

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

HUGO RAPHAEL MENDES GONÇALVES

**RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO NAS INFRAÇÕES DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

São Luís
2016

HUGO RAPHAEL MENDES GONÇALVES

**RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO NAS INFRAÇÕES DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para obtenção
do grau de Bacharelado em Direito.

Orientadora: Lucylea Gonçalves França

São Luís
2016

Gonçalves, Hugo Raphael Mendes

Responsabilidade do agente público nas infrações de improbidade administrativa/ Hugo Raphael Mendes Gonçalves. – São Luís, 2016.

45 f.

Impresso por computador (fotocópia)

Orientadora: Lucylea Gonçalves França

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2015.

1. Agentes públicos – Responsabilidade 2. Administração indireta 3. Coisa pública 4. Sanções I. Título

CDU 351.72

HUGO RAPHAEL MENDES GONÇALVES

**RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO NAS INFRAÇÕES DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para obtenção
do grau de Bacharelado em Direito.

Aprovado em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Lucylea Gonçalves França(Orientadora)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

Agradeço inicialmente a Deus, que nos deu o dom da vida; aos meus pais, fonte de meus estímulos; e aos entes queridos Cleomar e Hildenê Mendes (avós maternos).

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a Deus pelo dom da vida.

Agradeço aos meus familiares pelo apoio incondicional, especialmente aos meus pais, José Juarez Gonçalves Filho e Maria do Carmo Mendes Gonçalves, meu irmão, Bruno Fernandez Mendes Gonçalves, meus avós maternos, Cleomar Mendes e Hildenê de Jesus Gonçalves Mendes e a todos os familiares que colaboraram de alguma forma para este momento.

Aos professores da Universidade Federal do Maranhão e, em especial, a Prof^a. Dr^a. Lucylea Gonçalves França que, sempre muito atenciosa carinhosa e compreensiva, me orientou neste trabalho monográfico,

E aos amigos que contribuíram para a conclusão desta importante etapa.

RESUMO

O agente público tratado neste estudo é aquele revestido da característica natural de pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração indireta. É importante saber que existem diferentes espécies de agentes públicos: políticos, honoríficos, delegados e os agentes administrativos que se dividem em subespécies, nas quais se enquadram os servidores públicos, os empregados públicos e os temporários. No desempenho de suas funções ou por causa destas, alguns atuam ilicitamente nas esferas civil, penal ou administrativa, sujeitando-se às sanções cabíveis. Análise das esferas de responsabilidade do agente público, matéria que se torna cada vez mais importante, pois, ciente desta problemática, a sociedade brasileira passou a ser menos tolerante com os desvios de conduta praticados por aqueles que cuidam com a coisa pública.

Palavras-chave: Agentes públicos. Responsabilidade do agente público. Coisa pública. Sanções. Ilícitude.

ABSTRACT

The public official treated in this study is that coated the natural characteristic of an individual who provides services to the State and corporations of indirect administration. It is important to know that there are different kinds of public servants: political, honorary, and delegates administrative agents which are divided into subspecies, in which public servants fall, public employees and temporary. In performing their duties or because of these, some operate illegally in civil, criminal or administrative spheres, subject to the applicable penalties. Analysis of the spheres of responsibility of the public official, matter becomes increasingly important, therefore, aware of this problem, Brazilian society has become less tolerant of misdemeanors committed by those who care with public affairs.

Keywords: Public agents. Liability of public officer. Public affairs. Sanctions. Wrongfulness.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO.....	14
2.1	Agente Público.....	14
2.2	Classificação dos agentes públicos.....	16
2.2.1	Agentes Políticos.....	16
2.2.2	Agentes honoríficos.....	18
2.2.3	Agentes delegados.....	19
2.2.4	Agentes credenciados.....	20
2.2.5	Agentes administrativos.....	20
2.2.5.1	<i>Servidores públicos.....</i>	<i>21</i>
2.2.5.2	<i>Empregados públicos.....</i>	<i>21</i>
2.2.5.3	<i>Temporários e contratados por tempo determinado.....</i>	<i>22</i>
3	RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO NO BRASIL.....	23
3.1	Responsabilidade dos agentes públicos.....	23
3.1.1	Responsabilidade administrativa.....	23
3.1.2	Responsabilidade civil.....	24
3.1.2.1	<i>Responsabilidade civil do Estado.....</i>	<i>25</i>
3.1.2.2	<i>Responsabilidade por atos omissivos.....</i>	<i>26</i>
3.1.3	Responsabilidade política.....	27
3.1.4	Responsabilidade penal ou criminal.....	28
4	RESPONSABILIDADE PELA PRÁTICA DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	36
4.1	A improbidade na Constituição de 1988.....	36

4.2	(Im)probidade administrativa.....	39
4.3	Os diversos meios de tutela da probidade administrativa.....	40
4.4	A esfera de responsabilidade pela prática de ato de improbidade administrativa.....	41
5	CONCLUSÃO.....	43
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	44

1 INTRODUÇÃO

Administração pública é um conceito que abrange pelo menos três sentidos distintos, podendo ser entendido como o conjunto de estruturas estatais voltadas para o atendimento de necessidades da coletividade, como o conjunto de funções relacionadas com a gestão da máquina estatal e como área do conhecimento científico-social.¹

Em sentido prático ou subjetivo, administração pública é o conjunto de órgãos, serviços e agentes do Estado, bem como das demais pessoas coletivas públicas (tais como as autarquias locais) que asseguram a satisfação das necessidades coletivas variadas, tais como a segurança, a cultura, a saúde e o bem estar das populações. Uma pessoa empregada na administração pública diz-se servidor público ou funcionário público.

A administração pública também designa o conjunto de funções desempenhadas para organizar a administração do Estado em todas as suas instâncias, funções essas regidas por um sistema de normas. A sociedade tem o direito de pleitear a prestação de contas de todo agente público de sua administração, assim diz o artigo 14 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Garcia² aduz que

[...] a esse direito da sociedade à prestação de contas correspondem à possibilidade e a necessidade de responsabilização do agente público, cuja conduta deve pautar-se, como expresso no artigo 12 da mesma Declaração, pela ideia de que força pública, necessária para garantia dos direitos do homem e do cidadão, é instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

Assim o tema referente à responsabilidade e à responsabilização do agente público, não é novo. Há mais de dois séculos, suas raízes e seus fundamentos, já estavam postos.

Não restando dúvida quanto à possibilidade de responsabilização do agente, nas esferas civil, penal e administrativa, o ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, sempre contemplou a matéria.

¹ GARCIA, Mônica Nicida. Responsabilidade do agente público. Belo Horizonte: Fórum 2007. p. 15.

² GARCIA, Mônica Nicida. Responsabilidade do agente público. Belo Horizonte: Fórum 2007. p. 17.

Apesar de não ser novo, o tema adquiriu novas cores nos últimos anos. A sociedade brasileira parece ter acordado para a realidade de que o que é público é de todos, a todos dever servir e por todos deve ser cuidado e preservado; de que a Administração Pública é a administração do que é de todos; de que o administrador público não do que é seu, para seu próprio proveito, mas sim do que é de todos, para proveito de todos. A sociedade brasileira não mais se mostra complacente com o agente público que não pauta sua conduta por essa concepção de coisa pública, e tem exigido sua responsabilização, de maneira cada vez mais contundente.

A ação de improbidade é uma das ferramentas mais usadas na busca dessa responsabilização do agente público.

Regulamentando o parágrafo 4º, do artigo 37, da Constituição da República de 1988, a Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992, previu a responsabilização do agente público pela prática de ato de improbidade que vem se mostrando um meio de defesa e proteção da moralidade administrativa e do patrimônio público muito importante, sendo já numerosos os estudos doutrinários sobre o assunto e sobre as disposições legais acerca da matéria, este último com maior especificidade.

