

Brenda Albuquerque de Souza

A RESPONSABILIZAÇÃO DO SETOR PRIVADO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Editora
DIN.CE

Brenda Albuquerque de Souza

**A RESPONSABILIZAÇÃO DO SETOR
PRIVADO NA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**



Fortaleza-CE

2022

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo
Diagramação: Vanques Emanuel
Capa: Vanderson Xavier
Produção Editorial: Editora DINCE
Revisão: Os Autores

CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)
Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)
Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)
Ma. Roberta Araújo Formighieri
Dr. Francisco Dirceu Barro
Prof. Raimundo Carneiro Leite
Eduardo Porto Soares
Alice Maria Pinto Soares
Prof. Valdeci Cunha

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

SOUZA Brenda Albuquerque de¹
A RESPONSABILIZAÇÃO DO SETOR PRIVADO NA LEI DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Editora DINCE 2022. 100 p. Impresso
ISBN 978-85-7872-585-3

1. Direito Administrativo 2. Improbidade Administrativa I. Título

Todos os direitos reservados. Nenhum excerto desta obra pode ser reproduzido ou transmitido, por quaisquer formas ou meios, ou arquivado em sistema ou banco de dados, sem a autorização de idealizadores; permitida a citação

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de inteira responsabilidade do(s) autor (es).

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)
Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

¹ BRENDA ALBUQUERQUE DE SOUZA - Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Delegada de Polícia Civil do Estado de Sergipe.

APRESENTAÇÃO

O presente livro tem como objeto a análise da responsabilização do setor privado diante da lei de improbidade administrativa (Lei 8429/92). A lei de improbidade administrativa (LIA) responsabiliza aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, ficando sujeitos às sanções.

As consequências trazidas pelo cometimento de atos de improbidade são danosas para toda a sociedade, impedindo que o Brasil tenha melhoria na qualidade de vida dos seus cidadãos. O estudo do tema será abordado por meio da análise doutrinária, buscando conceitos e observando a amplitude da lei aos seus diversos sujeitos.

Adentraremos no esvaziamento da responsabilidade do setor privado e do favorecimento à corrupção, fazendo um estudo desta última e do patrimonialismo, abordando as licitações e os contratos administrativos como principais instrumentos da corrupção. Dessa forma,

observaremos se a aplicabilidade da lei 8429/92 ao setor privado é realmente efetiva.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| | |
| CAPÍTULO 1 - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA | 15 |
| 1.1 Moralidade e probidade administrativa | 15 |
| 1.2 Breve retrospectiva histórica | 24 |
| 1.3 A lei de improbidade administrativa | 32 |
| | |
| CAPÍTULO 2 - SUJEITOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA RESPONSABILIZAÇÃO | 43 |
| 2.1 Sujeito passivo | 44 |
| 2.2 Sujeito ativo..... | 48 |
| 2.3 Aplicação das disposições da Lei de Improbidade Administrativa a terceiros | 53 |
| 2.3.1. Indução ou concorrência | 57 |
| 2.3.2. Benefício direto ou indireto decorrente da prática de ato de improbidade..... | 59 |
| 2.3.3. Responsabilidade subjetiva..... | 63 |

| | |
|---|----|
| CAPÍTULO 3 - ESVAZIAMENTO DA RESPONSABILIDADE DO SETOR PRIVADO E O FAVORECIMENTO DA CORRUPÇÃO | 67 |
| 3.1 Patrimonialismo e corrupção..... | 68 |
| 3.2 Licitação e contratos como principais instrumentos da corrupção..... | 77 |
| 3.3 Setor privado e a Lei 8429/92 | 85 |
| | |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 93 |
| | |
| REFERÊNCIAS | 97 |

INTRODUÇÃO

Não é de hoje que se tenta erradicar a corrupção no Brasil. A Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) foi editada com o fito de combater a improbidade no âmbito da Administração Pública, objetivando controlar e punir os que tentam se eximir de cumprir com seus deveres funcionais no Poder Público.

Desde a Constituição de 1891 o desvio da finalidade pública era alvo de preocupação do legislador constituinte. Já havia previsão na legislação acerca da responsabilização do chefe do Executivo Federal por atos contrários aos valores Republicanos. Posteriormente, em 1946, houve previsão constitucional da responsabilização dos demais agentes públicos. A partir de então, todas as Constituições subseqüentes se preocuparam com tal matéria, dispondo sempre sobre a responsabilidade e as sanções a que estavam sujeitos os administradores públicos.

Com o surgimento da atual Constituição, a repressão aos atos de improbidade foi aperfeiçoada, chegando ao status majorado da matéria, onde é

previsto na Lei Maior em seu art. 37, caput, princípios a serem observados por toda a Administração, dentre eles o da moralidade. Portanto, a atuação prova, por parte dos agentes públicos, atualmente, vai além do dever de não causar dano ao erário e da vedação ao enriquecimento ilícito. Proibidade está, também, intimamente relacionada com o dever de observância dos princípios pertinentes à Administração Pública.

O presente livro trata de verificar o que vem a ser improbidade administrativa e os efeitos de sua aplicação perante o setor privado. O tema desenvolvido abordará, ainda, os atos de improbidade administrativa, os sujeitos da lei de improbidade administrativa e sua responsabilização, analisando, especificamente, a responsabilidade do setor privado.

O objetivo principal é debater a eficácia da aplicação dessa lei de improbidade ao setor privado, observando se efetivamente vem sendo aplicadas suas medidas na prática.

Estudar a Lei de Improbidade Administrativa revela-se de grande importância devido ao que vem acontecendo no atual contexto brasileiro: escândalos de corrupção, desvios de condutas e a práticas de diversos outros atos ímprobos.

A probidade administrativa, juntamente com a moralidade, é um dos mais importantes e necessários deveres do administrador público. Deve ele observar os princípios da Administração Pública, pautando sua conduta em honestidade e idoneidade, tendo por objetivo a finalidade pública, ou seja, o interesse da sociedade. Desta maneira, quem agir de modo contrário aos princípios e deveres da Administração, estará sujeito a sofrer as sanções da Lei de Improbidade Administrativa.

A improbidade administrativa está inserida na Lei 8.429/92, sendo que existem três modalidades que a lei prescreve: a) atos que importam enriquecimento ilícito; b) atos que importam dano ao erário e; c) atos que importam violação aos princípios da Administração Pública.

As sanções previstas para cada modalidade de improbidade administrativa estão prescritas no artigo 12 da Lei 8.429/92 e na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37, §4º.

A falta de probidade dos agentes públicos e demais pessoas (como as empresas privadas) que, de certa forma, participa dela, sempre foi um dos grandes problemas enfrentados pela humanidade, tentando ser evitada e combatida, com sanções às vezes até desproporcionais.

No Brasil não foi diferente, sendo esse também um dos grandes problemas da nossa sociedade, que tem por senso comum a impunidade dos ilícitos cometidos pelas autoridades e demais funcionários dos Poderes Públicos enquanto detêm o poder. Cada vez mais esse tipo de atitude é considerada “normal” na sociedade, o que não deveria acontecer de maneira alguma.

A Lei nº 8.429/92 foi elaborada em substituição de outras, que embora já previssem e tentassem solucionar a improbidade administrativa, não tiveram tanta eficácia em comparação àquela. Embora ainda esteja-se longe de solucionar o problema da improbidade administrativa, a Lei de Improbidade Administrativa representa um grande avanço no combate à corrupção, definindo melhor os atos que geram improbidade, ampliando estes atos, bem como o conceito de agente público.

Mostra-se de suma importância o eficiente e eficaz combate à improbidade, com uma atuação do Poder Judiciário efetiva, para tentar reduzir ao máximo as condutas adversas dos agentes públicos e, principalmente do setor privado, aplicando-lhes a Lei de Improbidade Administrativa de forma a evitar a impunidade que todos os maus administradores, agentes públicos, políticos e terceiros supostamente possuem.

A Lei de Improbidade Administrativa foi editada em 1992, porém não existem indícios que apontem para a redução do número de casos de corrupção na Administração Pública, o que nos faz refletir sobre uma possível aplicação distorcida da norma por parte dos operadores do Direito.

A improbidade administrativa é praticada pelo agente público corrupto, desonesto, imbuído de má fé, que não tem o devido comprometimento com a coisa pública. Uma correta compreensão da Lei de Improbidade Administrativa é fundamental para que se evitem distorções em sua aplicação, o que acaba por afastar pessoas honestas da Administração Pública.

O presente livro visa, principalmente, mostrar que não é a nossa legislação que é falha, mas sim, a falta de sua efetiva aplicação. As consequências trazidas pelo cometimento de atos de improbidade são danosas para toda a sociedade, impedindo que o Brasil tenha melhoria na qualidade de vida dos seus cidadãos.

A improbidade se apresenta na maioria dos escândalos veiculados pela mídia nacional como uma prática normal, o que não pode ser perpetuado, pois se daria amparo ao espírito individualista e egoísta do brasileiro, nesse caso, na pessoa do administrador

público corrupto e que não atende ao interesse público para atender ao seu próprio.

O estudo do tema será abordado por meio da análise doutrinária, buscando conceitos e observando a amplitude da lei aos seus diversos sujeitos. Dentro dessa análise, será especificamente detalhada a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa ao setor privado. Nesse aspecto, adentraremos no esvaziamento da responsabilidade do setor privado e do favorecimento à corrupção, fazendo um estudo da corrupção e do patrimonialismo, abordando as licitações e os contratos administrativos como principais instrumentos da corrupção. Dessa forma, será analisada a efetiva aplicabilidade da lei 8429/92 ao setor privado.

CAPÍTULO 1

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Antes de falar diretamente sobre do que se trata a Lei de Improbidade Administrativa ou sobre sua aplicação no setor privado, necessário se faz tecer alguns comentários sobre os princípios que norteiam a norma, bem como realizar uma breve retrospectiva histórica para situar e delimitar bem o seu tema.

1.1 Moralidade e probidade administrativa

Previamente ao estudo do tema da improbidade, é importante compreender os princípios da moralidade e da probidade administrativa. Diga-se que não somente desses dois, mas dos princípios em geral. Ter conhecimento da relevância e da eficácia dos princípios jurídicos é essencial, pois eles definem a lógica e a racionalidade do ordenamento legal.

