompatível a natureza civil (reparatória), adotamos o entendimento de enquadrarem-se as sanções LIA no campo do direito administrativo sancionador, e, mais especificamente, no conceito de sanção administrativa.

Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo (OSÓRIO, 2011, p. 100)

2.1 Aplicabilidade da Lei 8.429/1992 aos agentes políticos e foro especial

Questões conexas à da natureza das sanções da Lei de Improbidade Administrativa que vêm sendo enfrentadas pelos estudiosos e, especialmente, pelos julgadores, dizem respeito a sua aplicabilidade aos agentes políticos e, ainda, que órgãos detêm competência para o julgamento de tais agentes quanto a eventual aplicação dessas sanções.

Tendo em vista a previsão do art. 2º da Lei 8.429/1992, que inclui na conceituação legal de agente público os agentes políticos, parece fácil concluir que são, sim, aplicáveis as sanções da LIA a atos de improbidade administrativa cometidos por agentes políticos. Contudo, há diferentes interpretações sobre o alcance das sanções de suspensão de direitos políticos e perda de função pública, uma vez que os agentes políticos se submetem ao regime (parcialmente) constitucional dos crimes de responsabilidade (infrações político-administrativas).

A tese da exclusão dos agentes políticos do rol de potenciais sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa se funda na concepção de que as sanções de suspensão de direitos políticos e perda de função pública têm natureza político-administrativa, ou seja, sua aplicação em conjunto com as sanções por crime de responsabilidade ocasionaria *bis in idem* e conflitaria com as previsões constitucionais quanto à responsabilidade desses agentes.

Diferente do que aponta Emerson GARCIA, segundo quem “[a] tese de que a Lei de Improbidade veicularia crimes de responsabilidade encontrou pouco prestígio na doutrina e nenhuma adesão na jurisprudência” (2011, p. 514), em 2007, o Supremo Tribunal Federal, tomou decisão que aponta nesse sentido:

O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição (STF, Rcl. 2.138/DF, Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 13/06/2007, DJe 18/04/2008)³⁴

Quanto à natureza dos atos de improbidade administrativa, o relator daquele processo, ministro Gilmar MENDES, avalia que o “Supremo Tribunal Federal deixou então claro que os atos de improbidade descritos na Lei 8.429/1992 constituem sim autênticos crimes de responsabilidade” (2017, p. 115). Para ele, a existência de dois regimes de responsabilidade político-administrativa para agentes públicos é plenamente justificável, devido à diferença da natureza das atribuições do agente político e dos demais agentes públicos:

A peculiar posição dos agentes políticos justifica o tratamento constitucional diferenciado em relação aos demais agentes públicos. O desconhecimento de tal fato, cabe enfatizar, tem justificado equivocadas afirmações no sentido de que a prerrogativa de foro representaria ofensa ao princípio da isonomia. (...)

Não chega a ser uma novidade a constatação de que os agentes políticos encontram-se numa posição institucional absolutamente inconfundível com a dos demais agentes públicos. De fato, tal como ensina Hely Lopes Meirelles, os agentes políticos, dentro de sua área, são as autoridades supremas da Administração Pública. Possuem plena liberdade funcional e estão a salvo da responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira ou abuso de poder (MENDES, 2017, p. 118)

Cabe aqui abrir breves parênteses para destacar que quando falamos de “crime de responsabilidade”, tratamos de infrações políticas - previstas na Constituição e regulamentadas pela Lei 1.079/1950 -, não de infrações penais.

[U]ma vez constatada a natureza política do impeachment, resta claro que os crimes de responsabilidade possuem a mesma natureza jurídica, ou seja, visam tão somente à responsabilização política do agente político. Muito embora a terminologia utilizada, o crime de responsabilidade não possui natureza jurídica de ilícito penal, mas sim de infração política, praticadas pelos dignitários da república em ofensa à ordem constitucional (BATISTI; PIMENTA, 2015, p. 129).

³⁴ Neste acórdão, o STF decidiu pela competência do próprio Tribunal para julgar ministro de Estado por ato de improbidade administrativa.

Para Teori Zavascki, em contrapartida, não há elementos na Constituição que indiquem a exclusão dos agentes políticos da incidência do regime sancionador dos atos ímprobos imposto pela Constituição.