Mônica Nicida Garcia comparando o aumento doutrinário sobre o tema com o da jurisprudência: “A jurisprudência sobre a improbidade administrativa, igualmente, tem-se avolumando, o que confirma que a busca de responsabilização do agente público, por essa via, tem sido cada vez mais intensa”.³

É importante lembrar que a responsabilidade tratada aqui não se confunde com do Estado – “a obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos” –⁴sendo possível somente na esfera civil.

A análise aqui tratada é a responsabilidade do agente público, que se verifica não exclusivamente no âmbito civil, mas também na penal, na administrativa, na políticae *agora, como se verá, também na improbidade administrativa*. Portanto o que se fará é verificar e caracterizar as esferas de responsabilidade do agente

³ GARCIA, Mônica Nicida. Responsabilidade do agente público. Belo Horizonte: Fórum 2007. p. 18.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo. Atlas. 2001

público, investigar os aspectos relacionados à comunicação entre as mesmas, para se encontrar o lugar ocupado pela responsabilidade pela prática de improbidade administrativa.

Com isso a responsabilidade do agente público será analisada nas diferentes esferas de uma forma que se possa comparar com a que é exercida na improbidade administrativa, uma vez que, o que se busca analisar aqui é exatamente como funciona a responsabilidade nas infrações deste tipo de responsabilidade.

No segundo capítulo tem como objetivo conceituar e classificar todas as espécies de agentes públicos, delimitando suas principais características, objetivando, assim, um entendimento pleno acerca de todos os tipos de agentes públicos existentes no Brasil.

No terceiro capítulo iremos tratar da responsabilidade do agente pública no Brasil. O objetivo, então, é tratar sobre a responsabilidade do agente público em todas as áreas possíveis do direito, analisando suas peculiaridades e ao mesmo tempo relacionando com cada tipo de agente público.

No quarto capítulo trata da responsabilidade do agente público pela prática de ato de improbidade administrativa. Neste capítulo será estudado o que é a improbidade administrativa e como nossa Constituição aborda este tema.

Por último, ainda neste capítulo, temos o assunto central deste trabalho, a relação entre a responsabilidade do agente público e a prática de ato de improbidade. Iremos explicar como ela acontece como se relacionam.

2 CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO

2.1 Agente Público

Garcia⁵ salienta que muitas atividades são desenvolvidas pelo Estado para persecução dos seus fins e os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são as formas de expressão de tais exercícios. Legislação, administração e a jurisdição são atividades correspondentes a cada função estatal dos poderes respectivos.

Os agentes públicos, pessoas físicas que compõem os órgãos e entidades, são como tais funções são exercidas.

Deste modo,

Agente público é uma locução bastante ampla e com certeza mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda que quando o façam apenas ocasional e episodicamente.⁶

A doutrina não possui um conceito próprio de agente público, contudo, a essa (o) locução, sentença, termo, vocábulo, é sempre dado a maior dimensão possível.

Com isso é que José Cretella Júnior (Cretella Júnior. Curso de direito administrativo, p. 413.), citato por Mônica Nicida Garcia (2007, p. 24) nomeia de agentes públicos “a todas as pessoas físicas que participam de maneira permanente, temporária ou acidental, da atividade do Estado, seja por atos jurídicos, seja por atos de ordem técnica e material”. É importante aqui esclarecer que “a expressão engloba não somente os indivíduos “engajados” pelo Estado ou pelos corpos locais em virtude de um título de Direito Público, isto é, aqueles que são designados para executar funções pertinentes ao domínio do Direito Público, mas em geral todos aqueles que, sem distinção de função, são chamados, de um modo ou de outro, para colaborar no funcionamento dos serviços destes “corpos públicos”.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, agentes públicos são “todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal.” Os agentes públicos são gêneros e repartem-se em cinco espécies,

⁵ GARCIA, Mônica Nicida. Responsabilidade do agente público. Belo Horizonte. Fórum, 2004. P23.

⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito, p. 133

“[...] agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados [...].”

O termo “agente público”, identificado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é usado com a justificativa da utilidade da admissão de uma expressão mais ampla que “servidor público” para denominar as pessoas que exercem função pública, com ou sem vínculo empregatício, conceituando, assim, agente público como “toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”.⁷

Embora sejam usados diversos preceitos para conceituar o agente público, ele sempre será pessoa física, incontestavelmente, sendo irrelevante, para que assim seja descrito, se sua atuação é permanente, definitiva, temporária, transitória ou acidental. Por tanto, pode-se afirmar, que, “agente público é a pessoa física que exerce função pública (legislativa, administrativa ou jurídica), com ou sem vínculo empregatício, em caráter definitivo ou transitório”⁸.

Como atesta Figueiredo⁹, o conceito de agente público é o bem mais amplo que o de funcionário público, pois nele estão incluídos, além dos funcionários públicos, os agentes políticos e os particulares que atuam em colaboração com a Administração Pública, inclusive os contratados temporariamente.

A Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/92, tem um conceito abrangente de agente público e define como autores dos atos de improbidade o agente público e terceiros, a saber:

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

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

⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. pg. 580

⁸ GARCIA, Mônica Nicida. Responsabilidade do agente público. Belo Horizonte: Fórum 2007. p. 24.

⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 263.

Mukai, Toshio. Direito administrativo sistematizado. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 151

Para Mukai “agentes públicos, em geral, são pessoas naturais, mas também podem ser pessoas jurídicas privadas ou governamentais incumbidas de uma função ou atividade estatal em situações determinadas e especiais.”

Os agentes públicos, de qualquer nível ou hierarquia e de qualquer ente federativo são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência no trato dos serviços públicos que lhe são afetos.

O agente público deve reproduzir a vontade da sociedade, pois sua atuação não é a mesma que desempenha um cargo privado. Deve prevalecer a noção de função pública, na qual recebe e executa ordens emanadas de autoridade.

2.2 Classificação dos agentes públicos

Verifica-se que existem várias espécies que compõem o gênero dos agentes públicos: os agentes políticos, os agentes honoríficos, os agentes delegados e os agentes administrativos que se divide em sub-espécies, no qual se enquadram os servidores públicos, os empregados públicos e os temporários.

2.2.1 Agentes Políticos

Agente político é uma categoria que sempre existirá, independente de qual classificação de agentes públicos adotada. Não obstante, no que concerne, também, à definição de quem sejam os agentes políticos, não há uma uniformidade entre os estudiosos em relação ao assunto.

Acolhendo o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citada por Mônica Nicida Garcia (2007, p. 32),

enquadra nessa categoria apenas os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado: os chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, os ministros e secretários de Estado, os senadores, deputados e vereadores.

Vale ressaltar que este conceito é mais restrito, uma vez que dele são excluídos os membros da magistratura, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, representantes diplomáticos e “demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho das atribuições governamentais, judiciais,

ou quase judiciais, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário”, contrapondo o pensamento de Hely Lopes Meirelles (conceito mais amplo), ao qual estes são considerados agentes políticos.

Para Di Pietro a conceituação dada por Celso Antônio Bandeira de Mello é a mais preferível. A ideia de agente político liga-se, indissociavelmente, à de governo e à função política mencionada por Alessi:

Ao tratarmos do assunto concernente à Administração Pública, vimos, baseado na lição de Renato Alessi, que a função política implica uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins da ação do Estado, a assinalar as diretrizes para outras funções, buscando a unidade de soberania estatal”. Compreende, basicamente, as atividades de direção e as colegislativas, ou seja, as que implicam a fixação de metas, de diretrizes, ou planos governamentais.

Essas funções políticas

[...] ficam a cargo dos órgãos governamentais ou governo propriamente dito e se concentram, em sua maioria, nas mãos do Poder Executivo, e, em parte, do Legislativo; Brasil, a participação do Judiciário em decisões políticas praticamente inexistente, pois a sua função se restringe, quase exclusivamente, à atividade jurisdicional sem grande poder de influência na atuação política do Governo, a não ser pelo controle a posteriori.