Para Wallace Paiva Martins Júnior (2009, p. 19):

[...] os princípios jurídicos têm força suficiente para, além de informar a elaboração de regras jurídicas coerentes, opor invalidade a qualquer comportamento infringente, ainda que despidos de imposição de sanção, tendo essa função em maior grau que a norma jurídica, dado que são mais genéricos que esta. [...] A teoria é certa para explicar as relações entre o Poder Público e os indivíduos, pois inscreve limites à atuação do primeiro, que, para exigir certos comportamentos da comunidade, deve seguir determinados pressupostos de fato em situações concretas.

Segundo os ditames constitucionais, a administração pública orienta-se por meio de cinco princípios básicos, que podem ser entendidos na forma de regras de observância de caráter permanente e obrigatório, que são: legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade. Conforme o art. 37 da Constituição Federal de 1988, estes princípios devem nortear as atividades da Administração direta, indireta e fundacional.

O princípio da legalidade comanda os demais e desdobra-se em outros princípios, sendo de suma importância para a análise de qualquer ato praticado pela administração pública. Segundo afirma Garcia e Alves (2006, p. 61), o princípio da legalidade determina que os atos administrativos sejam sempre praticados “com estrita observância dos pressupostos legais, o que, por óbvio, abrange as regras e princípios que defluem do sistema normativo vigente em determinado momento histórico.”

Afirma ainda Garcia e Alves (2006, p. 71) que “não é suficiente que o agente permaneça adstrito ao princípio da legalidade, sendo necessário que obedeça à ética administrativa, estabelecendo uma relação de adequação entre seu obrar e a consecução do interesse público”.

O princípio da moralidade é um complemento do princípio da legalidade, devendo o administrador se guiar por ele, objetivando não somente que se obedeça estritamente à lei, mas principalmente que seja seguido rigorosamente os valores traçados pela Constituição.

Um ato administrativo, para ser considerado válido e eficaz, deve estar em conformidade também com os outros princípios, havendo então uma relação de interligação, pois além da legalidade, o ato

administrativo deve se pautar nos princípios da moralidade e da finalidade administrativa, para só então ter a plena legitimidade de sua atuação.

“Administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativas, no sentido de que, tanto atende às exigências da lei, como se conforma com os preceitos da instituição pública” (MEIRELLES, 2000, p. 530).

Tanto a Administração quanto os seus agentes têm de atuar conforme esses princípios. Devem-se seguir os padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé. A atividade administrativa deve obedecer não apenas à lei, como também atuar de uma forma que não viole o senso moral da sociedade.

O estudo detalhado dos princípios da moralidade e da probidade administrativa é de grande importância para um melhor entendimento da improbidade administrativa. Moralidade e probidade administrativa são expressões que muito se confundem. Essa confusão surge, principalmente, devido ao fato de ambas estarem ligadas ao conceito de honestidade na Administração Pública.

Equiparada a ato ilícito, a improbidade administrativa está prevista no ordenamento jurídico brasileiro para os agentes políticos há vários anos. Já para os servidores públicos, não se usava

especificamente o termo improbidade, mas já havia certa preocupação em combater a corrupção, sujeitando os agentes que enriqueciam ilicitamente no exercício do cargo ou função a perda dos bens para restituir o erário.

Quanto à moralidade, sua inclusão no ordenamento é recente, pois foi positivada como princípio da Administração Pública apenas na Constituição Federal de 1988. A diferenciação entre as duas expressões consta da própria Carta Magna no artigo 37 e seu §4º:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] §4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Quando se quis mencionar o princípio da moralidade remeteu-se ao caput do artigo 37; já quando se quis mencionar lesão à moralidade administrativa, remeteu-se ao artigo 37, § 4°.

Incluir o princípio da moralidade administrativa na Carta Magna foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público. Maria Sylvia (2010, p. 817) lembra que:

[...] a inserção do princípio da moralidade na Constituição, a exigência de moralidade estendeu-se a toda a Administração Pública, e a improbidade ganhou abrangência maior, porque passou a ser prevista e sancionada com rigor para todas as categorias de servidores públicos e abranger infrações outras que não apenas o enriquecimento ilícito.

Para Wallace Paiva (2009, p. 41),

O princípio da moralidade administrativa exige o comportamento (do administrador e do administrado)

compatível não somente com a lei, mas, também com a moral administrativa, os bons costumes, as regras de boa administração, justiça, equidade e honestidade. Serve, assim, à garantia do direito subjetivo público a uma administração honesta, cumprindo-se a partir de regras internas de conduta dirigida aos fins institucionais específicos e da incorporação dos valores éticos fundamentais de uma sociedade.

A moralidade tida como princípio administrativo não deve exprimir uma ideia de moral comum, mas sim uma ideia de moral jurídica, desenvolvendo-se como pressuposto de validade que integra a essência de todo ato administrativo. O princípio da moralidade está ligado à ideia de probidade, e a violação a esse princípio configura transgressão ao próprio direito, configurando ilicitude, de acordo com o art. 37 da CF.

Para não existir transgressão ao princípio da moralidade administrativa, a Administração Pública deve verificar que o seu comportamento, além de obedecer aos ditames legais (princípio da legalidade), não venha a ofender a moral, os bons costumes, os princípios de justiça e de equidade. Agindo dessa

maneira, estará o administrador agindo de acordo com os chamados princípios da lealdade e boa-fé.

Conforme afirma Maria Sylvia (2010, p. 816):

Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

Enquadra-se nos denominados atos de improbidade a conduta do administrador público que desrespeitar o princípio da moralidade administrativa, conforme dita a própria Carta Magna em seu artigo 37, § 4º.

A Constituição prevê ainda a possibilidade de propositura de ação civil pública por ato de improbidade, nos moldes da Lei n.º 8.429/92, objetivando o exercício do controle jurisdicional feito

pelo Poder Judiciário sobre as lesões ou ameaças de lesão ao patrimônio público.

O princípio da probidade administrativa objetiva a honestidade de meios e fins empregados pela Administração Pública e seus respectivos agentes. Está ligado à ideia de boa administração, de cumprimento das normas internas da Administração Pública e à moral administrativa.

Leciona Wallace Paiva (2009, p. 101):

[...] o princípio da moralidade administrativa prega a observância de regras éticas na atividade administrativa, informadas por valores como boa-fé, diretivas de boa administração, honestidade, lealdade, interesse público, imparcialidade etc., que devem estar presentes na conduta do agente público e no ato praticado (objeto, motivo e finalidade). Contudo no princípio da moralidade administrativa está o da probidade.

Em uma primeira observação, atentar para uma distinção entre moralidade e probidade não se

mostra muito evidente. Porém, a partir de uma análise sistemática e teleológica dentro do sistema jurídico, percebe-se que há entre elas uma relação de gênero para a espécie. Improbidade administrativa pode significar má qualidade de uma administração, não envolvendo, necessariamente, falta de honradez no trato da coisa pública. Assim, probidade administrativa é gênero de que é espécie a moralidade administrativa.

1.2 Breve retrospectiva histórica

Antes de começar um estudo acerca da improbidade administrativa, é necessário situar o tema no Direito e na sociedade, buscando fazer uma breve retrospectiva histórica, em relação ao surgimento e sua efetiva aplicação.

Improbidade vem do latim, “*improbitate*”, que significa desonestidade, ocorre que no Direito está associado à conduta do administrador amplamente considerado. Pode-se conceituar improbidade como

sendo a negação do conceito de probidade, esta que significa qualidade de proba, integridade de caráter, honradez. Assim, pode-se afirmar que improbidade é o mesmo que desonestidade, falta de probidade.

Partindo da análise do conceito de improbidade, pode-se conceituar o ato de ímprobo como todo aquele praticado por agente público ou terceiro em conluio com este último, que não esteja de acordo com as normas da moral, com a lei e com os bons costumes. Falta honestidade e comprometimento com a administração da coisa pública, visando interesses que não são comuns à coletividade, ou seja, há desvio de finalidade na prática desses atos.

Fazzio Junior (2000, p. 165) afirma que,

Improbidade administrativa, objeto da Lei nº. 8.429/92, significa o exercício de função, cargo, mandato ou emprego público sem observância dos princípios administrativos da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência. É o desvirtuamento do exercício público, que tem como fonte a má-fé.

Combater a corrupção é uma das preocupações que aflige o homem desde a antiguidade, sendo encontrada nas mais antigas leis existentes e nas diversas civilizações. A corrupção é um mal que envolve a máquina administrativa de um governo, implicando no desvirtuamento da Administração Pública, atingindo o interesse público e infringindo os princípios regentes do Estado Democrático de Direito.

Delson Lyra (2003, p. 51) destaca que a corrupção não respeita limites ideológicos ou partidários e, afirma ainda que:

[...] frequenta com a mesma desenvoltura governos democráticos e autoritários, sejam eles ditos de direita ou de esquerda. Não faz por menos em razão do sistema econômico adotado, se capitalista ou estatal, se de plena liberdade de mercado ou de absoluto dirigismo.

Wallace Paiva (2009, p. 01) também faz referência ao histórico da corrupção:

A existência do Estado prende-se à noção de um aparelho organizador das relações sociais para satisfação das necessidades públicas, realizando-as mediante serviços públicos atribuídos a pessoas jurídicas por ele criadas através das atividades executadas pelas pessoas físicas investidas em funções públicas (dotadas de poderes administrativos correlatos) pelas mais variadas formas de investidura ou vínculo. [...] Embora o poder seja de elementar uso regular do agente público, e nessa medida também represente um dever para alcance dos fins objetivados pelo direito, muitos investidos nessa condição o empregam como uma fonte inesgotável de aquisição, usufruto, distribuição e transmissão de regalias e mordomias, um modo de obter vantagens ilícitas para si ou para outrem (coronelismo, filhotismo, nepotismo, empreguismo etc.), como um meio para distribuir favores ou prejudicar direitos, exercer o poder de maneira abusiva, em concurso com pessoas físicas e jurídicas de direito privado, motivo pelo qual não é de hoje a preocupação legislativa concreta com o fenômeno da imoralidade administrativa.

