

Improbidade Administrativa

ESCOLA DE GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL - EGEM

04 E 05 DE JULHO DE 2017

AMERIOS - ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO ENTRE RIOS

AMNOROESTE – ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO NOROESTE DE SANTA CATARINA

CASSIO MAROCCO

- ▶ Graduado em Direito pela UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA - UNOESC/CHAPECO (2000) atual Universidade Comunitária Regional de Chapecó - UNOCHAPECÓ, Especialista em Curso de Pós Graduação em Direito Processual Civil pela Universidade Comunitária Regional de Chapecó - UNOCHAPECÓ (2001), e pela Faculdade Exponencial FIE (2007). Especialista em Ciências Criminais pela Unochapecó (2015). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, área de concentração Direito, Estado e Sociedade. Professor titular da Universidade Comunitária Regional de Chapecó. Advogado desde o ano 2000, com atuação e experiência nas áreas de Direito Administrativo, Direito Penal, Processual Penal e Júri, Direito Processual Civil e Direito Constitucional.

Introdução

- ▶ O instituto da improbidade administrativa foi criado pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela **Lei Federal nº 8.429/92** (“Lei de Improbidade Administrativa” – LIA).
- ▶ Finalidade do instituto foi tornar **mais severa** a punição de desvios cometidos pelos agentes públicos.

Conceito

- ▶ A improbidade administrativa é ilícito de natureza **civil**, podendo ser reconhecida independentemente de responsabilização nas esferas **penal**, **administrativa** ou **política** em razão do mesmo ato.

- ▶ A conduta ímproba (desonesta ou corrupta) é aquela pela qual o agente público desobedece a algum de seus **deveres ou de suas proibições**.
- ▶ Não basta, porém, qualquer desobediência, mas somente aquele que se reveste de **“gravidade”** frente aos mandamentos éticos.
- ▶ Nesse sentido, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO define genericamente a corrupção como **“um desvio de conduta aberrante em relação ao padrão moral consagrado pela comunidade. Não apenas um desvio, mas um desvio pronunciado, grave, insuportável”**.

RESPONSABILIDADES

Hierarquia?

- ▶ Administrativa
- ▶ Civil
- ▶ Política
- ▶ Penal

Responsabilidade pelo ato de improbidade administrativa

- ▶ A responsabilidade por atos de improbidade segue a generalidade dos casos, ou seja, é **SUBJETIVA**, requerendo a demonstração do dolo (em todos os casos) ou da culpa (apenas para os atos que causam prejuízo ao erário).
- ▶ A jurisprudência atual é no sentido de que a configuração do ato de improbidade depende da vontade do agente.

Instâncias de Responsabilização

- ▶ O ato de improbidade administrativa pode ser sancionado em três instâncias:
 - ▶ a) penal, se houver tipificação legal (ex.: crimes contra a Administração Pública);
 - ▶ b) administrativa, se desobedecer a algum dever ou se praticar algum ato proibido por lei;
 - ▶ c) civil, se houver algum dano moral ou material a ser ressarcido.
- ▶ A lei 8.429/92 é civil, mas estabelece penas de caráter **administrativo e político**; jamais penal.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- ▶ “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, impeccabilidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

▶ (...)

▶ II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

▶ (...)

▶ V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

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

Art. 37, CF/88

§4º. Os **ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA** importarão a **S**uspensão dos direitos políticos, a **P**erda da função pública, a **I**ndisponibilidade dos bens e o **R**essarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Ao contrário: RIPS

Lei 8429/1992

- ▶ Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

PRINCÍPIO DA MORALIDADE:

- ▶ A Constituição Federal de 1988 determina que a Administração Pública deve obedecer, dentre outros, ao **princípio da moralidade**.
- ▶ De acordo com ele, a conduta dos agentes públicos deve obedecer não só à lei, mas também às regras de conduta que disciplinam seu comportamento de acordo com a ética e a justiça.
- ▶ O ato legal, mas imoral, é ilegítimo e pode ser anulado pelo Poder Judiciário ou pela Administração Pública.
- ▶ O cidadão pode requerer a anulação do ato imoral ao Judiciário por meio da ação popular (Lei 4.717/65).