Segundo a autora, o mesmo pode-se dizer dos membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas, por não participarem eles, direta e indiretamente, das decisões governamentais. Não basta o exercício de atribuições constitucionais para que se considere como agente político aquele exerce.

Como dito antes, Hely Lopes Meirelles adota concepção diferente de agente político.

Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição.¹⁰

Para Mônica Nicida Garcia o autor enquadra “ os chefes de Executivo e seus auxiliares imediatos, os membros das corporações legislativas, os membros do Poder Judiciário, os membros do Ministério Público, os membros dos Tribunais de Contas, os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. p. 76.

independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário”.

Ainda afirma Garcia, que:

O que diferencia a atuação do agente público daquela dos demais agentes públicos é o fato de estar ela marcada pela tomada de decisões e pela escolha entre opções políticas, o que justifica a plena liberdade ou independência funcional de que goza, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais.

Ainda conforme a autora, os agentes políticos, como se vê, exercem a função legislativa, a função judicial e uma parte da função executiva ou administrativa. Esta, no entanto é desempenhada, fundamentalmente, pela categoria seguinte de agentes públicos: os servidores públicos.

2.2.2 Agentes honoríficos

Agentes honoríficos são cidadãos convocados, designados ou nomeados para prestar, transitoriamente, determinados serviços ao Estado, em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade ou de sua notória capacidade profissional, mas sem qualquer vínculo empregatício ou estatutário e, normalmente, sem remuneração. Sujeitam-se à hierarquia e à disciplina do órgão a que estão servindo, exercem momentaneamente uma função pública, mas não são servidores públicos.¹¹

Afirma ainda Hely Lopes Meirelles Meirelles que:

Os agentes honoríficos não são funcionários públicos, mas momentaneamente exercem uma função pública e, enquanto a desempenham, sujeitam-se à hierarquia e disciplina do órgão a que estão servindo, podendo perceber um pro labore e contar o período de trabalho como de serviço público. [...] não incidem as proibições constitucionais de acumulação de cargos, funções ou empregos (art. 37, XVI e XVII), porque sua vinculação com o Estado é sempre transitória e a título de colaboração cívica, sem caráter empregatício. Somente para fins penais é que esses agentes são equiparados a funcionários públicos quanto aos crimes relacionados com o exercício da função, nos expressos termos do art. 327 do CP.

A jurisprudência¹², sobre o assunto:

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. p. 79.

¹²Processo: AIRR – 110840-46.2003.5.15.0126 Data de Julgamento: 17/09/2008, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 7ª Turma, Data de Publicação: DJ 19/09/2008.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. AGENTE HONORÍFICO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 3º DA CLT. SÚMULA Nº 126. 1. Não há ofensa ao artigo 37, II, da Constituição Federal, pois ao não reconhecer a existência de vínculo empregatício entre as partes, o Tribunal Regional consignou que se tratava de agente honorífico do município, estando ausente um dos requisitos caracterizadores do contrato de trabalho, qual seja, a subordinação jurídica. Assim, qualquer conclusão diversa da esposa da pelo Regional demandaria o reexame do conjunto fático-probatório estampado nos autos que, ao seu turno, é vedado nesta esfera recursal, consoante diretriz perfilhada pela Súmula nº 126. 2. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

2.2.3 Agentes delegados

Agentes delegados são particulares, não revestidos da condição de servidor público, que recebem a incumbência da execução de determinada função pública, em seu próprio nome, por sua conta e risco, porém sob fiscalização do poder público.

Para Hely Lopes Meirelles:

Agentes delegados são particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante. Esses agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Nessa categoria encontram-se os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, as demais pessoas que recebem delegação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo.¹³

Afirma ainda Hely Lopes Meirelles Meirelles, que:

Embora nossa legislação seja omissa a respeito, esses agentes, quando atuam no exercício da delegação ou a pretexto de exercê-la e lesam direitos alheios, devem responder civil e criminalmente sob as mesmas normas da Administração Pública de que são delegados, ou seja, com responsabilidade objetiva pelo dano (CF, art. 37, § 6.º), e por crime funcional, se for o caso (CP, art. 327); pois não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente.¹⁴

Concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não enfatizados, os leiloeiros, os tradutores e

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. p. 79.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. p. 79.

interpretes públicos, bem como as demais pessoas que recebem delegação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço público, são exemplos de agentes delegados.

2.2.4 Agentes credenciados

Hely Lopes Meirelles aduz que são agentes credenciados “os que recebem a incumbência da Administração para representá-la em determinado ato ou praticar certa atividade específica, mediante remuneração do Poder Público credenciante”.¹⁵

2.2.5 Agentes administrativos

Conforme Hely Lopes Meirelles:

Agentes administrativos são todos aqueles que se vinculam ao Estado ou às suas entidades autárquicas e fundacionais por relações profissionais, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico único da entidade estatal a que servem.¹⁶

Ainda conforme o autor:

São investidos a título de emprego e com retribuição pecuniária, em regra por nomeação e, excepcionalmente, por contrato de trabalho ou credenciamento. Nessa categoria incluem-se, também, os dirigentes de entidades paraestatais (não os seus empregados), como representantes da Administração indireta do Estado, os quais, nomeados ou eleitos, passam a ter vinculação funcional com órgãos públicos da Administração direta, controladores da entidade.

Unicamente servidores públicos, os agentes administrativos são, com maior ou menor hierarquia, encargos e responsabilidades profissionais dentro do órgão ou da entidade a que servem, conforme o cargo ou a função em que estejam investidos.

Aduz Meirelles¹⁷ que esses agentes administrativos

[...] ficam em tudo e por tudo sujeito ao regime da entidade a que servem e às normas específicas do órgão em que trabalham, e, para efeitos criminais, são considerados funcionários públicos, nos expressos termos do art. 327 do CP.

Servidores públicos concursados (art. 37, II), servidores públicos exercentes de cargos em comissão ou função de confiança, sem concurso,

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. p. 79.

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. p. 79.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. p. 78

escolhidos, preferencialmente, entre "servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional" (art. 37, V), servidores temporários, contratados "por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público" (art. 37, IX), são exemplos de agentes administrativos, espécie do gênero agente público.

2.2.5.1 Servidores públicos

Conforme os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os servidores públicos, em sentido amplo, são "as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos".¹⁸

Ainda conforme a autora¹⁹. Compreendem aos servidores públicos:

1. Os servidores estatutários, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos;
2. Os empregados públicos, contratados sob regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público;
3. Os servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição); eles exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista, como aliás, prevê a Lei 9.962, de 22.2.2000. Quando se trate de empregos permanentes na Administração direta ou em autarquia, só podem ser criados por lei, como resulta do art. 61, parágrafo 1, inciso "II", alínea "a".

2.2.5.2 Empregados públicos

Para Meirelles empregados públicos "são todos os titulares de emprego público (não de cargo público) da Administração Direta e Indireta, sujeitos a regime jurídico da CLT, daí serem chamados também de celetistas". Pelo fato de ocuparem cargos públicos, não podem adquirir a estabilidade prevista na CRFB/88 e portanto são enquadrados no regime geral da previdência social.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. pg. 583

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. pg. 584

Para Di Pietro²⁰ os empregados públicos são aqueles que:

[...] contratados sob-regime da legislação, que é aplicável com as alterações decorrentes da Constituição Federal; não podem Estados e Municípios derrogar outras normas da legislação trabalhista, já que não tem competência para legislar sobre direito do Trabalho, reservada privativamente à união (art. 22, I, da Constituição). Embora sujeitos à CLT, submetem-se a todas as normas constitucionais referentes a requisitos para investidura, acumulação de cargos, vencimentos, entre outras previstas no Capítulo VII, do Título, da Constituição.