A referência acima traz, implicitamente, o conceito de improbidade administrativa ao falar da conduta que o agente pratica adquirindo através de vantagens ilícitas para si ou para outrem, podendo

inclusive ser em concurso com pessoa física ou jurídica de direito privado.

Desde o direito romano, a corrupção é combatida, havendo inclusive penas capitais, sendo que, com o decorrer dos anos, leis posteriores abrandaram a pena cominada para a corrupção, não aplicando mais as penas capitais, mas obrigando ao ente corrupto ressarcir o que indevidamente tivesse recebido.

Na Idade Média, era punida não só a corrupção dos juízes como a de outros agentes públicos, o que era normalmente feito de forma arbitrária pelo soberano. Eram cominadas aos juízes corruptos penalidades pecuniárias (restituição em quádruplo) e de perda dos direitos.

O combate à corrupção e o prejuízo ao erário também foi objeto da Constituição dos Estados Unidos, em seu art. II, Seção 4, onde o Presidente da República, o Vice-Presidente e todos os funcionários civis eram destituídos de seus cargos sempre que acusados e condenados por traição, corrupção ou outros crimes. No Brasil, não foi outro o entendimento de que a improbidade deveria ser combatida, frequentando o direito brasileiro há muito tempo, presente em leis infraconstitucionais e na própria Lei Maior.

Inovou a Constituição Federal de 1988 ao trazer em seus dispositivos o ato de improbidade administrativa no capítulo que se refere à Administração Pública. Nenhuma outra constituição havia mencionado tal ato, porém, já existia no direito positivo brasileiro legislações prevendo punição para atos que prejudicassem a Administração Pública e o enriquecimento ilícito.

O artigo 37 da Constituição Federal de 1988 inseriu no ordenamento jurídico o princípio da moralidade ao qual deve-se sujeitar toda a Administração Pública. O artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição, com base nesse princípio, instituiu a propositura da ação popular.

O § 4º do artigo 37 da Lei Maior estabeleceu que:

§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, o artigo 15, inciso V, relacionou os casos em que se dá a perda ou suspensão dos direitos políticos e, expressamente inclui a “improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”.

O surgimento da Lei de Improbidade Administrativa serviu para ampliar o controle administrativo, pois possibilitou a impetração de ação civil pelo representante do Ministério Público e pela pessoa jurídica lesada; permitiu o aperfeiçoamento do controle interno, possibilitando a qualquer cidadão o requerimento para a instauração de procedimento administrativo, visando apurar improbidade e; permitiu também ao Ministério Público que pudesse requisitar à autoridade administrativa a instauração de procedimento administrativo.

As constituições anteriores à de 1988 só se preocuparam em reprimir o enriquecimento ilícito do agente público.

Na Constituição de 1946, em seu artigo 146, § 31, em seu final, estatuiu o seguinte: "a lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica".

Também na Constituição de 1967, alterada pelas Emendas 1/69 e 11/78, o art. 153, § 11, previa em sua parte final que "a lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício da função pública".

Até o ano de 1988, o objeto tutelado era tão somente o enriquecimento ilícito do agente público, tendo a Constituição de 1988 inovado em seu art. 37, § 4º, alargando o conceito de improbidade administrativa, passando a sociedade a obter mais um instrumento no combate à corrupção.

Duas leis brasileiras foram produzidas no âmbito da legislação infraconstitucional anteriores à Lei 8.429/92: a Lei n.º 3.164/57 (Lei Pitombo-Godoí Ilha) e a Lei n.º 3.502/58 (Lei Bilac Pinto).

A Lei n.º 3.164/57 sujeitava a sequestro os bens de servidor público, adquiridos por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que aquele tenha ocorrido.

Já a Lei n.º 3.502/58 regulava o sequestro e o perdimento de bens de servidor público da administração direta e indireta, nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de

cargo ou função. Complementava a lei antecessora enumerando algumas hipóteses que configuravam o enriquecimento ilícito.

A proibidade administrativa tem como titular a sociedade, constituindo um direito difuso, de natureza indivisível. O ordenamento jurídico brasileiro dispõe de ações como a Ação Civil Pública, a Ação Civil Coletiva, a Ação Popular e o Mandado de Segurança Coletivo para proteger a sociedade em detrimento dos atos de improbidade praticados.

O Congresso Nacional, em junho de 1992, fez editar a Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) prevendo sanções das mais diversas naturezas, desde administrativa e civil até a suspensão dos direitos políticos.

1.3 A lei de improbidade administrativa

A Lei nº. 8.429/92 revogou de forma expressa a disciplina anterior, assim dispondo em seu artigo 25: “ficam revogadas as Leis nº. 3.164, de 1º de junho de

1957, e 3.502, de 21 de dezembro de 1958, e demais disposições em contrário”. A Lei de Improbidade Administrativa, se não a melhor, ao menos representa um instrumento voltado totalmente para o combate à corrupção.

Essa nova legislação chegou para dispor especificamente sobre a improbidade, tendo como objetivo trazer à baila as sanções aplicáveis aos agentes públicos, no caso de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública, previstas em seus artigos 9, 10 e 11.

Os atos de improbidade definidos pela nova lei são de amplitude muito maior do que as hipóteses de enriquecimento ilícito previstas nas legislações anteriores. Na lei n.º 8429/92, o enriquecimento ilícito constitui apenas uma das hipóteses de atos de improbidade, ao lado dos atos que atentam contra os princípios da Administração Pública e dos atos que causam prejuízo ao erário. A improbidade administrativa se caracteriza, resumidamente, pela violação aos princípios da moralidade, impessoalidade, economicidade e enriquecimento ilícito no exercício da função pública. Acaba por ser uma violação ao dever de probidade de todo administrador público, que é constitucional, já que prescrito no art. 37, § 4º da Carta Magna, que pune a improbidade administrativa.

No seu artigo 9º estão tipificados os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito:

Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente [...]

No artigo 10, a lei tipifica os atos que causam prejuízo ao erário:

Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente [...]

Por fim, no artigo 11, estão os atos que vão de encontro aos princípios da Administração Pública:

Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas [...]

No caso do enriquecimento ilícito, o artigo 9º traz várias condutas para tipificá-lo no caso concreto. São quatro os requisitos necessários para que o ato administrativo se enquadre em alguma das condutas: dolo do agente; obtenção de vantagem patrimonial; ilicitude da vantagem obtida; e, existência de nexo causal entre o exercício funcional e a vantagem indevida.

A vantagem patrimonial indevida pode ser obtida pelo agente público ou terceiro. Essa vantagem pode ser conseguida através de qualquer ação ou omissão no exercício da função pública.

Já o artigo 10 afirma que será ato de improbidade administrativa a conduta que cause lesão ao erário, podendo ser através de qualquer ação ou omissão, porém, a lei foi modificada recentemente e só admite condutas dolosas (anteriormente admitia-se dolo ou culpa). Os requisitos necessários para tal enquadramento são: conduta dolosa do agente; que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial ilícita; existência de lesão ao erário ou perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaramento ou dilapidação dos bens ou haveres; e, existência de nexo causal entre o exercício funcional e a vantagem indevida.

Por último, o artigo 11 prescreve as condutas do agente público que através da ação ou da omissão acaba por violar os princípios norteadores da Administração Pública. Isto significa o desvio ético de conduta, a inabilitação moral do agente público para o exercício da função pública. Os requisitos para o enquadramento em tal artigo são: conduta dolosa do agente, comissiva ou omissiva, ilícita que, em regra, não gere enriquecimento ilícito ou não cause lesão ao patrimônio público; violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, atentando contra os princípios da Administração Pública; e, existência de nexo causal entre o exercício funcional e o desrespeito aos princípios da administração.

Por fim, no que concerne às espécies de atos de improbidade administrativa, vale ressaltar que todos os rols existentes nos artigos 9, 10 e 11 da Lei 8.429/92 são exemplificativos, pois há possibilidade de tipificações diferentes, caso possua os elementos imprescindíveis para o enquadramento. Cabe ainda salientar que a conduta do agente público tipificada como improbidade não afasta a possibilidade de responsabilidade penal do mesmo caso haja crime.

Os dispositivos da Lei 8.492/92, conforme o seu artigo 1º, incidem sobre todas as pessoas qualificadas como agentes públicos, na administração direta e indireta, ainda que transitoriamente, com ou sem remuneração. Atingem também as empresas incorporadas ao patrimônio público e as entidades para criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual, limitado o ressarcimento de prejuízos, nesse caso, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

A lei de improbidade administrativa, segundo o seu artigo 3º, abrange ainda aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram dolosamente para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indiretamente. Logo, são equiparados a agentes públicos, ficando sujeitos às sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, os responsáveis e

funcionários de pessoas jurídicas de direito privado que recebam verbas públicas e promovam o seu desvio, apropriação, ou uso em desconformidade com as finalidades para as quais se deu o repasse.

O artigo 12º da lei de improbidade trata das diversas sanções que podem ser aplicadas. Cada inciso deste dispositivo prevê uma relação própria para cada espécie de improbidade. As modalidades são quase as mesmas, variando apenas em função de tempo e de valores.

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, 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 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos

fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos;

II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos;

III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos;

Mesmo havendo penalidades na Lei de Improbidade Administrativa, os atos de improbidade não podem ser considerados crimes. Há uma grande diferença entre ato de improbidade administrativa e crime, pois se sujeitam a juízos dotados de competências distintas: a cível e a criminal. Não há, quanto à improbidade, a previsão e aplicação de penas restritivas de liberdade. A lei 8429/92 não prevê punições de caráter penal, mas apenas de natureza civil e política, ou seja, incluem a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multas e reparação do dano.

A lei de improbidade administrativa responsabiliza o agente público pelos atos praticados em prejuízo da Administração Pública. As sanções são necessárias, dada a dificuldade de proteção ao patrimônio público. Porém, a aplicação das sanções necessita a observância da escala de gravidade do ato e do princípio da proporcionalidade, pois deve o aplicador da lei correlacionar a natureza da conduta e a penalidade a ser imposta.

