

PARTE V

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA,
RESPONSABILIDADE E SANÇÃO**

NATUREZA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Fábio Medina Osório*

As ações de improbidade administrativa estão reguladas na Lei nº 8.429/92, que regulamentou o art. 37, parágrafo 4º, da Constituição de 1988.

Todavia, nestas ações incidem numerosas Leis, tais como a Lei nº 4.717/65 (Ação Popular); Lei nº 8.078/90 (Defesa do Consumidor); Lei nº 8.666/93 (Licitações); Lei nº 10.520/02 (Pregão); Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade); Lei Complementar nº 101/00 (Responsabilidade Fiscal); Lei nº 8.987/95 (Serviços Públicos); Lei nº 12.527/11 (Acesso à Informação); Lei nº 12.813/13 (Conflitos de Interesses); Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Federais); Lei nº 9.784/99 (Processo Administrativo); Lei nº 9.613/98 (antiga Lei de Lavagem de Capitais); Lei nº 12.683/12 (nova Lei de Lavagem de Capitais); Lei nº 9.790/99 (Terceiro Setor), Lei Complementar nº 75/93 (Ministério Público da União), Lei nº 8.443/92 (Tribunal de Contas da União), são alguns dos exemplos. Cabe citar também a Lei nº 1.079/50 (Crimes de Responsabilidade); a Lei nº 3.502/58 (Bilac Pinto); a Lei nº 12.527/11 (Acesso à Informação); a Lei nº 12.813/13 (Conflito de Interesses); e a Lei nº 12.846/13 (Probidade Empresarial), que possuem dispositivos correlatos à Lei nº 8.429/92.

A natureza jurídica das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92 é de Direito Administrativo Sancionador. Isso porque as infrações são reguladas pelo Direito Administrativo e, da mesma forma, as respectivas sanções.¹

Nesse sentido, importante lembrar o conceito de improbidade administrativa que introduzi no Brasil em 1999: “O conceito de improbidade administrativa, tal como desenhado na Carta Magna, art. 37, § 4º, e disciplinado na Lei 8.429/92, resulta estruturado de forma analítica a partir do somatório de assertivas. Na categoria ético-normativa ligada à ideia de honra institucional, (...) que abarca patologias e transgressões normativas consubstanciadas em graves desonestidades e ineficiências

* Advogado, parecerista, sócio e fundador do escritório Medina Osório Advogados. Presidente do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado. Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Complutense de Madri. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor colaborador da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região, da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, das Escolas Superiores do Ministério Público de São Paulo e do Rio Grande do Sul, da Escola da Magistratura do Estado de São Paulo, da Escola Superior da Advocacia-Geral da União em Belo Horizonte, e da Escola de Direito do Brasil. Foi Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul.

¹ MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública, Corrupção, Ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Direito Administrativo Sancionador*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Precedentes citados: REsp 980706 / RS, RECURSO ESPECIAL, 2007/0210742-0; REsp 1038777 / SP, RECURSO ESPECIAL, 2008/0052296-3; EDcl no REsp 716991 / SP, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL, 2005/0004808-0; REsp 909446 / RN, RECURSO ESPECIAL, 2006/0269878-5; REsp 831178 / MG, RECURSO ESPECIAL, 2006/0059673-2; REsp 841421 / MA, RECURSO ESPECIAL, 2006/0086195-4.

funcionais dos agentes públicos (...); espécie de má gestão pública, em que podem existir múltiplas categorias, revestindo-se das notas da desonestidade ou ineficiência graves, passível de cometimento por ações ou omissões, (...) de parte de agentes públicos no exercício de suas funções, ou em razão delas, com ou sem a participação de particulares; exige vulneração de regras legais e princípios (ou princípios e regras) constitucionais que presidem as funções públicas, com grave agressão a direitos fundamentais e a normas de cultura administrativa vigentes; perfectibiliza-se a partir de normas sancionadoras em branco, que se integram e complementam por outras normas, e não pela simples violação a princípios e muito menos pela direta incidência da Lei 8.429/92.²

As sanções previstas aos atos de improbidade são as seguintes: “perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos (...), pagamento de multa civil de até “x” 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, (...)”³

A natureza destas sanções revela aplicação dos princípios de Direito Penal, com matizes e por força de analogia, ao campo destas ações de improbidade. Refiro-me aos princípios da legalidade, culpabilidade, tipicidade, especialidade, subsidiariedade, alternatividade, consunção, proporcionalidade, isonomia, razoabilidade, contraditório, ampla defesa, individualização da pena e presunção de inocência.