Ora, não se pode identificar, nessas normas de primeiro grupo [normas constitucionais que dispõem sobre crimes de responsabilidade] - de natureza exclusivamente instrumental -, qualquer elemento que indique sua incompatibilidade material com o regime do art. 37, § 4º, da Constituição. O que elas incitam é um problema de natureza processual, concernente à necessidade de compatibilizar as normas sobre prerrogativa de foro com o processo destinado à aplicação das sanções por improbidade administrativa, nomeadamente as que importam a perda do cargo e a suspensão dos direitos políticos (ZAVASCKI, 2017, p. 371).

A questão do foro especial por prerrogativa de função tem relação com a anterior, contudo, temos - além daqueles que afastam o foro especial -, quem defenda sua observância tanto entre os juristas que identificam natureza política (e *bis in idem* com relação aos crimes de responsabilidade) quanto entre os que detectam outras naturezas nas sanções da LIA (civil ou mesmo “caráter penal”). Dito isto, nessas duas correntes, o problema em tela recebe soluções que seguem distintos caminhos: há os que propugnam a limitação da ação de improbidade no juízo de primeiro grau, excluída a aplicabilidade das sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos; e, de outro lado, quem sustente que a ação de improbidade, em si, deve ser processada, necessariamente, perante o juízo competente para processar os crimes de responsabilidade da autoridade em questão³⁵.

A previsão constitucional de foro especial por prerrogativa de função abarca tão somente os casos de crimes de responsabilidade e de crimes comuns de determinados agentes políticos, sendo necessário, de forma a estender o foro especial a esses agentes nos casos de improbidade, aplicar interpretação extensiva à previsão constitucional. É o que fez Teori Zavascki, que defendia terem as sanções da LIA natureza administrativa, mas, ainda assim, ser aplicável o foro especial.

Realmente, não parece lógico, do ponto de vista dos direitos fundamentais e dos postulados da dignidade da pessoa humana, que se invista o acusado das mais amplas garantias até mesmo quando deva responder por infração penal que produz simples pena de multa pecuniária e se lhe neguem garantias semelhantes quando a infração, conquanto administrativa, pode resultar em pena muito mais severa, como a perda da função pública ou a suspensão de direitos políticos (ZAVASCKI, 2017, p. 376-377)

³⁵ Cf. ZAVASCKI, 2017, p. 365-379.

O posicionamento mais recente do STF, com uma ou outra nuance, vai em sentido oposto ao de importantes decisões daquela Corte na década de 2000. Em 2001, o Tribunal cancelou a Súmula 394³⁶, que garantia o foro especial após o término do exercício da função durante o qual foi cometido ilícito. Em um dos julgados da época, o STF externou o entendimento de que “as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos” (STF, Inq 687, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 09/11/2001).

Em 2006, na ADI 2.797, o STF julgou inconstitucional a alteração do Código de Processo Penal feita pela Lei 10.628/2002, que acrescentou dois parágrafos ao art. 84 daquele Código³⁷, prevendo, essencialmente, o que dizia a recém-cancelada Súmula 394 e, ainda, estabelecendo o foro especial para as ações de improbidade, que seguiriam a mesma competência das ações penais, de acordo com a autoridade processada.

Nos últimos anos, contudo, como afirma o ministro Luiz FUX, citado pelo então ministro Teori Zavascki:

[A] despeito da nítida oscilação jurisprudencial pretérita sobre o tema, o entendimento de que agentes políticos podem responder como réus em ação de improbidade, mas com observância da prerrogativa de foro, tem se consolidado mais recentemente na jurisprudência pátria, e, em particular, no âmbito desta Suprema Corte (apud ZAVASCKI, 2017, p. 368).

O Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, vem adotando o entendimento de que a LIA é aplicável aos agentes políticos e que a ação de improbidade não se submete às regras de foro especial. Tal entendimento tem como fundamento a concepção das sanções por atos de improbidade administrativa como sendo de natureza “político-civil”³⁸.

³⁶ STF, Súmula 394 (cancelada): “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

³⁷ Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1o A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2o A ação de improbidade, de que trata a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1o.

