

Direito Administrativo II:

Ponto 2: Improbidade Administrativa



PROF. DR. GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)
São Paulo (SP), agosto de 2018.

Sumário de aula

Improbidade Administrativa

1. Sistema Legal de Defesa da Moralidade Administrativa
 2. Improbidade Administrativa
 - a) Noções gerais
 - b) Bases jurídicas
 3. Lei Federal nº 8.429/1992
 - a) Conceito doutrinário e natureza jurídica
 - b) Sujeitos
 - c) Objeto ou tipificações legais
 - d) Elemento subjetivo
 - e) Polêmica sobre improbidade por culpa
 4. Regime de Sanções
 - a) A fonte legal e natureza das sanções
 - b) Jurisprudência
 5. Aspectos Processuais da Persecução da Improbidade Administrativa
 - a) Disposições gerais
 - b) Prescrição
 - c) Compatibilidade com outros diplomas legais
 - d) Questões divergentes
 6. Improbidade Administrativa e Lei da Ficha Limpa
 - a) Repercussões da Improbidade Administrativa
 7. Procedimento Administrativo Disciplinar
 8. Caso Prático
 9. Referências
-

1. Sistema Legal de Defesa da Moralidade Administrativa

- Crimes contra a Administração Pública no Código Penal (art. 312 e ss)
 - **Lei nº 8.429/1992 - Lei de combate à Improbidade Administrativa;**
 - Parte penal da Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Lei nº 8.666/1993;
 - Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa);
 - Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência);
 - **Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção;**
-

2. Improbidade Administrativa

(a) Noções gerais sobre a tutela da probidade administrativa

- Probidade: dever constitucional de moralidade na administração (Art. 37, caput, da Constituição Federal)
- Não se aplica o princípio da insignificância (REsp 892.818/RS - DJe 10/02/2010)
- Não se restringe ao dever de legalidade formal;
- Importa a observância de princípios e preceitos de boa administração;
- Tutela a disciplina interna da Administração Pública;
- Veda o enriquecimento ilícito em função do mandato, cargo ou emprego público;
- Prevê um regime especial de responsabilização administrativa, civil e penal.

*Fonte: JUSTEN FILHO, 2013, p. 1083 e seguintes.

(b) Bases jurídicas da sanção

Constituição Federal

Art. 37. ...

4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, **na forma e gradação previstas em lei**, sem prejuízo da ação penal cabível.

5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.**

Lei nº 8.429/1992.

Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências

3. Lei Federal nº 8.429/1992

(a) Conceito doutrinário e natureza jurídica

- A Lei nº 8.429/1992 não oferece conceito, mas tipifica fatos e condutas de improbidade.

“Ação ou omissão violadora do dever constitucional de moralidade no exercício da função pública, que acarreta a imposição de sanções civis, administrativas e penais, de modo cumulativo ou não, tal como definido em lei” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1083).

(...)

“Improbidade é um conceito jurídico indeterminado, o que impede a sua utilização imediata para o sancionamento penal ou administrativo. Faz-se necessário tornar preciso o conteúdo das condutas aptas a configurar ilicitude, o que exigiu a edição de normas legais destinadas a tipificar a conduta reprovável”. (Ibiden, p. 1093/1094).

- A natureza jurídica do **ato** de improbidade: ilícito de natureza civil e política
- Tratamento conferido à pessoa física

3. Lei Federal nº 8.429/1992

(b) Elementos constitutivos do ato: sujeitos (Art. 1º, 2º e 3º da Lei 8.429/1992)

SUJEITO PASSIVO - Sofrem o ato de improbidade:

- **Entes estatais:** Administração direta ou indireta da União, Estados, Municípios e DF (art. 1º);
- Empresa incorporada ao patrimônio público dos entes federativos (art. 1º)
- Entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício (art. 1º, § único)

SUJEITO ATIVO – Praticam o ato de improbidade:

- **Agente público** (art. 2º): todo aquele que exerce mandato, cargo, emprego ou função em entidade da Administração
- Aquele que, **mesmo não sendo agente público**, induza ou concorra para a prática do ato ou dele se beneficie.