2.2.5.3 Temporários e contratados por tempo determinado

Uma característica dessa categoria é exercer funções em caráter temporário, mediante regime jurídico especial a ser disciplinado em lei de cada unidade da federação.

Sobre o assunto Di Pietro preleciona:

A CRFB/88 estabelece no artigo 37 que os contratos temporários somente devem ser feitos tendo como base a legislação. Dispõe o artigo 37, inciso IX:

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

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público;

O artigo 37, inciso IX é que nos preleciona o entendimento sobre os contratos temporários que diz que 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 os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público;

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. pg. 584

3 RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO NO BRASIL

Certo tipo de conduta pode ocasionar responsabilização em diversas esferas, a depender do seu autor e das consequências resultantes dela, isso no ordenamento jurídico brasileiro. A improbidade administrativa, as diferentes responsabilidades dos agentes públicos, bem como as sanções para os atos ilícitos ou antijurídicos cometidos no exercício do cargo emprego ou função pública, serão objetos deste capítulo.

3.1 Responsabilidade dos agentes públicos

3.1.1 Responsabilidade administrativa

Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. p. 78), citado por Mônica Nicida Garcia (2007, p. 165), responsabilidade administrativa “é a que resulta da violação de normas internas da Administração, pelo servidor sujeito ao Estatuto e disposições complementares, estabelecidas em lei, decreto ou qualquer outro provimento regulamentar da função pública”.

Mônica Nicida Garcia (2007, p. 165) citando Edmir Netto Araújo diz que “em sentido *amplo*, responsabilidade administrativa é aquela à qual está sujeito o agente público por qualquer ato praticado no exercício de suas atribuições legais infringente das normas administrativas, podendo ocorrer ou não a qualificação penal adicional, e, não raro, a responsabilidade patrimonial (civil) decorrente. Já em sentido *estrito*, significa a obrigação de responder perante a Administração pela prática de *ilícito administrativo* na infração de regras de conduta relacionadas à função pública, desdobrando-se em ilícito *disciplinar e funcional*”.

A responsabilidade administrativa, portanto, para o autor, desdobra-se em duas. A primeira, a disciplinar, “na qual incide o agente que pratica falta concernente à relação hierárquica que se estabelece entre ele e o seu superior” (o exemplo citado é o de desobediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico). A segunda, a responsabilidade funcional, “que deve ser invocada quando a falta praticada pelo agente não diz respeito a relação hierárquica entre subordinante e subordinado, relacionando-se, apenas, às suas funções ou atribuições” (os exemplos citados são de infração ao dever de assiduidade, de

pontualidade, de tratar com urbanidade os colegas e os administrados em seu atendimento). NICIDA

Pela prática de um ilícito administrativo, o que objetiva-se com a responsabilização administrativa de um agente público, é a tutela e a proteção da ordem interna dos serviços, do bom funcionamento da máquina administrativa e, conseqüentemente, do servidor público.

Para Garcia²¹, a responsabilidade administrativa do agente público é a que decorre de sua sujeição ao poder sancionatório disciplinar do Estado.

De acordo com o que dispõe a Lei n.º 8.112/90 em seu art. 124, a responsabilidade administrativa do agente que pratica um ilícito pode ocorrer por omissão ou comissão.

Leis, decretos e outros provimentos regulamentares que contêm deveres e obrigações, são disciplinadas por meio de normas administrativas que os servidores públicos estão sujeitos. Exemplo disso, os artigos 116, 117 e 132 da Lei n.º 8.112/90 para servidores públicos e civis federais e os Estatutos do Servidor Público Municipal.

3.1.2 Responsabilidade civil

Decorrente do artigo 186 do Código Civil, a responsabilidade civil é de ordem patrimonial e consagra a regra, aceita universalmente, segundo a qual todo aquele que causa dano à outrem é obrigado a repará-lo.²²

Para Di Pietro²³, analisando o dispositivo, verifica-se que, para configurar-se o ilícito civil, exige-se:

1. Ação ou omissão antijurídica;
2. Culpa ou dolo; com relação a este elemento, às vezes de difícil comprovação, a lei admite alguns casos de responsabilidade objetiva (sem culpa) e também de culpa presumida; uma e outra constituem exceções à regra geral de responsabilidade subjetiva, somente sendo cabíveis diante de norma legal expressa;
3. Relação de causalidade entre a ação e a omissão e o dano verificado;
4. Ocorrência de um dano material ou moral.

²¹ GARCIA, Mônica Nicida. Responsabilidade do agente público. Belo Horizonte: Fórum 2007. p. 166

²² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. pg. 666

²³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. pg. 666

Ainda a autora sobre o tema, diz que quando o dano é causado por servidor público, é necessário distinguir duas hipóteses, a do dano causado ao Estado e a do dano causado a terceiros.

Nas palavras de Garcia:

A responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar um dano causado a alguém, por ação ou omissão culposa ou dolosa. Que por sua vez, tem nítido caráter patrimonial, sendo decorrente da disposição geral contida no Código Civil, no sentido de que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Desta forma, a reparação, o ressarcimento e a indenização são implicados pela responsabilidade civil. Celso Antônio Bandeira de Mello, com isso, lembra o que a doutrina italiana fez, diferenciando, a indenização e o ressarcimento. A Primeira é usada nos casos em que o Estado ao exercitar um poder que a ordem jurídica lhe confere, debilita um direito de outrem, autorizando-o a praticar um ato cujo conteúdo jurídico intrínseco consiste precisa e especificamente na entrada da esfera alheia para incidir sobre o direito de alguém (como ocorre numa desapropriação de imóvel por necessidade ou utilidade pública). A segunda é usada nos casos de responsabilidade por ato ilícito.

A Lei n.º 8.112/90 no caput do artigo 122: “A responsabilidade civil decorre de ato omissivo e comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros”.

Após o dano ocorrer, a Administração Pública deve investigar a responsabilidade do agente por meio do processo administrativo, atentando os princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa.

3.1.2.1 Responsabilidade civil do Estado

A Constituição da República Federativa de 1988, no seu artigo 37, parágrafo 6º, dispõe que

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No ordenamento jurídico brasileiro, assim encontra-se consagrado a responsabilidade civil objetiva do Estado, incluindo nesse rol de pessoas às pessoas

jurídicas de direito privado, prestadora de serviços públicos, pondo um fim à, tão velha, discussão quanto a possibilidade ou não de as concessionárias e as permissionárias serem responsabilizadas.

O artigo 43 do novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de janeiro de 2002, e cuja entrada em vigor, nos termos do artigo 2.044, deu-se um ano após sua publicação), segundo o qual “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”, nos mostra que não só a Constituição da República contempla a responsabilidade objetiva do Estado.

Nas palavras de Garcia²⁴, o novo Código Civil, como se vê, reproduzindo o dispositivo constitucional, não repetiu a expressão constante do texto do artigo 15 do Código Civil de 1916, que exigia que o agente procedesse de modo “contrário ao direito ou faltando o dever prescrito por lei”, e que era, precisamente, a expressão que indicava a necessidade da verificação da culpa do agente, característica das teorias civilistas da responsabilidade do Estado.

3.1.2 Responsabilidade por atos omissivos

Mônica Nicida Garcia (2007, p. 188) citando Celso Antônio Bandeira de Mello inspirado na lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, sustenta ser subjetiva a responsabilidade do Estado na hipótese de o dano ter sido ocasionado por omissão do Estado.

Sustenta o autor que:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficiente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabiliza-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabiliza-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. (...) A responsabilidade estatal repontará apenas, consoante reiteradamente vimos afirmando, se o Estado não agiu para impedir o dano, embora estivesse juridicamente obrigado a obsta-lo, ou se tendo agido, atuou insuficientemente, portanto, abaixo dos padrões a que estava, de direito, compelido”.