³⁸ Cf. STJ, REsp 1.163.643/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 24/03/2010, DJe 30/03/2010.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICABILIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. ACÓRDÃO QUE CONSIGNA O ELEMENTO SUBJETIVO APTO A CARACTERIZAR O ATO IMPROBO VIOLADOR DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DESNECESSIDADE DE PREJUÍZO AO ERÁRIO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. É pacífico o entendimento do STJ de que os agentes políticos se submetem às disposições da Lei n. 8.429/1992, em que pese a submissão também ao regime de responsabilidade político-administrativa previsto no Decreto-Lei 201/67. Precedentes: AgRg no AREsp 369.518/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 28/03/2017; AgRg no AREsp 447.251/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 20/02/2015; AgRg no REsp 1.425.191/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 16/03/2015. (STJ, AgRg no REsp 1.368.359/ES, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 10/10/2017, DJe 26/10/2017)

Podemos perceber, diante de todas as posições aqui expostas, que a questão, ou melhor, as questões estão longe de pacificadas. Além das divergências, doutrinárias e jurisprudenciais, quanto ao cerne da questão - a natureza das sanções da Lei de Improbidade Administrativa -, o STF tem em mãos julgamento de grande relevância para as ações de improbidade. No bojo da AP 937, a Corte discute a possível restrição ao foro especial por prerrogativa de função. Vingando a tese do relator, o chamado foro privilegiado passará a incidir apenas quando os fatos analisados no processo houverem sido praticados durante o período do exercício da função pública e disserem respeito a esta.

Não bastasse isso, a Câmara dos Deputados busca se adiantar ao STF e aprovar projeto de lei que propõe extinguir o foro especial para processos de crimes comuns. Infelizmente, não nos cabe discutir aqui as eventuais consequências positivas ou negativas de tais medidas, entretanto, arriscamo-nos a opinar que, mantidas as estruturas corporativas de controle interno, bem como de morosidade sistêmica no controle externo, a grande vilã impunidade não será vencida tão breve.

4. CONCLUSÃO

O que nos parece claro, vistos todos os pontos de vista apresentados ao longo deste trabalho, é que nenhum dos campos jurídicos tradicionalmente estabelecidos na doutrina é capaz de abrigar, sem contradições de grandes proporções, as sanções estabelecidas pela Lei 8.429/1992. Excluídas as sanções de perda de bens e reparação de danos, de caráter nitidamente civil, as demais - perda de função pública, suspensão de direitos políticos, multa civil e proibição de contratar e receber benefícios creditícios e tributários - não se enquadram nos parâmetros de responsabilização civil, penal ou disciplinar.

Em primeiro lugar, deve ser descartada, sem hesitação, a natureza penal dessas sanções, por força de determinação do art. 37, § 4º, da Constituição. Esse dispositivo é claro o bastante para não admitir qualquer interpretação em sentido contrário, por mais elaborada que seja, com intenção de estabelecer eventual natureza de infração “materialmente penal” às sanções da Lei de Improbidade Administrativa. Ademais, há ainda conceito legal tanto de crime quanto de contravenção, dado pelo art. 1º do Decreto-Lei 3.914/1941, no qual, definitivamente, não se inclui qualquer das condutas tipificadas pela LIA.

O caráter punitivo de tais sanções também as afasta da concepção cristalizada em torno da responsabilidade civil, que lida essencialmente com a indenização - sanção reparatória -, restando a outras eventuais sanções existentes no âmbito civil, tais como as astreintes e mesmo a prisão civil, caráter meramente acessório à obrigação de indenizar.

Por fim, há ainda, em boa parte da doutrina, uma concepção que limita o direito administrativo, e, especialmente, o poder sancionador administrativo, ao âmbito dos interesses imediatos da administração, ou, quando muito, vincula esse poder de sanção ao clássico poder de polícia. Ocorre que a sanção por ato de improbidade administrativa se funda na própria raiz do poder de punir estatal - onde se funda também o direito penal -, não do poder hierárquico interno e decorrente de especial sujeição do agente público, nem da limitação (não punitiva) a direitos individuais em nome do interesse coletivo em que se funda o poder de polícia.

Estamos diante de um ramo jurídico essencialmente distinto de todas essas ramificações clássicas do ordenamento jurídico, sendo, então, não mais que natural que surjam

entendimentos divergentes e teses contraditórias quando se busca estabelecer um enquadramento para essas normas. Assim é que há tantas posições distintas tentando identificar as naturezas das sanções da LIA, umas com mais, outras com menos dessas contradições.