Sobre o princípio da proporcionalidade, afirma José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 1028):

A aplicação do princípio é relevantíssima no caso de improbidade em virtude de a lei apresentar tipos abertos, dando margem a interpretações abusivas. Desse modo, condutas de menor gravidade não são suscetíveis de

sanções mais severas do que exige a natureza da conduta.

Tratam os artigos 14 ao 18 dos procedimentos administrativo e judicial, mediante os quais se busca apurar condutas de improbidade. Porém, conforme atenta José dos Santos (2009. p. 1036):

[...] é preciso lembrar que o procedimento na via administrativa não tem idoneidade para ensejar a aplicação das sanções de improbidade. Resulta, por conseguinte, que, mesmo após seu encerramento, deverá ser ajuizada a competente ação de improbidade para que o juiz sentencie no sentido da imposição de punições.

Por fim, em seu artigo 23, trata a lei de improbidade administrativa sobre a prescrição:

Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência.

Enfim, a Lei de Improbidade visa manter o perfeito funcionamento da máquina administrativa, evitando que sejam praticados atos contrários às finalidades do Poder Público. Um ato ímprobo é qualquer ato praticado por administrador público, ou terceiro em conluio com este último, que seja contrário à moral e à lei; é qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições públicas. Visa a Lei 8.429/92 evitar que tais atos sejam praticados, e, quando praticados, aplicar as devidas sanções.

CAPÍTULO 2

SUJEITOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA RESPONSABILIZAÇÃO

A Lei de Improbidade Administrativa, nos seus primeiros três artigos, identifica os sujeitos da lei. Define quem são os sujeitos passivos (quem sofre a ação dos atos ímprobos) e quem pode ser sujeito ativo (quem pratica os atos ímprobos).

Ao contrário do que muitos pensam, a Lei de Improbidade Administrativa não se destina apenas a regular os atos ímprobos dos agentes públicos, mas visa também responsabilizar terceiros que pratiquem esses atos em conluio com os primeiros. É o que veremos a seguir.

2.1 Sujeito passivo

A Lei de Improbidade Administrativa, em alguns dos seus parágrafos do artigo 1º, trata do sujeito passivo, ou seja, quem sofre a ação decorrente do ato de improbidade administrativa:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

[...]

§ 5º Os atos de improbidade violam a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções e a integridade do patrimônio público e social dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 6º Estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados

contra o patrimônio de entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais, previstos no § 5º deste artigo.

§ 7º Independentemente de integrar a administração indireta, estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual, limitado o ressarcimento de prejuízos, nesse caso, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

O artigo acima mencionado indica as entidades que podem ser atingidas pelos atos de improbidade. Essas entidades são praticamente as mesmas que são protegidas pela lei que disciplina a Ação Popular (Lei nº4.717/65), a diferença é que nesta última, o objetivo é a anulação do ato lesivo e o ressarcimento dos danos causados ao erário; já na Lei de Improbidade Administrativa objetiva-se a aplicação de medidas sancionatórias e o ressarcimento do erário.

Verifica-se que o sujeito passivo da lei abrange todas as pessoas jurídicas públicas; os órgãos dos três Poderes do Estado; a administração direta e indireta e as empresas que, mesmo não integrando a administração indireta e não possuindo a qualidade de empresa pública ou sociedade de economia mista, pertencem ao Poder Público, pois a este foram incorporadas. Abrange também as empresas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual, limitado o ressarcimento de prejuízos, nesse caso, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Sobre o tema, afirma Maria Sylvia (2010, p. 827):

São ainda incluídas outras entidades que não compõem a Administração Pública, direta ou indireta, nem podem ser enquadradas como entidades públicas de qualquer natureza. São entidades privadas em relação às quais o Estado exerce a função de fomento, por meio de incentivos, subvenções, incentivos fiscais ou creditícios, ou mesmo contribuição para a criação ou custeio. Podem ser incluídas nessa modalidade as entidades do tipo dos serviços sociais autônomos (Sesi, Senai, Sesc e outras semelhantes), as chamadas organizações sociais, as organizações

da sociedade civil de interesse público e qualquer outro tipo de entidade criada ou mantida com recursos públicos.

No caso do parágrafo sétimo, a redação é clara quando limita a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. O que vier a ultrapassar a quantia equivalente à contribuição dos cofres públicos deverá ser pleiteado por outra via que não seja a ação de improbidade administrativa.

O objetivo do legislador foi, sem dúvida, enquadrar todas as entidades nas quais haja a utilização ou destinação de recursos públicos, ou seja, a existência de verba pública é elemento essencial para caracterizar a entidade como sujeito passivo de ato de improbidade. Devem as entidades da Administração Pública, direta ou indireta, no exercício de suas competências de forma concentrada ou de forma desconcentrada, estarem protegidas de atos que contaminem o interesse público dos atos administrativos.

2.2 Sujeito ativo

No artigo 2º da Lei de Improbidade Administrativa, encontram-se indicados como sujeitos ativos dos atos de improbidade os agentes públicos que integram a Administração Pública como servidores ou não. Nesse mesmo artigo, encontra-se a definição do que vem a ser agente público:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e 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 referidas no art. 1º desta Lei.

Parágrafo único. No que se refere a recursos de origem pública, sujeita-se às sanções previstas nesta Lei o particular, pessoa física ou jurídica, que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente.

A definição adotada no dispositivo supracitado é a mais ampla possível, ou seja, para fins de aplicação das sanções previstas na LIA, a natureza do vínculo do agente com o Poder Público é irrelevante. Não é necessário ser servidor público, muito menos ter vínculo empregatício, para que seja enquadrado como sujeito da lei. O que basta é haver uma relação direta entre os sujeitos ativos e os agentes passivos, não importando sua natureza. Qualquer pessoa que preste serviço ao Estado é considerado agente público nos termos do artigo 2º.

Por ser um conceito amplo, abrange os membros de todos os Poderes, qualquer que seja a atividade desempenhada, assim como os particulares que atuem em entidades que recebam verbas públicas, subdividindo-se nas seguintes categorias: agentes políticos, agentes particulares colaboradores, servidores públicos e agentes meramente particulares. Trata-se de conceito mais abrangedor que o utilizado pelo art. 327 do Código Penal.

Partindo desse raciocínio, tanto será considerado agente público o presidente de uma autarquia, como também o proprietário de uma pequena empresa do ramo de alimentos que tenha recebido contribuição para a criação ou custeio para o desenvolvimento de sua atividade.

Porém, há de se ressaltar que terceiros que

não se enquadrem no conceito de agente público só estarão sujeitos às normas da Lei de Improbidade caso atuem juntamente com os agentes públicos.

De uma forma sucinta, é indispensável, para a prática de um ato ímprobo, a participação de um agente público. Com isso, não se quer dizer que o terceiro que concorra para o ato não irá ser responsabilizado, muito pelo contrário. É possível a responsabilização de particulares que auxiliem ou induzam o administrador público na prática de referido ato.

A Lei de Improbidade Administrativa considera como sujeitos ativos tanto os agentes públicos como os terceiros que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma.

Segundo José dos Santos (2009, p. 1016):

Denomina-se sujeito ativo aquele que pratica o ato de improbidade, concorre para a sua prática ou dele extrai vantagens indevidas. É o autor ímprobo da conduta. Em alguns casos, não pratica o ato em si, mas oferece sua colaboração, ciente da desonestidade do comportamento. Em outros, obtém benefícios do ato de

improbidade, muito embora sabedor de sua origem escusa.

Todas as categorias estão incluídas como servidores públicos, independentemente de ocuparem cargos efetivos, em comissão, vitalícios, regime estatutário ou contratual, funções ou empregos públicos. É o que leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 828), afirmando ainda:

Os membros da Magistratura, do Ministério Público e do Tribunal de Contas incluem-se também como sujeitos ativos, sejam eles considerados servidores públicos, como querem alguns, ou agentes políticos, como preferem outros. De uma forma ou de outra, podem ser sujeitos ativos dos atos de improbidade, consoante conceito amplo que decorre do art. 2º da lei. O fato de gozarem de vitaliciedade não impede a aplicação das sanções previstas na lei, inclusive a perda do cargo, já que uma das hipóteses de perda do cargo, para os servidores vitalícios, é a que decorre de sentença transitada em julgado[...].

Existe apenas uma ressalva a ser feita: os efeitos da ação de improbidade administrativa são restritos em relação a sua aplicação aos agentes políticos, pois eles gozam de algumas prerrogativas e muitos estão sujeitos a foro especial para perda de mandato. É o que se confirma no artigo 52, incisos I e II da Constituição Federal.

Pode-se deduzir da Lei 8.429/92 que não é suficiente a identificação da condição de agente público e do correspondente vínculo com um dos sujeitos passivos dos atos de improbidade para que possa ser divisada a prática de atos ímprobos. O agente deve praticar o ato, comissivo ou omissivo, na sua condição de agente público.

Não pratica ato de improbidade aquele que, sendo servidor de uma autarquia, gozando suas férias, provoque dano a bens pertencentes a ente público, pois a condição de agente público não apresenta nenhuma relevância para a prática do ato, já que está desvinculada do exercício funcional.

Enfim, o artigo 2º diz quem são os agentes ativos para aplicação da Lei de Improbidade, sendo devidamente ampliado pelo disposto no artigo 3º da lei quando prevê a possibilidade de responsabilização de terceiros. Ou seja, o sistema adotado pela LIA

pode ser identificado em dois grupos: agentes públicos (art. 2º) e terceiros (art. 3º).

2.3 Aplicação das disposições da Lei de Improbidade Administrativa a terceiros

O particular que induza ou concorra dolosamente com o agente público para a prática do ato de improbidade administrativa, também é considerado agente ativo **da Lei de Improbidade Administrativa**. É o que se infere do artigo 3º:

Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade.

Leciona Luís Otávio de Cerqueira (2010, p. 55):

Os deveres de probidade também devem ser observados por terceiros

em suas relações com a Administração Pública, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, vez que a inobservância dos princípios da moralidade e da legalidade em regra culmina na prática de atos de improbidade. Aquele terceiro que induz ou concorre, se beneficiando direta ou indiretamente estará sujeito às sanções previstas na LIA [...]