(c) Elementos constitutivos do ato: objeto ou tipificações legais

PESSOA FÍSICA

Art. 9º - Enriquecimento Ilícito

- Percepção de vantagem indevida de terceiros
- Apropriação indevida
- Conflitos de Interesse
- Enriquecimento sem justificativa

Art. 10 – Prejuízo ao erário

- Ação ou omissão que causam lesão ao erário
- Elemento necessário da ilicitude: prova do danos, do prejuízo aos cofres públicos

Art. 11 – Atentado contra os princípios

- Tipo de ampla definição
- Interpretação restritiva
- Violação aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade
- Meio para realização de objetivos ímprobos
- Dispensa Prova do Dano

3. Lei Federal nº 8.429/1992

(d) Elementos constitutivos do ato: elemento subjetivo

➤ Jurisprudência relevante

Regra geral: caracterização do ilícito de improbidade exige a prática de **ato doloso**.

*“O STJ ostenta entendimento uníssono segundo o qual, **para que seja reconhecida a tipificação** da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade, **é necessária a demonstração** do elemento subjetivo, consubstanciado pelo **dolo** para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, **ao menos, pela culpa**, nas hipóteses do **art. 10**.”* (REsp 1192056/DF. Dje 26-09-2012)

Art. 10: a polêmica sobre os tipos culposos que causam lesão ao erário

*“O elemento culpabilidade, no interior do ato de improbidade, **se apurará sempre a título de dolo**, embora o **art. 10** da Lei 8.429/92 **aluda efetivamente à sua ocorrência de forma culposa**”. (STJ, AgRg no AREsp 52.383/MG. 1ªT. Dje 28-02-2012)*

3. Lei Federal nº 8.429/1992

(e) Elementos constitutivos do ato: polêmica sobre improbidade por culpa

➤ Doutrina relevante sobre o art. 10

*“..., a regra é a exigência do elemento subjetivo doloso. A improbidade pressupõe a atuação maliciosa preordenada a obtenção de um resultado conhecido como indevido. (...) ...deve-se ter cautela para **evitar generalização** da configuração da **improbidade sem dolo em todos os casos do art. 10**. Apenas alguns deles é que comportam essa possibilidade. (...) especialmente nas hipóteses em que a **lesão aos cofres públicos se aperfeiçoa em virtude da omissão** da adoção de providências indispensáveis à defesa de interesses e bens colocados sob guarda de um agente estatal.” (JUSTEN FILHO, p. 1096-1097)*

- Não é qualquer hipótese de omissão que configura improbidade sem dolo
- A omissão deve ser relevante: deveres especiais e essência de certas funções
- A atuação culposa do sujeito pode conduzir a sua responsabilidade civil e administrativa
- A configuração do ato de improbidade é mais grave: natureza punitiva (penal) de algumas sanções
- Em alguns casos, é evidente o dolo na descrição típica: “frustrar a licitude do processo licitatório”.

4. Regime de Sanções

(a) A fonte legal e natureza da sanção por improbidade

- O sancionamento à improbidade é de natureza complexa.
- Natureza jurídica: civil e administrativa, com conotação penal
 - A jurisprudência diverge quanto à natureza das sanções
- **Sanções de natureza civil:** dever de ressarcir prejuízos
- **Sanções de natureza administrativa:** perda do cargo ou função
- **Sanções de natureza penal:** (caráter retributivo, aflitivo)
 - perda de cargos eletivos
 - suspensão de direitos políticos
 - Interdição do direito de contratar com a Administração
- **São Comuns a todos os tipos da Lei nº 8.429/1992**
 - Perda da função pública
 - Ressarcimento integral do dano

Lei nº 8.429/1992. Art. 12. Independendentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade **sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas **isolada ou cumulativamente**, de acordo com a gravidade do fato.**

Os incisos I, II e III fazem respectiva referência aos artigos 9º, 10 e 11 da Lei.

