

**O TERCEIRO COMO RÉU NA AÇÃO
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
– REFLEXÕES SOBRE A REGRA DE
EXTENSÃO DO ART. 3º DA LEI Nº 8.429/92**

*THE THIRD AS DEFENDANT AT THE ADMINISTRATIVE
MISCONDUCT ACTION – REFLECTIONS ON THE RULE OF
EXTENSION OF ART. 3, LAW Nº 8.429/92*

Natália Hallit Moyses

Procuradora Federal

Especialista em Direitos Humanos

Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Regra de Extensão do Art. 3º da Lei nº. 8.429/92; 1.1 A Ação do Terceiro: elemento subjetivo (dolo ou culpa) e nexos de causalidade; 1.2 Agente Público e Terceiro: litisconsórcio passivo necessário na ação de improbidade administrativa?; 2 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho traz breves reflexões sobre o terceiro como réu na ação de improbidade administrativa, especialmente, no tocante a necessidade de configuração do elemento subjetivo e do nexo de causalidade entre a conduta ímproba do agente público com o particular. Será debatido também a não imposição no art. 3º da Lei nº. 8.429/92 de formação de litisconsórcio passivo necessário, revelando-se, entretanto, imprescindível que o agente público figure no polo passivo da ação de improbidade administrativa para que o terceiro integre a lide como réu.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade administrativa. Terceiro. Elemento Subjetivo. Nexo de Causalidade. Litisconsórcio Passivo Necessário.

ABSTRACT: This academic work presents brief reflections on how the third defendant in the action of administrative misconduct, especially regarding the need to configure the subjective element and the causal link between the conduct of the public official with the particular. Also discussed will be the non-imposition of art. 3 of Law no. 8.429/92 training joinder of necessary liability, revealing, however, essential that the public official liability figure in polo action of administrative misconduct that integrates the third deal as a defendant.

KEYWORDS: Administrative Improbability. Third. Subjective Element. Causation. Joinder Passive Necessary.

INTRODUÇÃO

A Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992, foi editada para regular as sanções aplicáveis aos agente públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do cargo público, revogando as Leis nºs. 3.162/57 e 3.502/58. Enquanto o capítulo VI da Lei nº. 8.429/92 traz disposições de natureza penal, o restante da lei trata das sanções e procedimentos administrativos e civis. Daí nasceu, com a sua feição atual, a chamada ação de improbidade administrativa, tipo de ação que visa apurar e punir a prática de ilícitos na administração pública direta e indireta, além de recuperar os prejuízos em favor dos cofres públicos¹.

Mencionada lei, ao definir a tipificação dos atos de improbidade administrativa, instituiu termos genéricos e abrangentes para a definição e qualificação de condutas ímprobas, agrupando-as em três categorias conforme o bem atingido: a) os atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); b) os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário (art. 10) e; c) os atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública.

A ação de improbidade administrativa deve ser entendida, inclusive, como instrumento de recuperação do patrimônio público em geral, na medida em que abrange todas as sanções previstas nos incisos do art. 12 da Lei nº. 8.429/92, e não apenas o ressarcimento ao erário, considerado espécie do gênero recuperação do patrimônio público.

Ocorre que, juntamente com o agente público, pode o particular integrar o polo passivo da ação de improbidade administrativa consoante regra de extensão inculpada no art. 3º da Lei nº. 8.429/92, possibilitando a ampliação do polo passivo da ação. É o que se discorrerá a seguir.

1 A REGRA DE EXTENSÃO DO ART. 3º DA LEI Nº. 8.429/92

No sistema da Lei nº. 8.429/92, os atos de improbidade somente podem ser praticados por agentes públicos, com ou sem auxílio de terceiros, assim dispondo o preceito que disciplina a matéria:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração,

1 WALD, Arnaldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da. A ação de improbidade administrativa. *Revista de Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*. Procuradoria Geral, Rio de Janeiro: a. 6, n. 11, p. 70-90, jan./dez. 2002.

por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionas no artigo anterior.

A princípio, o *status* de ímprobo² é próprio dos que se enquadram na categoria ampla de agentes públicos, daqueles que se vinculam aos órgãos e entidades que compõem a administração pública direta e indireta dos poderes em todos os níveis de governo³.

Assim, os legitimados passivos da ação de improbidade administrativa são todos aqueles que tenham concorrido para a prática da conduta ímproba. Nesse passo, devem ser submetidos a julgamento não só os agentes públicos que tenham violado o patrimônio público, mas também aqueles que tenham induzido ou concorrido para a prática de ato de improbidade ou deles tenham auferido qualquer benefício.