MORALIDADE

- ✓ Seu conceito apresenta diversas vertentes, indeterminadas.
- ✓ Por isso, necessário generalizar: Moral é tudo aquilo que para um homem padrão é honesto, justo, ético.
- ✓ **Consequência do conceito vago:** o Judiciário, por conta do conceito vago, não o aplica, isoladamente, nos julgados, normalmente estão julgados junto a outros princípios, gerando essa dificuldade.

MORALIDADE

- ✓ **Moralidade Comum:** resultante do convívio social, onde a mesma varia de acordo com o tempo, nessa temos a premissa do certo e errado.
- ✓ **Moralidade Administrativa:** resultante da boa administração, devendo agir de forma correta, boa-fé, ressalvada a eficiência, exemplo da Súmula Vinculante nº 13 (STF):
 - ✓ A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

- ▶ A moralidade não pode ser aferida apenas no que tange à finalidade do ato, mas também cotejando seus outros elementos constitutivos, como o objeto e o motivo. Ex:
 - ▶ a) objeto impossível → o resultado jurídico visado não é compatível com o ordenamento jurídico;
 - ▶ b) objeto desconforme → há incompatibilidade lógica entre a escolha e o interesse público;
 - ▶ c) objeto ineficiente → ocorre grave comprometimento do interesse público, dada a desproporcionalidade entre custo e benefício;
 - ▶ d) motivo inexistente;
 - ▶ e) motivo insuficiente → inidôneo para prática do ato;
 - ▶ f) motivo inadequado → decorre da falta de correspondência entre o que deveria motivar e a natureza do objeto pretendido;
 - ▶ g) motivo incompatível → aquele que não guarda adequação com o objeto;
 - ▶ h) motivo desproporcional → erroneamente estimado para servir de fundamento para sua ação.

SUJEITO ATIVO

- ▶ O autor do ato de improbidade deve ser sempre o agente público (art. 2º), compreendido como toda aquela pessoa que preste pessoalmente serviços à Administração Pública.
- ▶ Trata-se do conceito mais amplo possível, que inclui mesmo aqueles que têm um vínculo transitório e sem remuneração com a Administração Pública, como mesários, jurados e estagiários.
- ▶ Também: Particulares (improbidade imprópria).

- **AGENTES PÚBLICOS;**

- Servidores públicos (estatutários, celetistas ou remanescentes de outros regimes);
- Contratados: particulares exercendo transitoriamente funções estatais, sem vínculo profissional (ex: representantes da sociedade civil em conselhos ou comissões de licitação, jurados, mesários de eleição etc);

- **AGENTES POLÍTICOS;**

- Equiparados: não servidores e não agentes públicos que induziram/concorreram para a prática da improbidade ou dela se beneficiou ainda que indiretamente.

SUJEITO PASSIVO

- ▶ O sujeito passivo é sempre a Administração Pública, direta ou indireta, e mesmo por via reflexa, quando são atingidas entidades privadas que, de alguma forma, receberam dinheiro público.

- ▶ Portanto, podem ser sujeitos passivos da improbidade administrativa:
- ▶ a) a Administração Direta (conjunto dos órgãos componentes dos entes federativos – União, Estados, Municípios e Distrito Federal);
- ▶ b) a Administração Indireta (conjunto das entidades administrativas vinculadas aos entes federativos – autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista);
- ▶ c) entidade para a qual o erário concorra com parte do patrimônio ou da receita anual;
- ▶ d) entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público.
 - ▶ Obs.: O fato de as empresas públicas e as sociedades de economia mista serem regidas pelo Direito Privado não lhes retira a condição de sujeito passivo do ato de improbidade administrativa.

- ▶ Os que praticarem atos de improbidade administrativa contra determinadas entidades, somente sofrerão sanções pecuniárias limitadas “à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos” (art. 1º, parágrafo único, in fine). Nessa situação, enquadram-se as seguintes entidades:
 - ▶ a) entidade para a qual o erário concorra com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual;
 - ▶ b) entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público.