Terceiro é aquele que não se qualifica como agente público. Porém, somente sofrerá os efeitos da Lei de Improbidade se estiver de algum modo vinculado ao agente público. Se não houver vinculação, não há que se falar em aplicação das sanções previstas na LIA, mas sim das sanções previstas em outras leis.

Agiu bem o legislador ao estender a sujeição do dever de probidade administrativa ao partícipe, cúmplice ou co-autor do ato de improbidade administrativa. Representa uma mudança no tratamento da matéria, tendo em vista que a antiga lei que tratava da improbidade (Lei Federal nº3502/58) não punia a conduta do terceiro estranho ao serviço público, gerando a impunidade deste e o favorecimento da corrupção.

A atual lei foi clara ao responsabilizar o terceiro. Porém, deve-se atentar que o legislador inseriu que a LIA será aplicada “no que couber”. Ou seja, as sanções legais são aplicadas de acordo com a qualidade do beneficiário ou partícipe. É o que discorre em sua obra o autor Wallace Paiva (2009, p. 321):

[...] a) se ele não for agente público, não poderá sofrer a sanção privativa de perda de função pública, sem embargo das demais, formando em alguma delas (o ressarcimento do dano) a relação de solidariedade criada pelo art. 3º; b) se ele for agente público, sofrerá a incidência de todas as sanções legais, mesmo sendo partícipe ou beneficiário.

As pessoas jurídicas também poderão figurar como terceiros na Lei de Improbidade Administrativa. Será normalmente verificado com a incorporação ao seu patrimônio dos bens públicos desviados pelo ato ímprobo. Contrariamente ao que ocorre com o agente público, sujeito ativo dos atos de improbidade e que é necessariamente uma pessoa física, o artigo 3º da Lei de Improbidade não faz nenhuma distinção em relação aos terceiros, dispondo que "As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que,

mesmo não sendo agente público...", ou seja, permite concluir que as pessoas jurídicas também estão incluídas em tal dispositivo.

Verificando-se que determinado patrimônio de origem pública foi incorporado ao patrimônio de uma pessoa jurídica, estará ela sujeita às sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade. Porém, como já dito anteriormente, devem ser aplicadas as sanções no que couber, ou seja, devem ser compatíveis com as suas peculiaridades.

Logo, poderá sofrer as sanções de perda dos valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio, multa civil, 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 sócia majoritária, bem como à reparação do dano causado, em estando presentes os requisitos necessários.

Na maioria dos casos, observa-se ainda que será possível a utilização a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Ocorre a desconsideração sempre que a pessoa jurídica for desviada dos fins estabelecidos em seus atos constitutivos, servindo de instrumento à prática de atos ilícitos e buscando manter intangível o patrimônio de seus sócios, que

são os verdadeiros responsáveis e os maiores beneficiários pelos ilícitos praticados.

Logo, a desconsideração da personalidade jurídica assegurará que os sócios, a exemplo da pessoa jurídica, também estejam legitimados a figurar no polo passivo da relação processual, estando igualmente sujeitos às sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade.

Assim, para que o terceiro seja sujeito ativo na Lei de Improbidade, necessário se faz que existam uma ou todas as situações elencadas a seguir: a) induzir o agente público para a prática do ato de improbidade administrativa; b) que ocorra o concurso – agente público e terceiro - para a ocorrência do ato; c) que o terceiro se beneficie do ato, ainda que indiretamente (pois a lei não distingue benefício direto de benefício indireto); d) haja o dolo, caracterizado pela vontade de lesar o patrimônio público ou se beneficiar de um ato ilícito.

2.3.1. Indução ou concorrência

O terceiro que induzir ou concorrer para a prática de ato de improbidade estará sujeito às sanções

dispostas na LIA, pois atuou ativamente para a prática das condutas ímprobas, estando sujeito, por conseguinte, também ao ressarcimento do erário e à perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio. É o que leciona Luís Otávio Sequeira (2010, p. 56).

O terceiro pode se sujeitar, ainda, ao bloqueio e à indisponibilidade de bens prevista no artigo 16º da Lei de Improbidade, com a finalidade de obter o ressarcimento integral do Erário.

Afirma José dos Santos (2009, p. 1020):

A conduta ímproba não é genericamente a de prestar auxílio ao agente, mas sim a de induzir ou concorrer. O sentido de induzir é o de instilar, plantar, inculcar em outrem a ideia do ilícito (que antes não existia); concorrer, por sua vez, significa participar do ilícito, prestando auxílio material ao agente. Tendo-se referido apenas a tais condutas, não constitui ato de improbidade o fato de o terceiro instigar o agente à prática do ilícito; instigar, como se sabe, tem o sentido de incentivar, fomentar, estimular o agente (que já preordenara ao ilícito). Tratando-se de condutas suscetíveis de punição, não podem os termos que as expressam ser objeto de interpretação ampliativa.

Dos ensinamentos de José dos Santos e do entendimento da LIA, pode-se afirmar que a ação do terceiro pode se desenvolver em três ocasiões distintas, as quais são individualizadas a partir da identificação do momento de conformação do elemento subjetivo do agente público e da prática do ato de improbidade.

A indução ocorre quando o terceiro desperta no agente público o interesse em praticar o ato de improbidade, é o auxílio moral. Já a instigação ocorre quando a intenção de praticar o ilícito preexistia à ação do terceiro, o qual se limita a estimular a ideia que já existe. Tratando-se de vocábulos com conteúdo semântico distinto, o resultado da interpretação do preceito legal não pode ser extensivo, pois, dessa maneira, estaria sendo ampliando o alcance da norma que comina sanções severas ao agente. Deve ser seguido o princípio da legalidade estrita.

2.3.2. Benefício direto ou indireto decorrente da prática de ato de improbidade

Para ser responsabilizado por ter recebido benefício direto ou indireto da prática do ato de improbidade administrativa, deve o terceiro ter agido

dolosamente, ou seja, deve ter ciência da vantagem auferida. Conforme afirma José dos Santos (2009, p. 1021), “o comportamento culposo não se compatibiliza com a percepção de vantagem indevida; muito menos a conduta sem culpa alguma”.

Conforme afirma Wallace Paiva (2009, p. 321):

É lógico que somente poderá ser censurado o comportamento do beneficiário direto ou indireto que tenha experimentado a vantagem imbuído da falta de boa-fé, agindo dolosa ou culposamente. O direito protege a boa-fé, agindo dolosa ou culposamente. O direito protege a boa-fé, mas não tolera a posição daquele que se aproveita de ato ilegal ou imoral justamente para angariar vantagem. Quem age assim, movido por dolo ou por falta de diligência, não exerce direito regularmente, senão pratica abuso de direito, pois tira dividendos de situação jurídica ilegítima. Não é só o administrador público que tem o dever de velar pela estrita legalidade dos atos administrativos em geral. Também qualquer pessoa é detentora desse direito, expressamente previsto na legislação de licitação e contratos administrativos, de fiscalização orçamentária e financeira etc [...]

Prevalece a responsabilidade solidária em razão do benefício direto ou indireto obtido por terceiro em detrimento do ato de improbidade. Esse tipo de responsabilidade visa o pleno ressarcimento do erário. A solidariedade decorre da própria relação que se estabelece entre o terceiro e o agente público.

A Lei de Improbidade Administrativa não trata de forma separada o beneficiário direto (conforme o terceiro tenha acesso direto ao produto do ilícito) do beneficiário indireto (obtenha vantagens outras em razão de sua colaboração, ainda que por intermédio de interposta pessoa).

A boa-fé deve estar presente em todos os atos, principalmente nos que envolvem o interesse público. Quem age sem boa-fé, assume o risco da nulidade e do reconhecimento da improbidade do ato. Logo, os beneficiários do ato ímprobo devem ser alcançados em razão da má-fé de suas condutas quando cometidas juntamente com o agente público ou pelo aproveitamento de uma situação que o beneficie e de cuja ilicitude tenha plena consciência. A boa fé é indispensável ao particular que constitui relações com o Poder Público. Sem boa-fé, portanto, o particular não pode se eximir das sanções impostas pela Lei de Improbidade.

Além da necessidade da identificação da responsabilidade do terceiro, a individualização das

formas de participação contribuirá para a correta aferição da dosimetria da sanção que lhe será aplicável. Quem induz o agente público a praticar o ato de improbidade, concorre na divisão de tarefas e ainda se beneficia do produto do ilícito. Logo, deve ser aplicada uma sanção mais severa do que àquele que apenas induziu o agente à prática do ato de improbidade.

tráfico de influências, por exemplo, infração penal que indica a solitação, pelo sujeito ativo do crime, de vantagem destinada ao agente público, somente configurará o ato de improbidade se houver efetivo induzimento deste à sua prática. Não havendo o induzimento, responderá o terceiro unicamente pelo ilícito penal.

Por fim, cabe ressaltar, mais uma vez, que somente é possível falar responsabilização de terceiros tendo sido o ato de improbidade praticado por um agente público, requisito este que é indispensável para a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. Não tendo a participação do agente público, estará o terceiro sujeito apenas a sanções outras que não aquelas previstas na Lei de Improbidade.

2.3.3. Responsabilidade subjetiva

É imprescindível a apuração da responsabilidade subjetiva para a imputação da responsabilidade de terceiros. De uma forma mais clara, é necessário que o terceiro tenha agido com má-fé, com dolo. Deve o terceiro ter consciência da ilicitude dos benefícios obtidos direta ou indiretamente ou ter a intenção de lesionar o Erário.

Para a caracterização de qualquer ato de improbidade administrativa imputado a terceiro, necessária se faz a presença do elemento subjetivo (dolo) na conduta do agente público, em concorrência com o particular, visto que não é admitida a responsabilidade objetiva no presente ordenamento jurídico.

O nexo de causalidade é indispensável para que ocorra a tipificação da conduta do particular na Lei nº 8.429/92. Deverá existir uma relação direta entre o ato ímprobo praticado pelo agente público e o particular, justamente porque, obrigatoriamente, terão que ser partícipes da má-fé, visando à obtenção de um resultado ilícito e imoral.

