

ODETE MEDAUAR

DIREITO
ADMINISTRATIVO
MODERNO

19.^a edição revista e atualizada



THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Danielle Oliveira, Ivê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Produção Editorial
Coordenação
JULIANA DE CICCO BIANCO

Analistas Editoriais: Amanda Queiroz de Oliveira, Danielle Rondon Castro de Morais, Flávia Campos Marcelino Martines, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos, Luciano Mazzolenis J. Cavalheiro e Rodrigo Domiciano de Oliveira

Analistas de Qualidade Editorial: Cintia Mesojedovas Nogueira, Maria Angélica Leite, Rafaella de Almeida Vasconcellos, Samanta Fernandes Silva e Victor Bonifácio

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) **(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Medauar, Odete

Direito administrativo moderno / Odete Medauar. -- 19. ed. rev. e atual. -- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-5961-7

1. Direito administrativo 2. Direito administrativo -- Brasil I. Título.

15-00400

CDU-35(81)-35

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Direito administrativo 35(81) 2. Direito administrativo 35

Para configurar o *princípio da moralidade administrativa* e operacionalizá-lo, parece melhor adotar o último entendimento. O princípio da moralidade é de difícil tradução verbal, talvez porque seja impossível enquadrar em um ou dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas desvirtuadoras das verdadeiras finalidades da Administração Pública. Em geral, a percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual, ou melhor, ao se considerar o contexto em que a decisão foi ou será tomada. A decisão, de regra, destoa do contexto, e do conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina geral norteadora da Administração. Exemplo: em momento de crise financeira, numa época de redução de mordomias, num período de agravamento de problemas sociais, configura imoralidade efetuar gastos com aquisição de automóveis de luxo para “servir” autoridades, mesmo que tal aquisição se revista de legalidade.

A Constituição Federal de 1988, além de mencionar a moralidade como um dos princípios da Administração, aponta instrumentos para sancionar sua inobservância.

Um deles é a ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão (no sentido de detentor de direitos políticos) para anular ato lesivo à moralidade administrativa (art. 5.º, LXXIII).

7.6.1 *Improbidade administrativa*

Outro é a previsão de sanções a agentes públicos por atos ou condutas de *improbidade administrativa*. A probidade, que há de caracterizar a conduta e os atos das autoridades e agentes públicos, aparecendo como dever, decorre do princípio da moralidade administrativa. Na linguagem comum, *probidade* equivale a honestidade, honradez, integridade de caráter, retidão. A *improbidade administrativa* tem um sentido forte de conduta que lese o erário público, que importe em enriquecimento ilícito ou proveito próprio ou de outrem no exercício de mandato, cargo, função, emprego público, embora existam outros casos sem lesão direta ao erário, por exemplo, na fraude à licitude em concurso público.

Uma das hipóteses de sanção à *improbidade administrativa* é prevista na Constituição Federal, ao indicar como passíveis de processo, por crime de responsabilidade, os atos do Presidente da República que atentem contra a probidade na Administração (art. 85, V).

Antes da Constituição de 1988 a Lei 1070, de 10.04.1950, em vigor, já indicava a *improbidade* como crime de responsabilidade (art. 10, V) do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Secretários Estaduais.

Por seu lado, a Constituição Federal, no § 4.º do art. 37 prevê, para os atos de *improbidade administrativa*, sem apontar os sujeitos ativos, a suspensão dos

direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação indicadas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Por mencionar a perda da função pública, supõe-se que os destinatários da norma sejam apenas agentes públicos, embora a lei aventada alcance também agentes privados.

Essa lei, de n. 8.429, foi editada em 02.06.1992 e recebeu alterações posteriores. Alguns aspectos da referida Lei são indicados a seguir.

a) Depois de mencionar, no art. 1º, *caput*, os atos de improbidade administrativa de *qualquer agente público, servidor ou não*, inclui nas suas disposições aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma, direta ou indireta (art. 3º, *caput*) Portanto, a Lei também se aplica a agentes privados.