²⁴ GARCIA, Mônica Nicida. Responsabilidade do agente público. Belo Horizonte: Fórum 2007. p. 186

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, com base no mesmo tema em questão, também adota esse posicionamento.

Não se trata, entretanto, de matéria pacífica. José de Aguiar Dias sustenta, por outro lado, que também nas hipóteses de danos acarretados por omissão ou deficiência de atuação do Estado, e sempre que o Estado não prove haver empregado todos os meios ao seu alcance para evita-los, aplica-se a regra da responsabilidade objetiva.

Parece-nos, na esteira do entendimento adotado pela segunda corrente doutrinária, que o texto constitucional (artigo 37, parágrafo 6º) não autoriza a distinção apontada, referindo-se, genericamente, a danos causados pelos agentes, e que podem sê-los por atos comissivos ou omissivos.

É evidente que a omissão só pode ser aferida a partir de uma obrigação ou dever legalmente impostos. Ou seja, só haverá omissão se o Estado estiver legal ou constitucionalmente obrigado a agir e não faça, acarretando, com esse não-fazer, com essa omissão, algum dano. A omissão, nessa ordem de consideração. Será sempre, necessariamente, ilegal ou inconstitucional, vale dizer, ilícita. O fato de ser ilícita, porém, não determina a necessidade de investigação quanto à ocorrência de culpa e dolo. De fato, também nos atos omissivos, pode ocorrer – e, de se transmudar a responsabilidade objetiva, consagrada no texto constitucional, em responsabilidade subjetiva.

3.1.3 Responsabilidade política

Para Sérgio Sérulo da Cunha²⁵, o que se designa como responsabilidade política, aqui, não é a que se afere pelos meios, recursos e critérios políticos, mas a responsabilidade jurídica do agente político perante o público. No ordenamento jurídico brasileiro ela corresponde, em grau máximo, ao que se convencionou designar como “crime de responsabilidade”, denominação acolhida pela própria Constituição em seu art. 85, ao tratar da responsabilidade política do presidente da República.

²⁵ CUNHA, Sérgio Sérulo. Artigo sobre Responsabilidade Pessoal do Administrador Público.

Aduz ainda o autor²⁶, que na verdade, os chamados crimes de responsabilidade não são crimes (infrações de natureza penal, sancionáveis segundo o poder geral de império), mas infrações político-administrativas, análogas às infrações disciplinares; para o estabelecimento dessa distinção concorre diferença procedimental, pois inexistindo autoridade hierarquicamente superior que apure a infração e aplique a respectiva sanção, é o povo quem o faz, através dos seus representantes.

A lei 1.079, de 10 de abril de 1950, que se entende recepcionada pela Constituição de 1988, é lei federal que trata da responsabilidade política do presidente da República, dos ministros de Estado, dos ministros do Supremo Tribunal Federal, e do procurador geral da República. Nenhuma dessas normas utiliza o termo “impeachment”, de largo uso no vulgo, na doutrina e na jurisprudência, mas que deve ser evitado. Em inglês, “toimpeach” - que temos a tendência de interpretar como “impedir” - significa impugnar, contestar, denunciar, acusar. O processo de responsabilização no direito norte-americano, no qual se espelhou o nosso, compreende o “impeachment” da autoridade (o juízo de admissibilidade da acusação), e sua remoção do respectivo cargo, se acolhida à acusação. Temos a tendência de confundir o “impeachment” com a remoção do cargo, mas na verdade, por exemplo, o presidente Clinton sofreu “impeachment” embora não tenha sido removido do cargo, diversamente do que aconteceu com o presidente Collor, que sofreu “impeachment” e foi removido do cargo. Essa confusão estava à base da afirmação de que o “processo de impeachment” do presidente Collor estaria automaticamente extinto com sua renúncia, sem atentar-se a que a sanção principal para o crime de responsabilidade é a inabilitação para o exercício de função pública, de que é consectário a remoção do cargo. A responsabilidade política do parlamentar - à parte a estritamente política, que se realiza perante o eleitorado - traduz-se na perda do mandato, que pode ocorrer mediante “recall” (como em outros países), ou mediante julgamento dos seus próprios pares, como acontece no ordenamento jurídico brasileiro, embora aqui não se costume falar em “crime de responsabilidade”.

²⁶ CUNHA, Sérgio Sérvulo. Artigo sobre Reponsabilidade Pessoal do Administrador Público.

3.1.4 Responsabilidade penal ou criminal

Consoante Garcia²⁷, a responsabilidade criminal do agente público é aquela decorrente da prática de crime, definido como tal, pela lei.

Ainda conforme a autora²⁸, os crimes praticados por agentes públicos no exercício de sua função são, de maneira geral, identificados como crimes contra a Administração Pública. Deve ficar claro, entretanto, que, pelas normas que o definem, pretende-se garantir a tutela não só da Administração Pública, em sentido estrito, mas de toda a atividade estatal, incluídas a atividade legislativa e a judicial. É que, como esclarecem Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Jr., “por administração pública, portanto, o Código Penal não entende apenas a atividade administrativa em sentido estrito, distinta da atividade legislativa ou jurisdicional”. Muito ao contrário, o Código Penal leva em consideração toda a atividade estatal, num sentido subjetivo e noutro objetivo. Sob a angulação subjetiva, a administração pública é entendida como o conjunto de entes que desempenham funções públicas. Sob o aspecto objetivo, considera-se como administração pública toda e qualquer atividade desenvolvida para satisfação do bem comum.

O bem jurídico protegido pela norma penal é a normalidade funcional, a probidade, o prestígio e o decoro da Administração Pública, em sentido amplo,²⁹ como ensinam Manzini e Soler, citados por Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior:

Doutrina Manzini que o objeto genérico da tutela penal dos crimes contra a administração pública “é o interesse público concernente ao normal funcionamento e ao prestígio da administração pública em sentido lato, naquilo que diz respeito à probidade, ao desinteresse, à capacidade, à competência, à disciplina, à fidelidade, à segurança, à liberdade, ao decoro funcional e ao respeito devido à vontade do Estado em relação a determinados atos ou relação da própria administração” (MANZINI. Trattato di Diritto Penale Italiano. Torino, 1962. v. 5, p. 1)

De acordo como o artigo 327 do Código Penal, para efeitos penais, “considera-se funcionário público, quem embora, transitoriamente ou sem

²⁷ GARCIA, Mônica Nicida. Responsabilidade do agente público. Belo Horizonte: Fórum 2007. p. 141

²⁸ GARCIA, Mônica Nicida. Responsabilidade do agente público. Belo Horizonte: Fórum 2007. p. 141

²⁹ HUNGRIA. Comentários ao Código Penal, p. 311.

remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”, incluindo todas as espécies de agentes públicos, inclusive os que trabalham em entidades paraestatais.

Aduz Meirelles³⁰, que a responsabilidade criminal é a que resulta do cometimento de crimes funcionais, definidos em lei federal. O ilícito penal sujeita o servidor a responder a processo crime e a suportar os efeitos legais da condenação (CP, artigos. 91 e 92).

Para Hungria³¹, os crimes contra a Administração em Geral, são os fatos que mais ofendem aos interesses da normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decoro da Administração Pública, as faltas mais leves podem se constituir de ilícito administrativo.

Para Mirabete³², os crimes funcionais distinguem-se em próprios e impróprios, sendo que o primeiro “têm como elemento essencial a função pública, indispensável para que o fato constitua infração penal”. Os crimes funcionais impróprios são “os que se destacam apenas por ser o sujeito ativo funcionário público”.

São crimes funcionais previstos no Código Penal o:

Peculato³³– Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio. Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa. Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Peculato culposo³⁴– Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem. Pena - detenção, de três meses a um ano. Se a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. p. 404.