A Lei nº 8.429/92 visa resguardar os princípios da administração pública e os valores elencados na Constituição Federal, objetivando com isso combater a corrupção, a imoralidade e a desonestidade no exercício do serviço público. Não deve ser punida as meras irregularidades administrativas ou transgressões disciplinares, pois estas possuem foro disciplinar adequado para processamento e julgamento.

Assim sendo, a responsabilidade tanto do agente público, quanto a do particular que se beneficie do ato, deve ser subjetiva, resultante da prática conjunta ou concorrente do ato ímprobo. O particular não poderá ser responsabilizado objetivamente, pois os princípios da proporcionalidade e culpabilidade exigem que a sanção administrativa seja aplicada à ação típica e ilícita, só podendo responder pela Lei de Improbidade se for provada a sua culpabilidade. Ou seja, deverá estar caracterizada a desonestidade e a má-fé do agente público em conjunto com o particular, na obtenção de um resultado ilícito e vedado pelo ordenamento jurídico.

Somente da maneira explicitada acima poderá ocorrer a responsabilização do terceiro. Se o particular não agiu com dolo ou culpa, a imposição da sanção prevista na Lei de Improbidade Administrativa é injurídica e imoral.

Do estudo dos sujeitos da Lei de Improbidade Administrativa podemos ter uma noção da amplitude de tal lei. Buscou o legislador proteger a Administração Pública de todo e qualquer ato que causasse dano ao erário, que ferisse os princípios administrativos ou que fosse de encontro ao ordenamento jurídico e à finalidade pública dos atos. Acertou a lei ao prever a responsabilidade dos terceiros que, mesmo não sendo agentes públicos, induzissem ou concorressem para a prática do ato ímprobo ou que dele se beneficiasse de forma direta ou indireta.

A Lei de Improbidade é a mais completa possível. Define os atos ímprobos, prever sanções e responsabiliza todos aqueles que praticam e que cooperam com o ato. Cabe aos operadores do Direito aplicar efetivamente essa lei e à Administração Pública, fiscalizar e garantir o controle dos atos praticados por seus agentes.

CAPÍTULO 3

ESVAZIAMENTO DA RESPONSABILIDADE DO SETOR PRIVADO E O FAVORECIMENTO DA CORRUPÇÃO

A Lei de Improbidade Administrativa, conforme dito no capítulo anterior, é a mais completa possível. O ordenamento jurídico brasileiro é cercado de instrumentos normativos para combater a corrupção. O que se questiona é que o índice de corrupção só faz aumentar. São cada vez mais comuns os escândalos envolvendo o desvio de verbas públicas, o favorecimento pessoal em detrimento do interesse público, as fraudes às licitações e aos contratos públicos.

A corrupção envolvendo o setor privado, que é o ponto alto de nosso questionamento, é o que mais preocupa. Eles estão sendo auxiliados pelos agentes públicos, quando na realidade estes últimos deveriam coibir tais atos.

O que caberá analisar neste último capítulo será, justamente, a origem dessa corrupção, os principais meios pelos quais ela é praticada e, o porquê desse aumento de atos ímprobos em nosso país.

3.1 Patrimonialismo e corrupção

Através de um breve passeio nos regimes governamentais da Europa e do nosso País, pode-se entender e esclarecer o que se entende por patrimonialismo, definindo o significado desse vocábulo, bem como seu uso nos diversos instantes regimentais no Continente Europeu e no Brasil a partir de sua colonização.

Pode-se definir patrimonialismo como característica de um Estado que não possui distinções entre os limites do público e os limites do privado, sendo uma prática comum em todos os países que tiveram regimes absolutistas. Na realeza os gastos pessoais e os públicos eram tratados de

modo indistinto, tanto para assuntos de ordem pessoal, quanto para assuntos que envolviam o interesse público. Com isso, o Estado acabava sendo um patrimônio de seu governante.

Na Europa, o patrimonialismo foi instaurado pelos germanos que invadiram Roma. Os povos bárbaros tinham o patrimonialismo como característica, onde o reino e suas riquezas eram transmitidos hereditariamente, de forma que os sucessores usufruíam dos benefícios do cargo, sem pudor em gastar o tesouro do reino em benefício próprio ou de uma minoria, sem prévia autorização de um senado.

No Brasil, o patrimonialismo teve início no período colonial (1550/1822), continuando no período imperial (1822/1889) e perpetuando-se até a República Velha (1889/1930). Aos senhores de terra foram concedidos títulos, terras e poderes quase que absolutos, o que resultou em uma má gestão da coisa pública gerando uma confusão entre o público e o privado.

Logo, a corrupção tem origem no patrimonialismo, e este nada mais é do que o uso do bem público para benefício pessoal. Já a corrupção pode ser definida como desvio do poder ou da finalidade visando obter vantagens ilícitas e utilizar o

dinheiro público para o seu interesse pessoal ou de outrem, ou seja, interesses distintos do que objetiva o ordenamento jurídico.

O patrimonialismo e a corrupção se fundem, pois no patrimonialismo encontra-se a forma mais antiga de corrupção legalizada em que o Estado servia ao governante e às classes dominantes minoritárias, e os povos (classes dominadas) eram subjugados aos regimes ditatoriais e submetidos a toda sorte de atrocidade se ousassem se rebelar contra os sistemas impostos pelo autoritarismo imperial, aplaudido pela aristocracia e oligarquias, que deles se beneficiavam.

Tempos idos, sentiu-se a necessidade criada na República de um Estado forte em que os interesses pessoais ficassem subjugados ao interesse do Estado. Regulamentos e leis foram criados para normatizar esses fatos. Porém, no Brasil, doutrinar classes “dominadoras” em que a lei de ter que levar vantagem em tudo é condição *sine qua non*, desde o ambiente familiar até na vivência contemporânea dessas pessoas, demanda obstinação, disciplina e punição rigorosa dos contraventores. A diminuição nas estatísticas internacionais em que figuramos como um país com alto índice de corrupção, ainda terá uma longa estrada a ser trilhada, com mudanças de atitudes, disciplinamento, e aplicabilidade da lei.

Nos dias atuais, inúmeros são os casos de corrupção que envolve os agentes públicos em parceria com os entes privados. Em todos os lugares do Brasil, sabe-se de notícias de figuras públicas envolvidas em esquemas com terceiros para desviarem verbas ou obterem vantagens ilícitas. O fato discutido é terminantemente negativo para a boa administração de um país, principalmente quando se questiona a punição, pois esta, raramente, é efetuada.

São cada vez mais comuns os escândalos no mundo político. Exemplos desses escândalos seria o caso do bicheiro Carlos Cachoeira e seus esquemas do jogo do bicho, envolvendo, por trás disso, muitas figuras públicas e; o caso da empreiteira Delta, fazendo uso de documentos falsos para vencer licitações, tudo isso com o auxílio de agentes públicos.

Casos, como os citados acima, de malversação de recursos públicos, uso indevido da máquina administrativa, e tantos outros males configuram uma sensação de que a corrupção se torna cada vez mais normal e impune no Brasil, o que acaba por gerar grande instabilidade. A corrupção é considerada um fato comum, e os cidadãos ficam apenas aguardando qual será o próximo escândalo envolvendo a máquina pública, o que não deveria acontecer.

Podemos definir a corrupção como um fenômeno social formado por desvios comportamentais que desobedecem ao ordenamento jurídico estatal ou aos seus valores morais, tudo isso em troca de vantagens consideradas ilícitas. Corrupção é uma maneira de cindir com os padrões éticos e jurídicos que devem reger o comportamento individual nas esferas pública e privada.

Segundo Wallace Paiva (2009, p. 01):

Embora o poder seja de elementar uso regular do agente público, e nessa medida também represente um dever para o alcance dos fins objetivados pelo direito, muitos investidos nessa condição o empregam como uma fonte inesgotável de aquisição, usufruto, distribuição e transmissão de regalias e mordomias, um modo de obter vantagens ilícitas para si ou para outrem (coronelismo, filhotismo, nepotismo, empreguismo etc), como um meio para distribuir favores ou prejudicar direitos, exercer o poder de maneira abusiva, em concurso com pessoas físicas e jurídicas de direito privado, motivo pelo qual não é de hoje a preocupação legislativa concreta com o fenômeno da imoralidade administrativa.

O termo corrupção deriva do lato *rumpere*, que significa romper, dividir, gerando o termo *corrumpere*, que significa deterioração, alteração. Tais ações, compostas por desonestidade e por deslealdade dos seus agentes públicos no desempenho das atividades funcionais, são objeto de repressão pelo ordenamento jurídico pátrio, principalmente pela Lei de Improbidade Administrativa. Podemos dizer que a corrupção é um dos meios de manifestação da improbidade.

No Brasil, como já mencionado anteriormente, a corrupção não é um fenômeno recente, pois é observada sua presença desde a época do Brasil colônia. Foi na colonização brasileira que a corrupção teve o seu ponto inicial. Havia um elo entre o rei e os administradores da máquina pública, caracterizado por interesses pessoais e paternalistas, acrescentando-se o objetivo comum de lucro desenfreado, descompromissado com os valores morais e éticos bem como com os deveres funcionais ou com os interesses coletivos. A coisa pública atendia apenas aos anseios das classes dominantes na época.

Segundo Wallace Paiva (2009, p. 01):

A existência do Estado prende-se à noção de um aparelho organizador das relações sociais para satisfação das necessidades públicas,

realizando-as mediante serviços públicos atribuídos a pessoas jurídicas por ele criadas através das atividades executadas pelas pessoas físicas investidas em funções públicas (dotadas de poderes administrativos correlatos) pelas mais variadas formas de investidura ou vínculo. Porém, há uma distância, às vezes pequena, às vezes grande, entre o Estado ideal e o Estado real, e a ciência jurídica, bem conhecendo essa dura realidade, fornecendo meios para a responsabilização do agente público pelo mau uso do poder que o povo lhe confere.