Nesse contexto, acreditamos que a concepção de um direito administrativo com limites mais amplos, no qual se inclua o poder sancionador, possui instrumentos mais adequados para resolver as contradições divisadas nos debates sobre o tema de que nos ocupamos. Não é, por óbvio, uma formulação livre de críticas, como aquelas feitas a respeito de suposta invasão à competência concorrente dos demais entes federativos. Contudo, parece-nos que há respostas coerentes a oferecer a tais críticas.

A nosso ver, não há violação às competências dos demais entes federativos, uma vez que a própria Constituição prevê, em seu art. 37, § 4º, que lei (federal, como são as leis previstas pela Constituição, em regra) irá regulamentar as sanções aos atos ímprobos. Ademais, não advindo a concorrência de competências para legislar sobre direito administrativo de preceito explícito da Constituição, mas de interpretação do princípio federativo, ainda que entendamos, que, sim mesmo o direito administrativo sancionador se insere no rol de competências concorrentes de todos os entes federativos, a própria Lei Maior exceceu, expressamente, a lei que viria a reger a defesa da probidade administrativa.

Como então, devem ser aplicadas as sanções da Lei 8.429/1992 - que princípios regem sua aplicação, a quem é aplicável e quem processa e julga a ação que busca aplicá-las? Não sendo o direito administrativo sancionador um campo jurídico de tradição de séculos e advindo de uma raiz comum ao direito penal - o *ius puniendi* estatal -, na prática, a sanção administrativa é regida por diversos dos princípios que regem o direito penal. Ressalve-se, contudo, que não ocorre uma simples cópia de um campo para o outro, uma vez que cada um tem suas peculiaridades.

Esse equilíbrio deve ser buscado de forma a atender, de um lado, a autonomia legislativa para determinar o enquadramento de determinado ilícito a um ou outro regime jurídico, e, de outro, a resguardar as garantias mínimas do indivíduo frente ao Estado naqueles processos em que não cabível a aplicação das normas penais. Ainda que saibamos que, no “mundo real”, do ser, em oposição ao do dever-ser, o legislador nem sempre é portador dos

valores que cremos serem aqueles que devem ser defendidos pela sociedade, não é possível formular teses dentro do direito nos moldes que o entendemos passando por cima do papel central do legislador como representante da vontade popular. O julgador deve, necessariamente, trabalhar nos limites razoáveis da interpretação, obedecendo, por óbvio, sempre e em primeiro lugar, os mandamentos constitucionais, e o estudioso do direito deve, se o entender como seu dever social, pugnar por alterações da lei ou mesmo da Constituição, não sendo o papel nem de um nem de outro fazer-se substituir ao legislador.

Com isso em mente, acreditamos ser não apenas possível como adequado aplicar o que podemos identificar como princípios comuns ao direito punitivo, tomando emprestadas, em grande parte, as propostas formuladas por Fábio Medina Osório. Na prática, esses princípios são, por sua vez, emprestados do direito penal, aplicados, contudo, “com nuances” no âmbito do direito administrativo sancionador. Como exemplo marcante dessa aplicação peculiar desses princípios, podemos citar o da tipicidade, que incide no direito administrativo sancionador de forma mitigada, admitidos os tipos abertos, como aqueles que encontramos na Lei de Improbidade Administrativa.

Quanto a outro ponto de grande importância que também toca a questão principal abordada neste trabalho, entendemos serem, sim, aplicáveis as sanções da LIA aos agentes políticos. Compreendida, como já exposto, a natureza de suas sanções como administrativa, não haveria, numa interpretação corrente do *non bis in idem*, cumulatividade indevida de sanções com a aplicação das sanções política por crime de responsabilidade. Há, contudo, nesse caso, esvaziamento de eventual aplicação cumulativa, visto que perda de função e suspensão de direitos políticos são modalidades de sanções impostas em ambos os regimes, restando exclusivas à Lei 8.429/1992 as sanções de multa civil e de proibição de contratar e receber benefícios fiscais ou creditícios.

E apesar de tendência recente do Supremo Tribunal Federal a entender aplicável o foro especial por prerrogativa de função aos atos de improbidade administrativa, de forma análoga ao do regime penal, de acordo com a autoridade julgada, parece-nos equivocado tal posicionamento. Em contraposição, posição previamente adotada pela Corte se mostra mais acertada, no sentido de aplicar interpretação restritiva aos casos elencados expressamente na Constituição, visto que ato ímprobo não é crime (pelo menos, não em uma mesma instância).