MODALIDADES DE ATO DE IMPROBIDADE

1. Atos que causam **Enriquecimento ilícito** do agente público (art. 9º da LIA);
2. Atos que causam **Prejuízo ao erário** (art. 10º da LIA); e
3. Atos que violam os **Princípios da Administração Pública** (especialmente moralidade e impessoalidade), mesmo que não haja enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário (art. 11º da LIA).

EPPA

Lei 8.429/1992

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa **importando enriquecimento ilícito** auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa **que causa lesão ao erário** qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que **atenta contra os princípios da administração pública** qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

Seção II-A

(Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016) (Produção de efeito)

Dos Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário

Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o **caput** e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016) (Produção de efeito)

ATOS QUE CAUSAM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO (ART. 9º)

- ▶ Atos que indevidamente aumentam o patrimônio dos agentes públicos, em razão de sua função. Exige a presença dos elementos:
 - ▶ a) dolo do agente: vontade livre e consciente de enriquecer-se ilicitamente. Esse ato não é previsto na modalidade culposa;
 - ▶ b) conduta comissiva: só existe enriquecimento ilícito mediante uma ação indevida do agente;
 - ▶ c) obtenção de vantagem patrimonial pelo agente: o patrimônio do agente não precisa necessariamente aumentar, basta que ele receba uma vantagem pecuniária indevida. Ex.: recebimento de isenção de impostos não prevista em lei;

- ▶ d) ilicitude da vantagem obtida: ressalte-se que o agente público é enriquecido lícitamente todos os meses quando recebe sua remuneração;
- ▶ e) existência de nexo causal entre o exercício funcional e a vantagem indevida (nexo de oficialidade): não há improbidade quando vantagem indevida decorre da atuação do agente público como particular. Ex.: furto ou roubo.
 - ▶ Obs.:
 - ▶ O artigo 9º traz um rol legal exemplificativo e tipo legal aberto;
 - ▶ No inciso VII: o legislador inverte o ônus da prova em desfavor do agente (cabe a ele provar a procedência lícita dos seus bens e rendas).

SITUAÇÕES COMUNS DE IMPROBIDADE

- ▶ **Dispensa de licitação** pela chamada “emergência fabricada”;
- ▶ **Fracionamento** de contratos diretos ou de licitações sob modalidade convite;
- ▶ **Aumento do valor de contratos** em mais de 25%;
- ▶ **Superfaturamento**;
- ▶ Uso de servidores contratados para cargos em comissão em **funções burocráticas ou técnicas**; e
- ▶ Contratação de **servidores temporários** sem caracterização de situação de emergência.

SUJEITOS DO ATO DE IMPROBIDADE

- ▶ A responsabilidade pelo ato de improbidade recai sobre **agente público**, pertencente à Administração Direta (União, Estados, Municípios) ou Indireta (autarquias, fundações, empresas públicas etc.).
- ▶ O **particular** (pessoa física ou jurídica) pode ser co-responsabilizado se contribuiu para o ato de improbidade ou dele se beneficiou.
- ▶ E O ORDENADOR PRIMÁRIO?
- ▶ E OS SECRETÁRIOS?
- ▶ E OS ASSESSORES, DIRETORES E CHEFES DE SETOR?

ELEMENTOS DO ATO DE IMPROBIDADE

- ▶ Há controvérsia na jurisprudência se a configuração do ato de improbidade depende ou não da **má-fé** do agente público
- ▶ O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que seria sempre necessária a **má-fé**, mas diversos Tribunais de 2º grau continuam entendendo que bastaria a **negligência** do agente público (especialmente nos casos do art. 10º da LIA – **Lesão ao Erário**).