³¹ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9, p. 311

³² MIRABETE, Júlio César Fabrini, FABRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2007. p. 277.

³³ Crimes praticados por funcionários público contra a administração em geral – Art. 312/CP.

³⁴ Crimes praticados por funcionários público contra a administração em geral – Art. 312§1/CP.

Peculato mediante erro de outrem³⁵– Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem. Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Inserção de dados falsos em sistema de informações³⁶– Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações³⁷– Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. As penas são aumentadas de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado.

Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento³⁸– Extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo; sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente. Pena - reclusão, de um a quatro anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Emprego irregular de verbas ou rendas públicas³⁹ - Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei. Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

Concussão⁴⁰– Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida. Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

Excesso de exação⁴¹–Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravosa, que a lei não autoriza. Pena - reclusão, de três a oito

³⁵Crimes praticados por funcionários público contra a administração em geral – Art. 313/CP.

³⁶Crimes praticados por funcionários público contra a administração em geral – Art. 313-A/CP.

³⁷Crimes praticados por funcionários público contra a administração em geral – Art. 313-B/CP.

³⁸Crimes praticados por funcionários público contra a administração em geral – Art. 314/CP.

³⁹Crimes praticados por funcionários público contra a administração em geral – Art. 315/CP.

⁴⁰Crimes praticados por funcionários público contra a administração em geral – Art. 316 /CP.

⁴¹Crimes praticados por funcionários público contra a administração em geral – Art. 316 § 1/CP.

anos, e multa. Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos. Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

Corrupção passiva⁴²– Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem. Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Facilitação de contrabando ou descaminho⁴³–Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Prevaricação⁴⁴– Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Condescendência criminosa⁴⁵– Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente. Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

⁴²Crimes praticados por funcionários público contra a administração em geral – Art. 317/CP.

⁴³Crimes praticados por funcionários público contra a administração em geral – Art. 318/CP.

⁴⁴Crimes praticados por funcionários público contra a administração em geral – Art. 319/CP.

⁴⁵Crimes praticados por funcionários público contra a administração em geral – Art. 320/CP.

Advocacia administrativa⁴⁶– Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário. Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

Se o interesse é ilegítimo. Pena - detenção, de três meses a um ano, além da multa.

Violência arbitrária⁴⁷– Praticar violência, no exercício de função ou a pretexto de exercê-la. Pena - detenção, de seis meses a três anos, além da pena correspondente à violência.

Abandono de função⁴⁸– Abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em lei. Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Se do fato resulta prejuízo público. Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. Se o fato ocorre em lugar compreendido na faixa de fronteira. Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado⁴⁹ - Entrar no exercício de função pública antes de satisfeitas as exigências legais, ou continuar a exercê-la, sem autorização, depois de saber oficialmente que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso. Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Violação de sigilo funcional⁵⁰– Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação. Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

Nas mesmas penas deste artigo incorre quem permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública; se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem.

⁴⁶Crimes praticados por funcionários público contra a administração em geral – Art. 321/CP.

⁴⁷Crimes praticados por funcionários público contra a administração em geral – Art. 322/CP.

⁴⁸Crimes praticados por funcionários público contra a administração em geral – Art. 323/CP.

⁴⁹Crimes praticados por funcionários público contra a administração em geral – Art. 324/CP.

⁵⁰Crimes praticados por funcionários público contra a administração em geral – Art. 325/CP.

Violação do sigilo de proposta de concorrência⁵¹– Devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo. Pena - Detenção, de três meses a um ano, e multa.

Contratação de operação de crédito⁵² – Ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa. Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Incide na mesma pena quem ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal; quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei.

Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar⁵³– Ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura⁵⁴ – Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Ordenação de despesa não autorizada⁵⁵– Ordenar despesa não autorizada por lei.

Prestação de garantia graciosa⁵⁶ – Prestar garantia em operação de crédito sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

⁵¹Crimes praticados por funcionários público contra a administração em geral – Art. 326/CP.

⁵²Crimes contra as finanças públicas – Art. 359-A.

⁵³Crimes contra as finanças públicas – Art. 359-B.

⁵⁴Crimes contra as finanças públicas – Art. 359-C.

⁵⁵Crimes contra as finanças públicas – Art. 359-D.

⁵⁶Crimes contra as finanças públicas – Art. 359-E.

Não cancelamento de restos a pagar⁵⁷ – Deixar de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura⁵⁸ – Ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal, nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Oferta pública ou colocação de títulos no mercado⁵⁹ – Ordenar, autorizar ou promover a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e de custódia. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Os crimes funcionais dos prefeitos e dos crimes de responsabilidade próprios dos prefeitos estão elencados no Decreto-Lei nº. 201/67 e na Lei. Nº. 10.028/00, isso, além dos crimes previstos no Código Penal. Julgados pela câmara dos deputados e sancionadas com a cassação do mandato, os crimes de responsabilidade sujeitos eles estão.

O art. 1º do referido Decreto-Lei traz rol de crimes denominados de responsabilidade, os quais são julgados pelo Poder Judiciário, independentemente de pronunciamento da Câmara de Vereadores, de acordo com as normas do Código de Processo Penal, com as alterações previstas na legislação. A este rol, a Lei na 10.028/2000 acrescentou novos tipos penais, referentes às finanças municipais⁶⁰.

O art. 1º do Decreto-Lei na 201/67 assim determina:

Art. 1º *omissis*;

§ 2º A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de

⁵⁷Crimes contra as finanças públicas – Art. 359-F.

⁵⁸Crimes contra as finanças públicas – Art. 359-G.

⁵⁹Crimes contra as finanças públicas – Art. 359-H.

⁶⁰FERNANDEZ, Marcio Silva. Legislação processual aplicável aos prefeitos e o decreto-lei nº 201/67. 2006. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema6/2005_11227.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2014.

nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

A Lei nº. 1.079/50 e a Lei nº. 10.028/00 definem os crimes de responsabilidade do Presidente da República e demais autoridades federais e estaduais, sua punição consiste na perda do cargo e inabilitação, por oito anos, para o exercício de qualquer função pública, não excluindo a responsabilidade penal.

A Lei nº 1.079/50, que define os crimes de responsabilidade, trata o assunto como um conduta politicamente indesejável e anti-social, ou seja, consubstanciando tanto a natureza política como também a sua forma penal.

Assim, percebe-se que o intuito desta Lei é reprimir, não só a conduta politicamente indesejável, mas também resguardar a organização da sociedade como um todo.

4 RESPONSABILIDADE PELA PRÁTICA DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

4.1 A improbidade na Constituição de 1988

Finalizando um extenso período marcado pelo autoritarismo e pelo desdém aos direitos fundamentais, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, começou uma nova era na história brasileira.⁶¹

Várias inovações foram trazidas com a Constituição de 1988, entre elas, um capítulo dedicado exclusivamente à “Administração Pública” (Capítulo VII, do Título III). Com certeza trata-se de uma inovação muito importante, uma vez que as Constituições anteriores não tiveram o mesmo zelo ao tratar de regras, como provimento e destituição de cargos, acumulação, vencimentos e aposentadoria, além da regra sobre a responsabilização civil, relativas à carreira dos funcionários públicos.⁶²

⁶¹ GARCIA, Mônica Nicida. Responsabilidade do agente público. Belo Horizonte. Fórum, 2004. P217

⁶² Constituição de 1934: Título VII – “Dos funcionários públicos” artigos 168 a 172; Constituição de 1937: “Dos funcionários públicos”, artigos 156 a 159; Constituição de 1946: Título VIII – “Dos funcionários públicos”, artigos 184 a 194; Constituição de 1967 – Seção VII do Capítulo VII do Título I – “Dos funcionários públicos”,