4. Regime de Sanções

(b) Natureza jurídica da sanção por improbidade: jurisprudência

“Não se pode confundir a típica ação de improbidade administrativa, de que trata o art. 17 da Lei nº 8.429/1992, com a ação de responsabilidade civil para anular atos administrativos e obter o ressarcimento do dano correspondente. **Aquela tem caráter repressivo**, já que se destina fundamentalmente, **aplicar sanções político-civil de natureza pessoal** aos responsáveis por atos de improbidade administrativa (art.12)” (STJ. REsp 1163643/SP. Dje 30-03-2010)

“As **sanções** prevista na ação de **improbidade administrativa** possuem **caráter civil**, uma vez que as penas previstas são as de perda dos bens, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão de direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar e receber benefícios do Poder Público” (STJ. HC 50.545/AL. Dje 04-09-2006).

5. Aspectos Processuais na Persecução da Improbidade Administrativa

(a) Disposições gerais

➤ Procedimento administrativo: (art. 14)

Representação à autoridade administrativa para apuração de improbidade

➤ Intervenção obrigatória do Poder Judiciário (Art. 17)

- Instrumento processual: Ação Civil Pública

➤ Legitimidade: (Art. 17)

- Ministério Público
- Pessoa jurídica interessada (art. 1º)

➤ A possibilidade de decretação judicial de indisponibilidade de bens: art. 7º c/c art. 16

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, **para a indisponibilidade dos bens do indiciado**

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao **Ministério Público ou à procuradoria do órgão** para que **requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens** do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público

5. Aspectos Processuais na Persecução da Improbidade Administrativa

(b) Prescrição

➤ Os prazos legais (art. 23 da Lei 8.429/1992):

Agente público	Exercício de mandato, cargo em comissão e função de confiança	Exercício de cargo efetivo ou emprego público	Entidades do art. 1º, § único
Prazo	05 anos	05 anos ou prazo das faltas disciplinares	05 anos
Termo inicial	Término do exercício*	Ciência do fato pela Administração	Prestação de contas final

CRFB. Art. 37. § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

➤ Jurisprudências

- Termo inicial e Reeleição
- Imprescritibilidade

STJ. É firme a jurisprudência do STJ, no sentido de se **contar o prazo prescricional** previsto no art. 23, I, da Lei 8.429/1992, nos casos de **reeleição**, a partir do **encerramento do segundo mandato**, considerando a cessação do vínculo do agente ímprobo com a Administração Pública (REsp 1290824-MG - DJe 29/11/2013).

STF. 1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, em face de agentes públicos, em decorrência de suposto ato de improbidade administrativa. (RE 852475/SP – Dje 25/05/2016)

5. Aspectos Processuais na Persecução da Improbidade Administrativa

(c) A Lei de Improbidade e a compatibilidade com outros diplomas e sistemas

- Lei dos Crimes de Responsabilidade – Lei nº 1.079/1950

Lei nº 8.429/1992

Art. 11. Constitui **ato de improbidade administrativa na administração**: 1 - omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos oficiais;

Lei n. 1.079/1950

Art. 9º São **crimes de responsabilidade contra a probidade** do Poder Executivo; IV - atos

- Lei da Ficha Limpa - LC 135/2010

Lei nº 8.429/1992

Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos **só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória**

Lei Complementar Federal nº 135/2010

Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: [...] I) os que forem condenados à **suspensão dos direitos políticos**, em decisão transitada em **juízo colegiado**, por **ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, (...)**

5. Aspectos Processuais na Persecução da Improbidade Administrativa

(d) Questões Divergentes

➤ Conflito entre a LIA e da Lei dos Crimes de Responsabilidade

STF - RCL 2138 DF (DJ 18-04-2008)

“O sistema constitucional brasileiro **distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos**. A Constituição **não admite a concorrência** entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos”

STJ - RCL 2790 SC (DJe 04-03-2010)

“... **não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade**, de qualquer das sanções por **ato de improbidade** previstas no art. 37, § 4.º Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza.”