É esse mau uso do poder, comentado por Wallace, que faz com que a administração da máquina pública não seja feita de maneira a atender os objetivos e finalidades previstas no ordenamento jurídico. Torna-se necessário, senão imprescindível, combater esse tipo de atitude. A existência do Estado Democrático de Direito pressupõe que seja zelada a moralidade e a probidade administrativa ao serem praticados os atos por meio de seus agentes públicos. Devem-se preservar as regras da boa administração e excluir os atos que ostentem inabilitação moral para o exercício das funções públicas.

Afirma ainda Wallace Paiva (2009, p. 02):

A deturpação tradicional do poder disseminou na sociedade brasileira a inconveniente, insuportável e incômoda cultura da improbidade administrativa, pela qual os maiores e mais gritantes escândalos eram vistos com passividade geral como decorrência da naturalidade das coisas, como se fossem absoluta, elementar e naturalmente lícitos aos agentes públicos a obtenção de vantagens ilícitas, o malbaratamento dos recursos do erário, o vilipêndio aos princípios da Administração Pública e o desprezo aos direitos e garantias individuais e sociais. Causas inúmeras (algumas atávicas, implantadas na fase do colonialismo português) contribuíram para esse estado de coisas, notadamente porque o Estado brasileiro é excessivamente tutelar, demasiadamente burocrático e radical interveniente no atacado e varejo das relações sociais.

A improbidade administrativa é uma forma de corrupção, e esta última é considerada como qualquer maneira de uso arbitrário do poder por um agente público. Do ponto de vista econômico, a corrupção pode ser concebida como qualquer tipo de apropriação indébita do domínio público, por se tratar de algo ilegal. Na maioria das vezes ocorre por meio de fraudes no domínio público, principalmente no que

tange licitações e contratos. Desta forma, é fundamental o fomento aos consensos normativos que combatem tais atos, garantindo assim o bom funcionamento da máquina pública. Não adianta termos uma boa lei se sua aplicação é falha.

A proteção e a observância de valores éticos e morais da Administração Pública deve começar, primeiramente, por uma preservação desses valores. Deve ser o objetivo primordial de qualquer Estado Democrático de Direito manter a boa administração da máquina pública. Essa busca por uma boa administração deve ser alcançada por instrumentos juridicamente concebidos com essa finalidade. O ordenamento jurídico brasileiro conta com princípios e normas jurídicas que visam proteger a probidade administrativa, e dentre eles se destaca a Lei de Improbidade Administrativa que coíbe os atos ímprobos de maneira repressiva e preventiva.

O ordenamento jurídico brasileiro não é deficiente para combater a improbidade administrativa. A Lei de Improbidade Administrativa é a mais completa possível. O que falta é a sua efetiva aplicabilidade. A impunidade havendo leis é muito mais grave do que quando não existem leis para combatê-la. O problema da improbidade administrativa, juntamente com a corrupção, não está no estabelecimento de novas leis, mas sim no nível de efetividade dessas leis. Falta em

nosso país o respeito à legalidade e a efetiva aplicabilidade do ordenamento pátrio.

3.2 Licitação e contratos como principais instrumentos da corrupção

Licitações e contratos públicos são as principais formas pelas quais os agentes públicos, em conluio com terceiros, conseguem desviar verbas públicas. Quando se fala em corrupção, é comum associar-se os grandes escândalos envolvendo contratos e licitações que envolvem a máquina pública e os seus fornecedores (o setor privado).

Segundo José dos Santos (2009, p. 225), a Administração Pública:

[...] exerce atividade multifária e complexa, e sempre com os olhos voltados para fim de interesse público. Para alcançá-lo, precisa valer-se de serviços e bens fornecidos por

terceiros, razão por que é obrigada a firmar contratos para a realização de obras, prestação de serviços, fornecimento de bens, execução de serviços públicos, locação de imóveis etc.

O Estado, por si só, não é autossuficiente, não é capaz de produzir tudo o que precisa ou de prestar todos os tipos de serviços para a população, tornando-se necessária a realização de contratos com o setor privado para suprir essa demanda que só faz crescer. Ocorre que, para a celebração de contratos é indispensável que seja observado o procedimento licitatório.

Afirma ainda José dos Santos (2009, p. 225):

Não poderia deixar a lei ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos.

Todos os organismos estatais devem realizar licitações. Da caneta utilizada na repartição até os contratos de telefonia, tudo que tiver de ser adquirido deve passar pelo processo licitatório, o que acaba por envolver grandes montantes do dinheiro público nesse investimento.

O processo licitatório envolve grandes quantias, tanto se tomadas globalmente como se tomadas individualmente. Envolve também muitas pessoas: os agentes públicos, os políticos e o setor privado. Muitos setores econômicos dependem quase que exclusivamente de fornecimentos ao setor público para a virtual totalidade dos seus negócios.

Para poder comentar o assunto licitação e contratos como principais instrumentos da corrupção, há de se definir, primordialmente, em que consiste um processo licitatório. De acordo com o artigo 37, inciso XXI da CF/1988:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as

exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Segundo José dos Santos (2009, p. 226), entende-se por licitação:

[...] o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Estão obrigados a licitar todos os órgãos da Administração Pública direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e todas as demais entidades que sejam controladas direta ou indiretamente pelos entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

O processo licitatório deve se enquadrar nos princípios constitucionais da legalidade, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, com o propósito de possibilitar à Administração a aquisição, a venda ou uma prestação de serviço de uma maneira lícita.

As empresas que concorrerem devem atender às especificações legais necessárias constantes do edital e seguir também os princípios constitucionais. A empresa que oferecer maiores vantagens ao governo será a escolhida para o fornecimento do produto ou do serviço, para aquisição de bens alienados pela administração pública, ou para atuar nos regimes de concessão ou permissão em relação a serviço público.

Afirma José dos Santos (2009, p. 231):

A licitação veio prevenir eventuais condutas de improbidade por parte do administrador, algumas vezes curvados a acenos ilegítimos por parte de particulares, outras levados por sua própria deslealdade para com a Administração e a coletividade que representa. Daí a vedação que se lhe impõe, de optar por determinado particular. Seu dever é o de realizar o procedimento para que o contrato seja firmado com aquele que apresentar a

melhor proposta. Nesse ponto, a moralidade administrativa se toca com o próprio princípio da impessoalidade, também insculpido no art. 37, caput, da Constituição, porque, quando o administrador não favorece este ou aquele interessado, está, ipso facto, dispensando tratamento impessoal a todos.

O que acontece é que muitas vezes esse processo licitatório é forjado. Apesar de termos uma excelente lei coibindo atos de improbidade administrativa, responsabilizando tantos os agentes públicos quanto os terceiros que, em conluio com os primeiros, causem prejuízo ao erário para obter vantagens pessoais, a lei não é efetivamente aplicada, o que acaba por causar impunidade e estimular cada vez mais o aumento da corrupção. Os agentes públicos e políticos, juntamente com as empresas privadas que visam a contratação, atuam juntas visando interesses pessoais e desvirtuando a finalidade principal das licitações e dos contratos que é, justamente, a finalidade pública.

Destarte, fica explicitado que mesmo que se tenham cuidados específicos na elaboração e na aplicabilidade dos procedimentos licitatórios e no gerenciamento e fiscalização dos contratos assinados

com a administração pública, a sua gestão é marcada por um elevado grau de incidência de improbidade administrativa. Logo, essa atuação nociva dos agentes públicos é um fator preponderante para impedir uma melhoria da qualidade de vida dos brasileiros e de um melhor desenvolvimento do país.

Nos procedimentos licitatórios, a responsabilidade do agente público pelos ilícitos que venha a praticar é consequência primordial da falta de observação do dever jurídico de atuar em busca da conservação do interesse público. É responsável também o agente público que compõe as comissões de licitação e também o agente público que é designado para elaboração e fiscalização dos contratos de serviço nos órgãos públicos, apontando que os ilícitos ocorridos, ainda que sem a conivência ou participação ativa desse agente, são resultados de trabalhos negligentes ou do despreparo desse agente, por não querer nenhum envolvimento ou comprometimento com a coisa pública e não ter afinidade com o interesse coletivo.

Essa afirmação sobre o comportamento desse agente colabora e evidencia a entrada do ato corrosivo e corruptivo na Administração Pública. Consequentemente, torna a Administração Pública alvo fácil para que as empresas privadas prestadoras de serviços de terceirização e de vendas de materiais a esses órgãos programem mecanismos para que os serviços

e materiais ofertados sejam de qualidades inferiores às homologadas no certame licitatório, ou que, de qualquer forma, obtenha alguma vantagem ilícita sobre a Administração Pública.

O setor privado é responsabilizado diante da Lei de Improbidade Administrativa, porém, em virtude da lei não ser efetivamente aplicada, cada vez mais esses terceiros corrompem o sistema licitatório, tendo em vista que ficarão impunes. Eles se aproveitam das precariedades constantes na aplicação da lei e roubam cada vez mais. O que contraria mais ainda é que todos esses atos ocorrem, na maioria das vezes, com o auxílio dos agentes públicos e dos políticos.

As responsabilidades das ilicitudes decorrentes dos atos ímprobos envolvem a esfera administrativa, política, penal, cível e até mesmo moral, as quais são passíveis de aplicação de sanções extremamente variáveis, em grau ou essência, dependendo da natureza do ato e de sua potencialidade lesiva no contexto social.

Porém, é inútil a cominação de severas sanções se os mecanismos de controle e execução forem ineficazes, pois o temor inibitório só incidirá no agente público se este perceber que uma sanção será efetivamente aplicada. Os estímulos à corrupção tornar-se-ão mais amenos quando existir maior eficácia no

meio de controle dos atos e as sanções aplicadas ao agente ímprobo demande um maior prejuízo patrimonial.

Apontados os mecanismos de controle e execução como ineficazes para inibição de atos que prejudicam a União pelos agentes públicos, convenha que o resultado seja o esvaziamento da responsabilidade do setor privado, favorecendo mais uma vez a corrupção.