Por fim, e retornando à discussão do *bis in idem*, retomamos, novamente, ideias inspiradas por Osório. Vale destacar que o fazemos como forma de exercício teórico, visto que nossa proposta vai de encontro à previsão constitucional do art. 37, § 4º. Dito isto, e considerando que a sanção por ato de improbidade administrativa, como toda sanção administrativa não disciplinar, funda-se no *ius puniendi* estatal, de onde se origina também o direito penal, parece-nos coerente concluir que a aplicação de sanções (por um mesmo fato natural) nos dois regimes constitui *bis in idem*.

O que isso quer dizer? Como já ressaltamos, não sugerimos aqui que se extingam os processos com base na coisa julgada ou na litispendência cruzada entre os campos penal e administrativo. Não no presente contexto normativo, pelo menos. Entendemos, contudo, que essa cumulatividade de sanções parte de uma premissa não apenas enganada, como possivelmente enganosa, de que se combate a impunidade com a elevação da severidade das sanções, ou, neste caso, com sua cumulação.

Parece-nos ingênuo crer que, num cenário de impunidade, a mera cominação de mais ou mais graves sanções resultará na redução da prática de ilícitos. Especialmente quando tais surtos de “boa vontade” legislativa são reflexos mal mascarados de crises políticas nas quais os grandes vilões são, na maioria das vezes, os próprios legisladores. Afinal, a soma de nenhuma sanção penal com nenhuma sanção por ato de improbidade continua sendo nenhuma sanção.

Bastaria ver aplicadas as sanções penais, há muito vigentes, ou mesmo, por outro lado, ver aplicadas as sanções por ato de improbidade, para combater esse inimigo tão escorregadio que é a impunidade. Isso, obviamente, não é algo fácil de se fazer, ou mesmo de propor uma solução para. Pensamos, porém, que o caminho tende a ser encontrado com o fortalecimento das instituições inseridas na administração da Justiça, o que inclui garantir independência financeira, administrativa e política, restringindo ao mínimo necessário a ingerência dos Poderes sobre o Ministério Público, os Tribunais de Contas e, por que não, repensando até mesmo a forma de indicação de ministros para o Supremo Tribunal Federal.

Em outro *front*, tão ou mais importante, faz-se necessário o fortalecimento das estruturas de controle interno, um controle não apenas sancionatório, mas precipuamente preventivo, além de indispensável investimento político na consecução dos resultados

institucionais. Por fim, ainda mais importante - e mais difícil -, as crises de credibilidade dos nossos representantes deveriam, não ter válvulas de escape com reformas “para constar”, mas fortalecer a concepção de cidadania, no sentido de indicar ao eleitor a importância de elevar ao Legislativo e ao Executivo representantes dignos deste termo.

Nesse meio tempo, façam-se valer as normas que protegem o direito de todo cidadão à probidade na administração da coisa pública e aplique-se o disposto no art. 12 da Lei 8.429/1992, independentemente de sanções civis acessórias, de sanções administrativas disciplinares e de sanções penais.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

ARÊDES, Sirlene. **Responsabilização do agente público**: individualização da sanção por ato de improbidade administrativa; prefácio por Florivaldo Dutra de Araújo. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERTONCINI, Mateus. Direito fundamental à probidade administrativa. In: FARIAS, Cristiano Chaves; OLIVEIRA, Alexandre Albagli; GHIGNONE, Luciano Taques (org.). **Estudos sobre improbidade administrativa**: em homenagem ao professor J. J. Calmon de Passos. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 33-47.

BATISTI, Nelia Edna Miranda; PIMENTA, Júlia Acioli. A aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. **Revista do Direito Público**. Londrina, v.10, n.3, p.119-140, set./dez.2015. Disponível em: <www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/23910/17605>. Acesso em: 28 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.368.359/ES. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Diário da Justiça Eletrônico: 26/10/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 213.994/MG. Relator: Ministro Garcia Vieira. Diário da Justiça: 27/09/1999.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 880.662/MG. Relator: Ministro Castro Meira. Diário da Justiça: 01/03/2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.163.643/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. Diário da Justiça Eletrônico: 30/03/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.182. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgamento: 12/05/2010. Diário da Justiça Eletrônico: 09/09/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 687. Relator: Ministro Sydney Sanches. Diário da Justiça: 09/11/2001.