A Constituição de 1988, em vez de se limitar a trazer essa disciplina referente aos “funcionários públicos” (denominação, aliás que não utilizou), dedicou um capítulo inteiro à Administração Pública, consagrando, mais do que simples regras, os princípios regentes da atuação administrativa.⁶³

Realmente, o artigo 37 deu o tom dos novos tempos, estabelecendo já em seu *caput* que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e os Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

A emenda Constitucional nº 19, de 1998, acrescentou a esse rol o princípio da eficiência, acréscimo esse que, não obstante se apresentar, à primeira vista, salutar e insuscetível de críticas, tem sido alvo de objeções importantes, como a de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado no art. 37 ou extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto”⁶⁴ e a de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que, lembrando que a inserção do princípio do texto constitucional se fez na esteira do Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado em 1995, chama a atenção para a acentuada oposição que existe entre o princípio da eficiência e o princípio da legalidade,⁶⁵ para deixar alerta:

[...] a eficiência é o princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.⁶⁶

O simples fato de ter o legislador constituinte se preocupado em explicitar princípios a que toda a Administração Pública deve obediência já se constitui, por si só, em um grande salto, que revela que a sociedade não está indiferente, como já

artigos 95 a 106; Emenda Constitucional nº 01, de 1969 – Seção VIII, do Capítulo VII, do Título I, artigos 97 a 111.

⁶³ Para Alexandre de Moraes, “A codificação constitucional das normas administrativas possibilitou a consagração de uma Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo, voltada para a observância dos princípios constitucionais básicos e tendo por finalidade limitar o poder estatal, prevendo instrumentos de controle e meios de responsabilização dos agentes públicos, para garantia de transparência probidade na administração e voltados para o combate a corrupção” (Moraes, A. Direito constitucional administrativo, p. 20).

⁶⁴ Apud. MELIO. Celso Antônio. Curso de direito administrativo, p. 92.

⁶⁵ Apud. DI PIETRO. Direito administrativo, p. 83-84; DI PIETRO. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, 5. ed., p 46-48 e p. 293-297.

⁶⁶ Apud. Id., Direito administrativo, p. 84.

esteve, a essa Administração Pública. Por não ser um indiferente, a Administração Pública mereceu ter estabelecidos expressamente, os princípios de cuja observância não poderá se furtar, sob pena de ofender os valores que a sociedade entendeu relevantes a ponto de constitucionalizar.

Assim é que o estabelecimento de princípios constitucionais já representou um inegável avanço e um indiscutível avanço e uma indiscutível mudança na própria disposição da sociedade, no que se refere ao seu relacionamento com a administração e os administradores públicos.

O avanço se torna ainda mais significativo quando se voltam os olhos para os princípios escolhidos, especialmente o princípio da moralidade, e que reforçou a necessidade de veiculação, também dentro do próprio texto constitucional, de regras coibidoras da improbidade.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a inserção do princípio da moralidade na Constituição teve como objetivo “reconquistar o conteúdo axiológico do direito, perdido em grande parte com o positivismo jurídico”, sendo um reflexo da preocupação com a ética da Administração Pública e com o combate à corrupção”.⁶⁷

E foi realmente dentro desse contexto de resgate da ética e combate à impunidade que foi forjado o parágrafo 4º, do mesmo artigo 37, *verbis*:

Art. 37. §4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, 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.

Esta a matriz constitucional dos atos de improbidade administrativa, que se relaciona, ainda a nível constitucional, e de forma direta, com mais três artigos:

Art. 14. §9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Art. 15. Vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

(...)

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

⁶⁷ Ibid., p. 671.

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

(...)

V – probidade da administração.

Sendo esse o arcabouço constitucional, definidor da disciplina da improbidade administrativa, seu estudo não prescinde, ainda, da análise das disposições infraconstitucionais, que se encontram na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 e que regulamentam o artigo 37, §4º, da Constituição. De qualquer forma, o que não se pode perder de vista é que a disciplina da improbidade administrativa tem estatura constitucional e é a partir dessa concepção que deve ser analisada.

A produção jurisprudencial e a doutrinária sobre a matéria já é bastante volumosa, merecendo destacar-se que, talvez precisamente por se tratar de questão que só ultimamente vem sendo agitada, a maior parte da doutrina se apresenta em forma de artigos e monografias, sendo certo que só há pouco a improbidade administrativa tem merecido tratamento destacado nos manuais e obras de Direito Administrativo.⁶⁸

4.2 (Im)probidade administrativa

A doutrina brasileira que se tem dedicado ao estudo da improbidade administrativa, ou, mais especificamente, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) associa, unanimemente, o conceito de improbidade com o conceito de moralidade.

Assim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro reconhece que

Não é fácil esclarecer a distinção entre *moralidade administrativa e probidade administrativa*. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de *honestidade* na administração Pública. 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 pública⁶⁹.

⁶⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro inseriu, 13. ed. (2001) de seu Direito Administrativo, um último capítulo (18º), integralmente dedicado à improbidade administrativa. Em seu Direito Constitucional administrativo (2002), Alexandre de Moraes também dedicou o último capítulo (o 11º) à matéria.

⁶⁹ DI PIETRO. Direito administrativo, p. 670.

Marcelo Figueiredo diz que “o princípio da moralidade administrativa é de alcance maior, é conceito mais genérico, a determinar, a todos os ‘poderes’ e funções do Estado, atuação conforme o padrão jurídico da moral, da boa-fé, da lealdade, da honestidade. Já a probidade, que alhures denominamos ‘moralidade administrativa qualificada’, volta-se a particular aspecto da moralidade administrativa. Parece-nos que a probidade está exclusivamente vinculada ao aspecto da conduta (do ilícito) do administrador. Assim, em termos gerais, diríamos que viola a probidade o agente público que em suas ordinárias tarefas e deveres (em seu agir) atrita os denominados ‘tipos’ legais. Probidade, desse modo, seria o aspecto ‘pessoal-funcional’ da moralidade administrativa. Nota-se de pronto substancial diferença. Dado agente pode violar a moralidade a moralidade administrativa e nem por isso violará necessariamente a probidade, se na análise de sua conduta não houver a previsão legal tida por ato de improbidade”.⁷⁰

Não há dúvida de que a improbidade e moralidade são conceitos intimamente relacionados. Improbidade é desonestidade. Improbidade administrativa é a desonestidade no exercício da função público. A moralidade administrativa, no ensinamento de Maurice Hauriou, o primeiro autor a referir-se à moralidade no âmbito do direito público, como princípio de observância obrigatória pela Administração, é “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração; implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e injusto, o conveniente e inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto”.

4.3 Os diversos meios de tutela da probidade administrativa

De tudo quanto foi exposto, extrai-se de maneira nítida que o que pretende a Constituição é a tutela, a proteção, a garantia da observância da qualidade “probidade administrativa”, que se constitui, assim, no bem jurídico objeto do princípio da probidade e, conseqüentemente, das normas pelas quais ele se concretiza.

⁷⁰ FIGUEIREDO, M. Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar, p. 22.

A probidade administrativa, que é a honestidade no exercício das funções públicas, corresponde, assim, a um bem jurídico que a sociedade já demonstrou querer ver tutelado.

Estabelecido este ponto, há que se lembrar que um determinado bem jurídico pode ser tutelado por diversas normas e por diversos meios. Foi o que se procurou demonstrar ao longo deste trabalho, em que se salientou a co-existência das várias esferas de responsabilização do agente público, e nas quais pode ele incidir simultaneamente, pela prática de um só ato.

De outra parte, também não se pode olvidar que uma determinada norma, que, ao lado de outras, tutela um determinado bem jurídico, pode, perfeitamente, também tutelar outro ou outros bens jurídicos, e normalmente o faz.

Assim é que a probidade administrativa pode ser e é tutelada por diversas normas, nas diversas esferas de responsabilidade, e dentro das quais se faz uso de diversos instrumentos, sempre ao abrigo do princípio correspondente – princípio da probidade administrativa.