Paira controvérsia sobre a aplicação desta Lei aos *agentes políticos*, inexistindo, até o momento, diretriz pacífica oriunda do Poder Judiciário. Algumas linhas de entendimento surgiram, como por exemplo: a) a Lei de improbidade administrativa não alcança o Presidente da República, os Ministros de Estado, os governadores e os secretários estaduais, agentes políticos mencionados na Lei 1079/1950 (dispõe sobre crimes de responsabilidade), quanto a ato de improbidade, pois esta seria lei específica para tais agentes, aplicando-se aos Prefeitos, por não estarem citados; b) a Lei de improbidade se aplica aos agentes políticos, salvo para o caso de sanção de perda da função pública e suspensão de direitos políticos, pois tais sanções teriam matiz penal, embora a matéria ventilada na lei de improbidade administrativa e sua ação judicial tenham natureza civil; c) somente o Presidente da República não está sujeito à Lei de improbidade, pois o inc. V do art. 85 da CF é a única menção da Constituição à improbidade como crime de responsabilidade; só neste ponto haveria concorrência de regimes e dupla sanção; para os demais agentes políticos incidiria a Lei de improbidade, sobretudo porque o art. 37, § 4.º, ao final, diz que as sanções por improbidade administrativa se aplicam, sem prejuízo da ação penal cabível; esta linha revela-se a mais coerente à Constituição e à própria Lei de improbidade.

b) Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, haverá o integral ressarcimento do dano (art. 5.º). No caso de enriquecimento ilícito, o agente público ou terceiro perderão os bens e valores acrescidos ao seu patrimônio (art. 6.º). Nestes casos, a autoridade administrativa responsável pela apuração representará ao Ministério Público para fins de indisponibilidade dos bens do indiciado, recaindo esta sobre os bens que assegurem o ressarcimento do dano ou sobre o acréscimo patrimonial, respectivamente (art. 7.º e parágrafo único). O sucessor, nas duas situações, fica sujeito às cominações da Lei, até o limite da herança (art. 8.º).

c) A Lei 8.429/1992 arrola, um a um, os atos de improbidade administrativa, reunidos sob as rubricas seguintes:

(i) Art. 9.º - *Atos que importam enriquecimento ilícito*, por exemplo: receber para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel ou qualquer outra vantagem econômica, a título de comissão, percentagem, gratificação etc., de quem tenha interesse, direto ou indireto, em ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público (art. 9.º, I).

(ii) Art. 10 – *atos causadores de prejuízo ao erário*, por exemplo: facilitar ou concorrer para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial de órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta (art. 10, I).

(iii) Art. 11 – *Atos que atentam contra os princípios da Administração Pública*, por exemplo: praticar atos visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência (art. 11, I); frustrar a licitude de concurso público (art. 11, V).

d) O art. 12, nos incs. I, II e III, lista, respectivamente, as *sanções* para cada grupo de atos de improbidade, apontados nos arts 9.º, 10 e 11.

Além da perda de bens, perda da função pública, ressarcimento integral do dano (quando houver), suspensão dos direitos políticos, os três incisos indicam ainda: pagamento de multa civil, proibição de contratar com o poder público, receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. Quando for o caso, o tempo de duração das sanções varia conforme a rubrica onde a Lei insere o ato de improbidade; assim, por exemplo, para os atos indicados no art. 9.º, a suspensão dos direitos políticos vai de oito a dez anos; para os atos indicados no art.10, vai de cinco a oito anos.

Na fixação das penas, o juiz levará em conta a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido.

e) Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente a fim de ser instaurada apuração da prática de ato de improbidade (art. 14). Será dada ciência, ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas, da existência do processo administrativo instaurado (art. 15).

f) No tocante ao *processo judicial*, a ação, com rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada - União, Estado, Distrito Federal, Município, entidade da Administração Indireta, por exemplo (art. 17, *caput*). São vedados a transação, acordo ou conciliação nestas ações (art. 17, § 1.º). Se o Ministério Público for parte, atuará como fiscal da lei, sob pena de nulidade (art. 17, § 4.º). Os arts. 17 e 18 trazem normas sobre o processo judicial.

g) A perda da função pública e a suspensão do direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 20, *caput*). A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afas-

tamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando for necessária à instrução processual.

h) Quanto à *prescrição*, as ações destinadas a levar a efeito as sanções podem ser propostas em até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; e dentro do prazo prescricional previsto em lei para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de ocupante de cargo efetivo ou emprego (art. 23, I e II).