BUENO, Jorge Arbex. Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. **Jus.com.br**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33266/aplicacao-da-lei-de-improbidade-administrativa-aos-agentes-politicos>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**: volume 2. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Improbidade administrativa**: limites constitucionais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 59-119.

COSTA, Renato Saeger M. Novo ato de improbidade administrativa previsto no art. 10-A da lei Federal 8.429/92: críticas e análises iniciais. **Migalhas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252635,41046-Novo+ato+de+improbidade+administrativa+previsto+no+art+10A+da+lei>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

FONSECA, Sérgio Roxo da; ANÍBAL JÚNIOR, Vanderlei. Natureza penal da sanção por improbidade administrativa. **Migalhas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI34430,31047-Natureza+penal+da+sancao+por+improbidade+administrativa>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa: configuração e reparação do dano moral. In: FARIAS, Cristiano Chaves; OLIVEIRA, Alexandre Albagli; GHIGNONE, Luciano Taques (org.). **Estudos sobre improbidade administrativa**: em homenagem ao professor J. J. Calmon de Passos. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 171-188.

_____; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

HARGER, Marcelo. Aspectos inconstitucionais da lei de improbidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 14, n. 55, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/06/Aspectos-inconstitucionais-da-Lei-de-Improbidade-Administrativa.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

IMMICH, Dine Micheli de Freitas Pedrosa; MEDEIROS, Vladmir Haag. O princípio do no bis in idem no direito penal brasileiro. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://michellipimmich.jusbrasil.com.br/artigos/321836790/o-principio-do-no-bis-in-idem-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em 15 nov. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 67-78.

KUFA, Karina; KUFA, Amilton Augusto. Lei cria novo tipo de improbidade administrativa relacionado ao ISSN. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-04/lei-cria-tipo-improbidade-administrativa-relacionado-issn>>. Acesso em 19 abr. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Sanções por ato de improbidade administrativa. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/29/edicao-1/sancoes-por-ato-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em 19 nov. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. A improbidade administrativa pelo Supremo Tribunal Federal. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). **Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 113-140.

NEIVA, José Antonio Lisboa. **Improbidade administrativa: legislação comentada artigo por artigo: doutrina, legislação e jurisprudência**. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2012.

OLIVEIRA, Alexandre Albagli. A tormentosa abordagem do elemento subjetivo nos Atos de Improbidade Administrativa. In: FARIAS, Cristiano Chaves; OLIVEIRA, Alexandre Albagli; GHIGNONE, Luciano Taques (org.). **Estudos sobre improbidade administrativa: em homenagem ao professor J. J. Calmon de Passos**. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 103-135.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. **Hassemer e o direito penal brasileiro**: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

OLIVEIRA, Suzana Fairbanks Schnitzlein. A evolução patrimonial do agente público em desproporcionalidade aos seus rendimentos: uma presunção de enriquecimento ilícito - exegese do inciso VII do art. 9o da Lei n. 8.429/1992. In: DOBROWLSKI, Samantha Chantal (Coord.). **Questões práticas sobre improbidade administrativa**. Brasília: ESMPU, 2011. p. 62-88.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. A inter-relação das decisões proferidas nas esferas administrativa, penal e civil no âmbito da improbidade. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). **Improbidade administrativa**: temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 93-112.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. red. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RAMALHO, João Victor Arruda. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas. **DireitoNet**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9019/A-responsabilidade-penal-das-pessoas-juridicas>>. Acesso em 21 nov. 2017.

RESTANI, Diogo Alexandre. Lei Antidrogas: norma penal em branco - utilidade. **DireitoNet**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5686/Lei-Antidrogas-norma-penal-em-branco-utilidade>>. Acesso em 08 nov. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 662-716.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. **Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

WEICHERT, Marlon Alberto. A sentença condenatória na ação de improbidade administrativa: profundidade e extensão das sanções. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 43, n. 170, p. 57-73, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92820>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

ZAVASCKI, Teori. Improbidade administrativa e prerrogativa de foro. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). **Improbidade administrativa**: temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 365-379.