Portanto, o particular, ou *extraneus*⁴, igualmente pode concorrer ou se beneficiar da prática ilícita e estará sujeito às sanções cominadas ao ímprobo. Enuncia o art. 3º da Lei nº. 8.429/92⁵:

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

A análise do dispositivo demonstra que o particular somente estará sujeito às sanções cominadas “no que couber”, o que deve ser entendido de forma a restringir as sanções àquelas compatíveis com sua condição de *extraneus*, afastando a possibilidade de perda da função pública, o que já seria consequência da própria natureza das coisas e não do preceito legal⁶.

2 Entendido como aquele que administra desonestamente, fazendo vistas grossas para o princípio da moralidade administrativa.

3 FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade de terceiro*. Disponível em: <<http://improbidadeadministrativa.com.br/improbidade-de-terceiro/>>. Acesso em: 11 out. 2012.

4 Do latim: estranho.

5 ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 6. ed., rev. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 267.

6 *Ibid.*, p. 267.

Nesse sentido já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, em voto da eminente Ministra Eliana Calmon, 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. (STJ, REsp nº 931135/RO. Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma. DJ de 27.02.2009). Grifamos.

Dessa forma, observa-se que a intenção do legislador foi a de possibilitar a reparação integral do dano ao erário, mediante a ampliação do polo passivo da ação de improbidade administrativa e punindo todos os envolvidos.

1.1 A AÇÃO DO TERCEIRO: ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO OU CULPA) E NEXO DE CAUSALIDADE

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. Nesse sentido prelecionam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁷:

1º) O terceiro desperta no agente público o interesse em praticar o ato de improbidade, induzindo-o a tanto. Induzir significa incutir, incitar, criando no agente o estado mental tendente à prática do ato.

⁷ ALVES; GARCIA, op. cit., p. 268.

[...]

2º) O terceiro concorre para a prática do ato de improbidade, participação esta que pode consistir na divisão de tarefas com o agente público ou na mera prestação de auxílio material, o que importa em atividade secundária que visa a facilitar o atingimento do fim visado pelo agente (v.g.: o fornecimento de veículo para o transporte de bens e valores desviados do patrimônio público).

3º) O terceiro não exerce qualquer influência sobre o animus do agente ou presta qualquer contribuição à prática do ato de improbidade, limitando-se a se beneficiar, de forma direta ou indireta, do produto do ilícito.

Assim, constatado que o terceiro tinha conhecimento da origem ilícita do benefício auferido – pois a admissibilidade da responsabilidade objetiva, além de não ter amparo legal, em muito comprometeria a segurança das relações jurídicas – estará ele passível de sofrer as sanções cominadas no art. 12 da Lei nº. 8.429/92.

Além de ser imprescindível à identificação da responsabilidade do terceiro, a individualização das formas de participação contribuirá para a correta aferição da dosimetria da sanção que lhe será aplicável. Àquele que induz o agente público a praticar o ato de improbidade, concorre na divisão de tarefas e ainda se beneficia do produto do ilícito deve ser aplicada uma sanção mais severa do que àquele que tão somente induziu o agente à prática de ato de improbidade⁸.

Destaque-se que, sem a 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.

Zavascki⁹ relembra que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera indispensável para caracterização da improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei nº. 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do art. 10 da mesma lei.

8 ALVES; GARCIA, op. cit., p. 269.

9 STJ, AIA 30/AM. Rel Ministro Teori Albino Zavascki. Corte Especial, DJ 21.09.2011.

Com efeito, não se pode aceitar que o terceiro de comprovada boa-fé possa vir a ser envolvido em ação de improbidade administrativa se agiu com diligência e era incapaz de perceber a ilicitude do agente público com quem lidou¹⁰.

Não se olvide, entretanto, que o dispositivo tem caráter aberto, lacunoso, o que poderia ensejar a aplicação desproporcional da lei. Sobre o art. 3º, Mattos¹¹ assevera:

Para que o terceiro figure no polo passivo da ação de improbidade administrativa deverá estar invencivelmente caracterizada uma relação de promiscuidade com o agente público, evidenciada pelo dolo, com a obtenção de um resultado combatido pelo direito.

O nexo de causalidade também é imperioso para que ocorra a subsunção da conduta do particular na Lei nº. 8.429/92. Deverá haver 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.

Convém registrar que os particulares não podem ser responsabilizados com base na lei de improbidade administrativa sem que figure no polo passivo um agente público responsável pelo ato questionado, o que não impede, contudo, o eventual ajuizamento de ação civil pública comum para obter o ressarcimento ao erário¹².

Entendendo da mesma forma, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹³ destacam que:

É importante frisar, uma vez mais, que somente será possível falar em punição de terceiros em tendo sido o ato de improbidade praticado por um agente público, requisito este indispensável à incidência da Lei nº. 8.429/92. Não sendo divisada a participação do agente público, estará o *extraneus* sujeito a sanções outras que não aquelas previstas nesse diploma legal.