7.6.2 A chamada Lei Anticorrupção

A Lei 12.846, de 01.08.2013, em vigor 180 dias após sua publicação, denominada *Lei anticorrupção*, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas, pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Portanto, a Lei anticorrupção não apresenta natureza penal. Embora enuncie a responsabilização de pessoas jurídicas, dirigentes destas pessoas, portanto pessoas físicas, podem sofrer sanções previstas na Lei.

Esta Lei guarda certa similaridade, em alguns pontos, com dispositivos da Lei 8.429/1992 – Lei de improbidade. E também da Lei 8.666/1993 - licitações e contratos administrativos, no tocante aos ilícitos administrativos e respectivas sanções.

Alguns preceitos da Lei anticorrupção indicam-se a seguir.

a) As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos de corrupção praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não (art. 2.º).

Sendo objetiva, a responsabilização não exige comprovação de dolo ou culpa; basta provar o *nexo de causalidade* entre a conduta e o dano, efetivo ou pretendido. Comprovada a inexistência deste nexo, não incidem sanções.

A responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou de coautores e partícipes (art. 3.º), sendo esta de conotação subjetiva, pois ocorre na medida de sua culpabilidade (art. 3.º, §2.º), ou seja, há de se comprovar dolo ou culpa.

Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, cisão societária, fusão ou incorporação (art. 4.º). Nos dois últimos casos, a responsabilidade da sucessora se limita ao pagamento de multa e reparação do dano, até o limite do patrimônio transferido (art. 4.º, § 1.º); esse mesmo tratamento incide nas controladoras, controladas, coligadas, consorciadas.

b) A referida Lei se aplica a sociedades, fundações ou pessoas estrangeiras, com sede, filial ou representação no Brasil, constituídas de fato ou de direito (art. 1.º, parágrafo único).

c) O art. 5.º traz uma lista de atos de corrupção lesivos à Administração nacional e estrangeira (aí incluídos os organismos públicos internacionais), atos que no geral: incentivam a corrupção; fraudam os processos licitatórios frustrando sua licitude; dificultam a atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos.

d) No âmbito administrativo serão aplicadas as seguintes sanções:

I – multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação (art. 6.º, I);

II – publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6.º, II), sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores (art. 6.º, § 5.º).

As sanções, isoladas ou cumulativamente, serão aplicadas de modo fundamentado (motivação), conforme as peculiaridades do caso, a gravidade e natureza da infração (art. 6.º, § 1.º), sendo a aplicação precedida de manifestação jurídica pela Advocacia Pública ou de órgão de assistência jurídica ou equivalente, do ente público. (art. 6.º, § 2.º).

e) Atentando ao princípio da proporcionalidade, o art. 7.º fixa elementos a serem considerados na aplicação das sanções, por exemplo: a gravidade da infração; a vantagem auferida ou pretendida; a consumação ou não da lesão; a situação econômica do infrator; a cooperação para a apuração dos fatos; se for o caso, o valor dos contratos mantidos com o órgão público lesado.

Vem despertando atenção o contido no inc. VIII do art. 7.º, que poderá atenuar a sanção: a existência, na pessoa jurídica, de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria, incentivos à denúncia de irregularidades, códigos de ética, ou seja, mecanismos para prevenir ou detectar irregularidades e proteger a integridade empresarial. Tais mecanismos e procedimentos internos recebem o nome de *compliance* (v. item 7.6.2.1).

f) De modo similar ao Direito da Concorrência, o art. 16 prevê o *acordo de leniência*, visando à colaboração das pessoas jurídicas privadas com as investigações. Com este acordo busca-se, em especial, a identificação dos demais envolvidos e a rápida obtenção de informações e documentos comprobatórios do ilícito. O acordo de leniência isenta a pessoa jurídica da sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória e da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos do poder público ou instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público (art.

16, § 2.º). Os efeitos do acordo de leniência se estendem às pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo econômico, desde que firmem o acordo em conjunto (art. 16, § 5.º). No âmbito federal, cabe à Controladoria-Geral da União – CGU celebrar o acordo de leniência para esse âmbito e no caso de atos lesivos a Administração estrangeira (art. 16, § 10). O acordo de leniência poderá ser firmado com pessoa jurídica, em decorrência de ilícitos previstos na Lei 8.666/1993 (licitações e contratos administrativos), visando à isenção ou atenuação das sanções fixadas nos seus arts. 86 a 88 (art. 17).

g) A União, os Estados, o Distrito Federal e o Ministério Público poderão ajuizar ação visando à aplicação das seguintes sanções, de forma isolada ou cumulativa: I – perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II – suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III – dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV – proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos (art. 19 e incs.).