“A decisão [STF] reconheceu a impossibilidade de cumulação do regime de improbidade e de crime de responsabilidade. Ora, essa orientação apenas pode ser mantida mediante a definição de que a improbidade apresenta natureza jurídica similar a do crime de responsabilidade. Se o sancionamento à improbidade tivesse natureza exclusivamente administrativa, não existiria qualquer impedimento à sua cumulação com o crime de responsabilidade.” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 1090, comentários nossos)

6. Improbidade Administrativa e a Lei da Ficha Limpa

(a) Repercussões da Improbidade Administrativa

➤ Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa):

Art. 2º A Lei Complementar nº 64, de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º São **inelegíveis**: I - para qualquer cargo: (...) g) os que **tiverem suas contas** relativas ao exercício de **cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável** que configure ato doloso de improbidade administrativa, e **por decisão irrecorrível do órgão competente, (...)**”

STF. (RE 848826) DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. JULGAMENTO DAS CONTAS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO COMO ORDENADOR DE DESPESAS. COMPETÊNCIA: PODER LEGISLATIVO OU TRIBUNAL DE CONTAS. REPERCUSSÃO GERAL. (...) 2.

Constitui questão constitucional com repercussão geral a **definição do órgão competente – Poder Legislativo ou Tribunal de Contas – para julgar as contas de Chefe do Poder Executivo** que age na qualidade de **ordenador de despesas**, à luz dos arts. 31, § 2º; 71, I; e 75, todos da Constituição. 3. Repercussão geral reconhecida. **Dje 02-09-2015)**

Em sessão realizada na data de 10.08.2016, o STF firmou o entendimento em favor do poder legislativo. (Dje 18-08-2016)

“Para os fins do **art. 1º, inciso I, alínea "g", da Lei Complementar 64**, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a **apreciação das contas de prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão**, será exercida pelas **Câmaras Municipais**, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, **cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores.**”

7. Procedimento Administrativo Disciplinar

- Ato de improbidade que configure falta grave sujeita a penalidade de demissão
- A demissão pode ser decidida pela Administração, por processo administrativo?
- Ou deve ser levada ao poder judiciário?

STF. Ato de improbidade: **a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário.** Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido (RMS 24699, DJ 01-07-2005).

STJ. DEMISSÃO APLICADA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. **Infração disciplinar grave que constitui ato de improbidade é causa de demissão independente de processo judicial prévio.** (...) As improbidades não previstas ou fora dos limites da lei de improbidade ainda quando se recomende a demissão, sujeitam-se à lei estatutária, prevalecendo portanto o art. 132, IV da Lei nº 8.112/90. (MS 15.054/DF, DJe 19-12-2011).

8. Caso Prático

STF. Ação Penal 504. O Candidato à prefeitura de São Paulo Celso Russomano (PRB) respondeu a processo penal por desvio de valores do erário público (Art. 312 do Código Penal) foi absolvido em 09/08/2016, por decisão da 2º Turma do STF, que reconheceu falta de tipicidade penal (art. 386, III). Dje 25-08-2016.

O então Dep. Federal indicou e admitiu Sandra de Jesus como secretária parlamentar, no período de junho de 1997 a março de 2001, sendo que tal pessoa, aparentemente, não exercia a função.

O processo teve marcha conturbada, por intercorrências da prerrogativa de função:

- Tramitou pelo STF (2008 - Inq 1926) em virtude do foro especial (art. 102, I, b),
- Reconhecida a perda da prerrogativa, o processo foi remetido à justiça de primeira instância.
- Em 2014, foi condenado pela Justiça Federal de São Paulo a dois anos e dois meses de prisão;
- Em 2015, a justiça federal declinou da competência em favor do STF, por força de nova eleição do réu a Deputado Federal (2014).

Pergunta-se: Como as questões processuais deste caso se apresentam para o tema do combate à corrupção?

Referências

- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
 - MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19. ed. São Paulo: Editora RT, 2015
 - OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
 - MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. *Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos*. 2014. R. de Dir. Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 55-84, jul./set. 2014.
 - MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. FREITAS, Rafael Vêras de. *A juridicidade da Lei Anticorrupção. Reflexões e interpretações prospectivas*. In: *Revista Fórum Administrativo (RFA)*. Belo Horizonte, ano 14, n. 156, fev. 2014.
-