10 OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 117.

11 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 44.

12 AgRg no REsp 759.646/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Julgado em 23/03/2010, DJe 30/03/2010.

13 ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 6.ed., rev. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 269.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil. Administrativo. Réu Particular. Ausência de participação conjunta de agente público no pólo passivo da ação de improbidade administrativa. Impossibilidade.

1. Os arts. 1º e 3º da Lei 8.429/92 são expressos ao prever 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. Não figurando no pólo passivo qualquer agente público, não há como o particular figurar sozinho como réu em Ação de Improbidade Administrativa.

3. Nesse quadro legal, não se abre ao *Parquet* a via da Lei da Improbidade Administrativa. Resta-lhe, diante dos fortes indícios de fraude nos negócios jurídicos da empresa com a Administração Federal, ingressar com Ação Civil Pública comum, visando ao ressarcimento dos eventuais prejuízos causados ao patrimônio público, tanto mais porque o STJ tem jurisprudência pacífica sobre a imprescritibilidade desse tipo de dano.

4. Recurso Especial não provido.

(STJ, REsp 1155992/PA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23/03/2010, DJe de 01/07/2010). Grifamos.

1.2 AGENTE PÚBLICO E TERCEIRO: LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA?

Outra questão relevante é a formação do litisconsórcio passivo necessário entre agente público e terceiro na ação de improbidade administrativa. O instituto do litisconsórcio necessário está regulado no art. 47 do Código de Processo Civil:

Art. 47 Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

É certo, como visto, que os terceiros que participem ou se beneficiem de improbidade administrativa são sujeitos aos ditames da

Lei nº. 8.429/92, consoante o disposto em seu art. 3º, porém inexistente imposição legal de formação de litisconsórcio passivo necessário.

Outrossim, não há de se falar em relação jurídica unitária, tendo em vista que a conduta dos agentes públicos pauta-se especificamente pelos seus deveres funcionais e independe da responsabilização dos particulares que participaram da probidade ou dela se beneficiaram¹⁴.

Ressalte-se que a primeira turma do Superior Tribunal de Justiça reiterou esse entendimento no julgamento do REsp 759.646/SP, tendo o eminente Ministro Relator Teori Albino Zavascki asseverado que:

[...] não há, na Lei de Improbidade, previsão legal de formação de litisconsórcio entre o suposto autor do ato de improbidade e eventuais beneficiários, tampouco havendo relação jurídica entre as partes a obrigar o magistrado a decidir de modo uniforme a demanda, o que afasta a incidência do art. 47 do CPC. (AgRg no REsp 759.646/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Julgado em 23/03/2010, DJe 30/03/2010).

3 CONCLUSÃO

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 julgamento¹⁵.

O terceiro pode figurar o polo passivo da ação de improbidade administrativa desde que tenha concorrido dolosa (hipóteses do art. 9º e 11 da Lei nº. 8.429/92) ou culposamente (art. 10 da mesma lei) com o agente público, sendo necessário ainda o nexos de causalidade entre as condutas com vistas a obtenção de um resultado ilícito, imoral.

Visando ampliar a possibilidade de ressarcimento do dano ao erário, o legislador objetivou punir todos os envolvidos na ação de improbidade administrativa, sem, contudo estabelecer imposição legal de formação de litisconsórcio passivo necessário, nos termos do art. 47

14 STJ, REsp, nº. 896.044/PA, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2. Turma, DJE 19/04/2011.

15 STJ, REsp nº 108991/PE, Rel. Min. Castro Meira, 2. T., DJ de 25/11/1999.

do Código de Processo Civil, que reclama interpretação conjunta com o art. 3º da Lei nº. 8.429/92.

Cumpra registrar, por fim, que a ação de improbidade administrativa seja empregada com responsabilidade, naqueles casos em que realmente se vislumbra a prática de ilícitos, evitando a banalização de Lei nº. 8.429/92, que traz graves sanções aos agentes públicos e terceiros que concorreram para a prática de atos ímprobos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 6. ed., rev. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade de terceiro*. Disponível em: <<http://improbidadeadministrativa.com.br/improbidade-de-terceiro/>>. Acesso em: 11 out. 2012.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

STJ, AIA 30/AM. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. Corte Especial, DJ 21.09.2011.

STJ. AgRg no REsp 759.646/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Julgado em 23/03/2010, DJe 30/03/2010.

STJ. REsp. nº. 896.044/PA. Rel. Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. DJe 19/04/2011.

STJ. REsp nº 108991/PE, Rel. Min. Castro Meira. Segunda Turma. DJ de 25/11/1999.

WALD, Arnaldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da. A ação de improbidade administrativa. *Revista de Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*, Procuradoria Geral, Rio de Janeiro: a. 6, n. 11, jan./dez. 2002.