Os entes federativos supracitados e o Ministério Público poderão requerer a indisponibilidade de bens, direitos e valores necessários à garantia do pagamento da multa ou reparação do dano, ressalvado o direito de terceiro de boa-fé (art. 19, § 4.º).

A ação de responsabilização judicial segue o rito da ação civil pública (art. 21).

h) A Lei 12.846/2013 cria, no âmbito do Poder Executivo federal, o *Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP*, o qual dará publicidade às sanções aplicadas por órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo, com base na referida Lei (art. 22).

i) Prescrevem em cinco anos as infrações previstas na Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado (art. 25). Na esfera administrativa, interrompe-se a prescrição com a instauração do processo para apuração da infração.

j) A aplicação das sanções previstas nessa Lei não afeta os processos e aplicação de penalidades resultantes da Lei 8.429/1992 – improbidade administrativa e da Lei 8.666/1993 – licitações e contratos administrativos, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

7.6.2.1 Compliance

Termo oriundo da língua inglesa (*to comply*) e noção frequente na economia e na gestão corporativa, *compliance* ingressa no vocabulário do Direito Administrativo em virtude da Lei 12.846, de 01.08.2013, denominada Lei

Anticorrupção, art. 7.º, VIII. Tal dispositivo pode propiciar atenuação de sanções se a pessoa jurídica envolvida tiver, na sua organização, mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria, incentivo à denúncia de irregularidades, aplicação de códigos de ética e de conduta.

Muitas empresas do setor privado têm *setores* ou *comitês de compliance*, destinados a assegurar que as regras a serem seguidas pela empresa, internas ou externas (também normas anticorrupção) sejam cumpridas, como a Lei de licitações e contratos administrativos, a Lei de improbidade, etc.

Com a edição da Lei Anticorrupção há incentivo à instituição de setores ou comitês de *compliance* nas empresas privadas, sobretudo de grande porte.

7.7 Princípio da publicidade

Ao discorrer sobre democracia e poder invisível, Bobbio caracteriza a democracia, sob tal prisma, como o “governo do poder público em público”, atribuindo a este último vocábulo o sentido de “manifesto”, “visível” (*O futuro da democracia*, 1986, p. 84). Por sua vez, Celso Lafer pondera que “numa democracia a visibilidade e a publicidade do poder são ingredientes básicos, posto que permitem um importante mecanismo de controle *ex parte populi* da conduta dos governantes. (...) Numa democracia a publicidade é a regra básica do poder e o segredo, a exceção, o que significa que é extremamente limitado o espaço dos segredos de Estado” (*A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos*, 1988, p. 243-244).

O tema da *transparência* ou *visibilidade*, também tratado como *publicidade* da atuação administrativa, encontra-se associado à reivindicação geral de democracia administrativa. A partir da década de 50, acentuando-se nos anos 70, surge o empenho em alterar a tradição do “segredo” predominante na atividade administrativa. A prevalência do “segredo” na atividade administrativa mostra-se contrária ao caráter democrático do Estado.

A Constituição de 1988 alinha-se a essa tendência de publicidade ampla a reger as atividades da Administração, invertendo a regra do segredo e do oculto que predominava. O princípio da publicidade vigora para todos os setores e todos os âmbitos da atividade administrativa.

Um dos desdobramentos desse princípio encontra-se no inc. XXXIII do art. 5.º, que reconhece a todos o *direito de receber, dos órgãos públicos, informações* do seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral. O preceito é bem claro: o acesso a informações provindas dos órgãos públicos incide não somente sobre matérias de interesse do próprio indivíduo, mas também sobre matérias de interesse coletivo e geral. Descabida, pois, a exigência, ainda imposta em muitos órgãos da Administração, de ter o indivíduo interesse direto e pessoal para o acesso a informações ou expedientes administrativos. A ressalva ao direito fundamental de obter informações dos órgãos públicos é