RESPONSABILIDADE DO PREFEITO E DOS SECRETÁRIOS MUNICIPAIS

- ▶ Prefeito e, eventualmente, Secretários concentram a competência para a maioria dos **atos mais importantes** dos processos administrativos nos quais são mais comuns os atos de improbidade administrativa.
- ▶ Por isso, são mais suscetíveis de figurarem como réus em ações de improbidade administrativa, sobretudo se ajuizadas com base na alegação de **negligência**.

MEDIDAS IMPORTANTES PARA EXCLUIR A CONFIGURAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA DO PREFEITO E/OU SECRETÁRIO (Em casos até cargos de confiança):

- ▶ Suspensão imediata de licitações, contratos ou pagamentos sobre os quais penda suspeita de improbidade;
- ▶ Instauração de sindicância e, se o caso, processo administrativo sancionatório contra servidores ou particulares envolvidos; e
- ▶ A depender da gravidade do ato, ajuizar em nome da Municipalidade a ação de improbidade.

SANÇÕES

- **Devolução de valores ou bens** indevidamente incorporados ao patrimônio do agente público (quando for o caso);
- **Ressarcimento de prejuízo ao erário** (quando houver);
- **Multa civil;**
- **Perda de função pública;**
- **Suspensão de direitos políticos** (até 10 anos); e
- **Proibição de contratar direta ou indiretamente com o Poder Público** (até 10 anos).

CAPÍTULO III

Das Penas:

Art. 12. Independentemente 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: (Redação dada pela Lei nº

12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

DOSAGEM DAS SANÇÕES

- ▶ Cumulação: Jurisprudência majoritária considera que as sanções **não se aplicam** de modo necessariamente **cumulativo** (o Juiz pode deixar de aplicar uma ou mais penas listadas na LIA).
- ▶ Dosagem das penas: Depende do proveito patrimonial auferido pelos autores do ato, da extensão do dano ao erário e da gravidade da conduta.

- ▶ Parte de jurisprudência entende que a **nulidade de contrato** celebrado pela Administração Pública (com empresa ou servidor) não enseja necessariamente a devolução de **todos os valores pagos**, se o produto comprado foi entregue ou o serviço contratado foi prestado. Pode se restringir à devolução do **lucro** ou do valor pago **a maior** caso reconhecido o “superfaturamento”.

- ▶ A Lei Federal nº 8.429/92 prevê que as sanções de perda de função pública e suspensão de direitos políticos só será cumprida após esgotamento de todos os recursos.
- ▶ Porém, a “Lei da Ficha Limpa” (LC nº 135/2010) prevê que a condenação à suspensão de direitos políticos, em razão do ato de improbidade, torna o agente inelegível logo após a decisão de 2ª instância.

“Bis in idem ?”

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

- ▶ Pode ser ajuizada pelo **Ministério Público** (hipótese mais comum) ou pelo **ente público** afetado pelo ato de improbidade (p.ex., pela Municipalidade).
- ▶ Quando a ação é ajuizada pelo MP, a pessoa jurídica é notificada para participar do processo, e vice-versa.

- ▶ Processo se inicia perante juiz de **1ª instância** (inconstitucionalidade da Lei nº 10628/2002 que deslocava a competência para os órgãos de 2ª instância).
- ▶ Processo se inicia perante a **justiça federal** se o ato de improbidade envolve verba federal transferida ao município, mas sujeita a fiscalização e prestação de contas a órgão da União.

- ▶ Juiz pode determinar, **liminarmente**, as seguintes providências:
 - ▶ Suspensão do ato reputado improbo;
 - ▶ Indisponibilidade de bens do réu; e
 - ▶ Afastamento do agente público.

Considerações finais

- ▶ A grande maioria das ações de improbidade administrativa promovidas pelo MP são precedidas de **inquérito civil**. A colaboração do agente público com a investigação é ferramenta importante para evitar o ajuizamento de ações de improbidade administrativa.

- ▶ Muitas ações de improbidade administrativa são promovidas pelo MP com base em decisões do **Tribunal de Contas** que julgam irregulares contas, contratos ou despesas do município.
- ▶ O acompanhamento cuidadoso desses processos é fundamental para evitar a propositura de ações de improbidade administrativa.