Entre essas normas de proteção e promoção da probidade administrativa está parágrafo 4º, do artigo 37, da Constituição Federal, que houve por bem assumir a necessidade da definição de atos de improbidade administrativa, imputando-lhes sanções próprias, o que veio a ser feito pela Lei Federal n. 8.429/1992, já conhecida como a Lei de Improbidade Administrativa.

Ao definir os atos de improbidade administrativa, nos termos da Constituição, discriminando as penas e regulando sua imputação, a Lei nº 8.429/1992, além de promover a tutela da probidade administrativa – ou, até mesmo, por fazê-lo -propicia a tutela de outro bem jurídico, de importância não menos importante à probidade: o patrimônio público.

Não se perca de vista, portanto, que a Lei nº 8.429/1992, a par de prover meios de defesa da probidade administrativa, viabiliza a proteção do patrimônio público, que também se beneficia, nessa ordem de consideração, do estabelecimento de uma esfera de responsabilidade do agente público pela prática de ato de improbidade administrativa.

4.4 A esfera de responsabilidade pela prática de ato de improbidade administrativa

A probidade, já disse, é honestidade. É a qualidade de ser probo, de ser honesto. Assim é que toda vez que se responsabilizar um agente público por um ato que denote sua desonestidade, estar-se-á punindo sua improbidade, e tutelando-se, em contrapartida, a probidade.

Há, assim, em todas as esferas de responsabilidade até agora analisadas – a criminal, a administrativa (inclusive político-administrativa) e a civil – normas que sancionam atos carregados de desonestidade, de improbidade, ainda que não façam declarada e expressamente.

Cite-se, a título exemplificativo, na esfera penal, a responsabilidade por corrupção passiva, que pune o agente indiscutivelmente ímprobo, que solicita ou recebe, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes, de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceita promessa de tal vantagem (artigo 317 do Código Penal); agente esse que, pelo mesmo fato, responde na esfera administrativa por incidir na proibição de receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições (artigo 117, XXI, da Lei nº 8.112/1990, no caso de tratar de um servidor público federal). Não há dúvida de que, com previsão do crime e do ilícito administração e sua respectiva apenação, está sendo promovida a tutela da probidade e moralidade administrativa, não obstante a inexistência de qualquer referência a esses termos.

Assim ocorre com inúmeros outros fatos, objeto de normas penais, administrativas e civis.

A par dessa tutela genérica, ínsita à tutela de outros bens e valores mais imediatos, há normas que declaradamente se prestam à tutela da probidade administrativa.

No nível constitucional, já se mencionaram o parágrafo 9º, do artigo 14, que determina que a lei complementar estabeleça casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, “a fim de proteger a probidade administrativa”, o artigo 85, V e os artigos 51, I e 52, I, que determinam a instauração de processos por crime de responsabilidade, revelando, assim, a tutela da probidade administrativa no âmbito político-administrativo.

Na esfera administrativa, cite-se o artigo 132, IV, que prevê a pena de demissão no caso de improbidade administrativa,

Todas essas normas, implícita ou explicitamente, promovem a tutela da probidade administrativa, dando, assim, cumprimento ao princípio da probidade administrativa, descendente direto do princípio constitucional da moralidade administrativa. Trata-se de normas definidoras da responsabilidade do agente público nas diversas esferas já discriminadas, mas que não impedem que a tutela desse bem jurídico possa ser feita por outras normas e por outras vias.

Dentro desse quadro é que tem lugar a responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa, definido como tal pela Lei nº 8.429/1992, ocupando um espaço próprio e não coincidente ou incluso em qualquer outra esfera.

Mantém-se, assim, a via própria e autônoma de repressão da improbidade administrativa e que já tinha lugar desde a Constituição.

A responsabilização pela prática dos atos de improbidade definidos na Lei nº 8.429/1992 é, portanto, apenas mais um meio de repressão da improbidade administrativa, que não exclui os demais e nem por eles é excluído.

Aplicável, aqui, o mesmo raciocínio que conduz à possibilidade de coexistência dos ilícitos/sanções/esferas administrativa e criminal, anteriormente invocado e segundo o qual normas de direito penal punitivo e de Direito Administrativo Sancionador resultam separadas por critérios puramente dogmáticos por discricionárias escolhas legislativas, ainda que o Legislador não possa incorrer em arbitrariedades, de modo que os respectivos regimes jurídicos são distintos, porém ambos vinculados ao direito constitucional e notadamente a princípios constitucionais.

5 CONCLUSÃO

O agente público, definido como pessoa física que exerce uma função pública, com ou sem vínculo empregatício, em caráter definitivo ou transitório, surge apenas com o estabelecimento do Estado de Direito, a partir do final do século XVIII.

Anteriormente, a pessoa física que desempenhava funções estatais era, na realidade, um agente do rei, um oficial do rei, e não agente público. Nessa época, coincidentemente, história brasileira, como período colonial, os cargos – impropriamente qualificados como públicos – pertenciam ao rei, por serem atributos

de sua soberania. Esses cargos ou ofícios eram atribuídos pelo rei, a seu bel-talante, a determinadas e privilegiadas pessoas que, dessa forma, adquiriram proeminência social.

Tais agentes não davam qualquer satisfação à sociedade, reportando-se, quando o faziam, ao rei. Era o rei, por isso mesmo, o único que podia impor alguma sanção ao agente descumpridor de seus deveres, sempre relacionados à lealdade que devia àquele que havia beneficiado com a outorga de um cargo.

As sanções impostas nesse período e dentro desse contexto tinham natureza criminal. Durante o período do Estado Absolutista, portanto, a regra era a da responsabilidade penal dos agentes com o que se visava, única e exclusivamente, punir aqueles que não tinham sido fiéis ao rei, não tendo correspondido, assim, à confiança que neles havia sido pelo rei depositada.

Com o advento do Estado de Direito, erigido sobre uma Constituição, contendo preceitos relativos à Administração Pública e ao administrador público, delineia-se mais nitidamente a figura do agente público, tal qual hoje concebida.

Passou a ser não só possível, mas também necessário, principalmente em razão da vigência do princípio da legalidade, cogitar-se responsabilidade do agente público. Ao menos no plano das normas (já que o fato de um novo arcabouço normativo ter sido criado, condizente com o Estado de Direito que se pretendia fazer prevalecer, não modificou, de uma hora para outra, a realidade dos fatos, o modo de viver e de pensar da sociedade), já se vislumbra, a partir, principalmente, da segunda metade do século XIX, uma disciplina relativa à responsabilidade do agente e do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Clóvis. **Direito Administrativo.** Disponível em http://download.olaamigos.com.br/arquivos/materialinterno/PDF_PDF_amigosfiscais_administrativo1.pdf Acesso em: 23 de jun. 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. **Artigo sobre Responsabilidade Pessoal do Administrador Público.** Disponível em: <http://www.servulo.com.br/pdf/administrador.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 13. ed. São Paulo. Atlas. 2001.

FERNANDEZ, Marcio Silva. Legislação processual aplicável aos prefeitos e o decreto-lei nº 201/67. 2006. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema6/2005_11227.pdf. Acesso em: 01 jul. 2014.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo.** 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do agente público.** Belo Horizonte: Fórum 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal.** 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso AntônioBandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. de Direito, 1999.

_____. **Elementos de direito administrativo**. 3.ed. São Paulo, Malheiros, 1992.

_____. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 1996.

_____. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Malheiros, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6 ed. rev. E atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

MIRABETE, Júlio César Fabrini, FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Mukai, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 151.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

Processo: AIRR – 110840-46.2003.5.15.0126 Data de Julgamento: 17/09/2008, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 7ª Turma, Data de Publicação: DJ 19/09/2008.