3.3 Setor privado e a Lei 8429/92

Conforme já dito anteriormente, o particular que induz ou concorre para o ato de improbidade administrativa, ou que dele se beneficie, também é considerado sujeito ativo da Lei de Improbidade Administrativa. Dispõe o artigo 3º da lei 8.429/92: “As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade”.

O que se observa é que, para a caracterização do ato de improbidade administrativa, exige-se o dolo. Sendo assim, ao ser caracterizada a indução ou a concorrência de atos ilícitos, e estando presente o dolo, configurado estará o delito. Não somente o agente público responderá perante a Lei de Improbidade Administrativa, como também o particular que induzir, concorrer ou de qualquer maneira obtenha algum tipo de benefício.

As disposições constantes nos artigos 1º ao 3º da Lei de Improbidade são claras ao preservarem a responsabilidade de todas as pessoas que participem dolosamente, de forma direta ou indireta, do ato de improbidade. É o que afirma também o posicionamento da Ministra Eliana Calmon, 5 relatora do REsp nº 931135/RO:

Administrativo. Improbidade Administrativa. Terceiro não ocupante de cargo público. Concurso para a prática de ato descrito no art. 9º da Lei 8.429/92. Condenação. Possibilidade. Incidência dos arts. 1º e 3º da Lei 8.429/92. 1. Os arts. 1º e 3º da Lei 8.429/92 são expressos ao preservarem a responsabilização de todos, agentes públicos ou não, que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indireta. 2. A expressão 'no que couber' prevista no art. 3º, deve ser

entendida apenas como forma de restringir as sanções aplicáveis, que devem ser compatíveis com as condições pessoais do agente, não tendo o condão de afastar a responsabilidade de terceiro que concorre para ilícito praticado por agente público. 3. Recurso especial não provido.

Conclui-se que, sem a efetiva demonstração do elemento subjetivo da conduta do agente e do terceiro, não haverá a subsunção de suas condutas em um dos tipos descritos na Lei nº 8.429/92. A ação de Improbidade Administrativa deve ser intentada contra o agente público ou terceiro que praticou ato em desconformidade com a moral e a probidade, causando prejuízo à máquina pública diretamente ou indiretamente, por meio da prática do ato imoral e desonesto.

Ocorre que, sem a presença do agente público, não se pode responsabilizar o particular isoladamente dentro do escopo da Lei de Improbidade. A lei de improbidade só admite a inclusão do particular na ação caso ele participe solidariamente com o agente público, ou seja, deva praticar o ato em conluio com o agente.

É necessário o nexo de causalidade para que ocorra a subsunção da conduta do particular na Lei de Improbidade. Deverá existir uma relação direta entre o ato de improbidade praticado pelo agente público e o particular, pois terão que ser partícipes da má-fé obrigatoriamente, devendo visar à obtenção de um resultado contrário à lei e a boa-fé.

O particular não responderá perante a Lei de Improbidade se não houver agido em conluio com o agente público e, mesmo tiver agido junto com este último, só poderá ser responsabilizado perante a lei se o agente também for. Se o particular não aderir a nenhuma prática ilícita e não agir com dolo em conluio com agentes públicos, e nem causar prejuízo ao erário, estará fora do alcance da Lei de Improbidade.

Logo, conforme a Lei de Improbidade Administrativa, o terceiro não pode ser responsabilizado objetivamente devido aos princípios da proporcionalidade e culpabilidade exigirem que a sanção administrativa retributiva seja aplicada à ação típica e ilícita. O ato considerado ilegal, por si só, não pode ser inserido no contexto da Lei n.º 8.429/92, pois há a necessidade da demonstração do dolo, tanto do agente público como do particular que concorra na prática do ato de improbidade.

Sobre a Lei de Improbidade, comenta o Ministro Castro Meira, relator do REsp nº 108991/PE:

A Lei nº 8.429/92 visa resguardar os princípios da administração pública sob o prisma do combate à corrupção, da imoralidade qualificada e da grave desonestidade funcional, não se coadunando com a punição de meras irregularidades administrativas ou transgressões disciplinares, as quais possuem foro disciplinar adequado para processo e julgamento.

O que vem a ser discutido agora é o objetivo primordial da lei: o combate à corrupção. Foi clara a lei ao estabelecer a responsabilização de terceiros que agissem em conluio com agentes públicos visando obter vantagens ilícitas e prejudicar o erário. Acontece que, de nada adianta termos em nosso ordenamento uma lei completíssima, abrangendo todos os sujeitos possíveis e responsabilizando-os se, na prática, não se consegue exercê-la em sua dimensão.

Muito se fala sobre a corrupção brasileira, colocam a culpa na colonização afirmando que este tipo de atitude é ínsito aos que detém o poder e que

não há como mudar. Porém, ao visualizarmos mais detalhadamente o assunto, observamos que todas as sociedades contemporâneas sofrem do mesmo mal. A diferença entre o Brasil e outros países politicamente mais civilizados é a falta de mecanismos sérios e bem elaborados de maneira que venham a ser concretizadas as punições aos indivíduos que se utilizem da coisa pública para benefício particular.

Denúncias são feitas, provas colhidas e são devidamente apontados os sujeitos. O que ocorre é que o judiciário carece de mecanismos eficazes e dos meios necessários para que as devidas punições sejam aplicadas, caracterizando a impunidade e, conseqüentemente, os corruptos vêm espaço para continuarem praticando atos ímprobos.

O que se vê atualmente no Brasil é que, depois das diversas atrocidades cometidas, ainda resta a quase que completa impunidade: nem os agentes públicos respondem e, obviamente os terceiros que atuaram em conluio também ficam impunes diante da Lei 8.429/92.

A Lei de Improbidade Administrativa acertou em cheio ao prever a responsabilização do agente público juntamente com qualquer terceiro que aja em conluio com este. O que ocorre é que, na prática, já vemos a dificuldade que existe em fazer um processo contra um agente público chegar em sua fase final e

ser comprovada sua culpa. Imagina-se que mais problemático ainda seria conseguir levar até o final uma ação de improbidade administrativa contra um particular, tendo em vista que este só poderá responder perante a lei 8429/92 caso o agente público também tenha agido e tenha sido comprovada a sua culpabilidade.

A 8.429/92 foi editada com a finalidade de combater a improbidade no âmbito da Administração Pública, objetivando controlar e punir todos aqueles os que tentam se eximir de cumprir com seus deveres funcionais no Poder Público. A lei conseguiu cumprir o seu papel, responsabilizando todos aqueles que participassem da prática do ato ímprobo ou auferissem qualquer tipo de vantagem ilícita. O que falta agora é Poder Público controlar e fiscalizar a sua integral aplicação e todos aqueles que se envolvam com a máquina administrativa tomarem consciência de que é dever e não faculdade observar os princípios da moralidade e da probidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente livro teve como objetivo principal a análise da responsabilização do setor privado diante da lei de improbidade administrativa, tendo em vista que a lei 8.429/92 responsabiliza aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, ficando sujeitos às sanções.

A atuação proba, por parte dos agentes públicos e dos terceiros deve ir além do dever de não causar dano ao erário e da vedação ao enriquecimento ilícito. O dever de probidade está relacionado também com o dever de observância dos princípios pertinentes à Administração Pública.

O dever de probidade administrativa deve ser observado não somente pelos agentes públicos, mas também pelos terceiros nas relações travadas com a Administração Pública, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, tendo em vista que a inobservância dos princípios da moralidade e da legalidade, em regra, culminam na prática de atos de improbidade.

A probidade administrativa e a moralidade são alguns dos mais importantes e necessários deveres do administrador público e de qualquer terceiro que mantenha relações com a máquina pública. Devem eles observar os princípios previstos no ordenamento, pautando suas condutas em honestidade e idoneidade, tendo por objetivo a finalidade pública, ou seja, o interesse de toda a coletividade.

A falta de probidade dos agentes públicos e dos terceiros é um dos grandes problemas enfrentados pela humanidade, devendo ser sempre evitada e combatida. A Lei de Improbidade Administrativa representa um grande avanço no combate à corrupção, mas ainda carece no que se refere a sua efetiva aplicabilidade.

Após analisarmos alguns aspectos da Lei de Improbidade, principalmente no que tange aos dispositivos referentes aos sujeitos e sua responsabilização, pode-se partir para o debate acerca do esvaziamento da responsabilidade do setor privado, que, como visto, leva ao aumento da corrupção.

A corrupção e a improbidade administrativa são temas do nosso cotidiano que merecem um dedicado estudo e profunda reflexão do intérprete e operador do Direito. O atual cenário brasileiro é

marcado por escândalos de corrupção, desvios de condutas e por práticas de diversos outros atos ímprobos. A Lei de Improbidade Administrativa objetiva moralizar a gestão da administração pública, ou seja, combater a corrupção.

Por meio do estudo acerca da responsabilização do setor privado, pode-se fazer uma dedução, partindo da análise dos dispositivos da lei, da doutrina e de jurisprudências, concluindo-se ao final pelo esvaziamento da responsabilidade do setor privado, o que aumenta o favorecimento da corrupção no País. Os terceiros enxergam que as sanções são extremamente rigorosas, mas vendo pelo lado prático, observam a inaplicabilidade da lei e continuam a praticar atos ímprobos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial REsp 931135 RO. Rel. Eliana Calmon. DJ 27.02.2009. Disponível em: <://www.gomesdemattos.com.br/artigos/O_PARTICULAR_E_A_LEI_DE_IMPROBIDADE_ADMINISTRATIVA.pdf >. Acesso em: 27 set. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial REsp 108991 PE. Rel. Castro Meira. DJ 25.11.1999. Disponível em: <://www.gomesdemattos.com.br/artigos/O_PARTICULAR_E_A_LEI_DE_IMPROBIDADE_ADMINISTRATIVA.pdf >. Acesso em: 27 set. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DE CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira. Artigo 3º(interpretado). GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Comentários à Lei de Improbidade**

Administrativa. 1. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos.** São Paulo: Atlas, 2000.

FONSECA, Delson Lyra. **A Corrupção como Entrave ao Desenvolvimento.** Revista do Ministério Público: Alagoas, nº 11, Jul./Dez. 2003.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.



ISBN: 978-85-7872-685-3

Editora
DIN.CE