O conceito de sanção administrativa é o seguinte: “Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas.”⁴

A novidade do conceito aqui sustentado diz com a amplitude do elemento objetivo relacionado à autoridade sancionadora. Tradicionalmente, sempre se entendeu

que sanção administrativa seria aquela aplicada por autoridade administrativa, vale dizer, pela Administração Pública.⁵

No entanto, a partir de um profundo exame do Direito comparado e da evolução da teoria da sanção, foi possível concluir que inúmeras sanções regidas pelo Direito Administrativo foram, ao longo da história, aplicadas diretamente por juízes e Tribunais. Também foi possível constatar que a natureza jurídica da sanção acompanha o regime jurídico da respectiva infração e que o Direito Administrativo, para além de sua dimensão processual, possui contornos substanciais (infrações relacionadas a bens jurídicos protegidos primariamente pelo Direito Administrativo). Nesse contexto, ao examinar as infrações tipificadas na Lei nº 8.429/92, percebeu-se que não haveria outro ramo jurídico, senão o próprio Direito Administrativo, a disciplinar suas estruturas típicas e seus elementos constitutivos. Do mesmo modo, a vigente Lei nº 12.846/13, que cuida da probidade empresarial, tipifica infrações e sanções regidas pelo Direito Administrativo, aqui de modo mais ostensivo, pois inclusive legitima o Ministério Público a postular em juízo aplicação das sanções relativas a multa de até 20% sobre o faturamento bruto da empresa, sanção que pode ser aplicada pelas autoridades administrativas e apenas em sua omissão postulada pelo órgão ministerial.

A garantia de interdição à arbitrariedade e a submissão das ações de improbidade ao devido processo legal punitivo (art. 37 § 4º da CF) indicam a necessidade de se compreender adequadamente o alcance das garantias constitucionais.

A similitude das sanções penais e administrativas revela esta fundamental aproximação entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, alargando-se o espectro de defesa dos acusados em geral e coibindo-se o arbítrio do Estado.

Dentre as consequências mais notáveis inerentes à natureza das ações de improbidade, destacam-se as seguintes:

- a) A inicial acusatória deve conter uma descrição abstrata detalhada da conduta proibida, além de uma pormenorizada descrição dos deveres legais ou funcionais violados e a demonstração do resultado danoso ao setor público.⁶
- b) Inviável admitir a revelia nos processos de improbidade, por força da aplicação, por analogia, do art. 367 do CPP, ou seja, há um mesmo tratamento desta matéria nos âmbitos do direito administrativo sancionador e do direito penal.⁷

² MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública, Corrupção, Ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 383-384.

³ Art. 12, I, II e III da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

⁴ MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 95. O conceito de sanção administrativa que foi objeto da nossa construção teórica ganhou adesão do Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005). Também no artigo que escrevi “O ‘Novo’ Sistema Judicial Brasileiro: significados e significantes” na obra que fui coordenador junto com Marcus Juruena Villela Souto, in *Direito Administrativo – Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 59/107.

⁵ Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007; FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁶ STJ, REsp 952351/RJ, Primeira Turma, Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 04/10/2012, DJe 22/10/2012; REsp 721190/CE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/12/2005, DJ 13/02/2006; AgRg no REsp 1199582/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 09/02/2012.

⁷ TJRJ, AI 2006.002.21848, Rel. Des. José Carlos de Figueiredo, Décima Primeira Câmara Cível, Julgado 16.05.2007; TRF da 1ª Região, AC 0000412-11.2005.4.01.3000/AC, Rel. Desembargador Federal Carlos Olavo, Conv. Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler (conv.), Terceira Turma, e-DJF1 p.220 de 14/01/2011; TRF da 2ª Região, Apelação Cível nº 486288/RJ, Relatora Juíza Federal Convocada Maria Alice Paim Lyard, 6ª Turma Especializada, julgado em 07/02/2011.

- c) O ônus da prova pertence ao acusador, conforme art. 156 do CPP, aplicável aqui por simetria, inclusive na lógica do art. 333 do CPC.⁸
- d) A presunção de inocência, derivada do art. 5º, LVII da CF, impede que se antecipem efeitos da decisão condenatória, antes do trânsito em julgado, relativizando os efeitos da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), eis que tem status constitucional o princípio da presunção de inocência⁹. Em que medida haverá essa relativização? É fundamental que se interprete restritivamente o art. 1º, inciso I, alínea e, da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), a partir das condenações por atos de improbidade, na medida em que resulta necessário que os Tribunais Eleitorais se atenham aos tipos sancionadores violados e ao que tiver sido consignado no acórdão do órgão colegiado competente para julgar ação de improbidade.
- e) Os tipos sancionadores devem ser interpretados restritivamente, à luz dos princípios da legalidade e tipicidade, o que significa compromisso com pautas de segurança jurídica e rastreabilidade prévia das condutas proibidas na jurisprudência manejada na peça incoativa.
- f) Inviável a responsabilidade objetiva dos acusados, o que ocorreria, por exemplo, se fosse admitido o instituto da revelia, pelo qual “se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”¹⁰, destacando-se, dentre seus efeitos, o fato de que o “juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença”¹¹ e também o detalhe de que “contra o revel que não tenha patrono nos autos, correrão os prazos independentemente de intimação, a partir da publicação de cada ato decisório.”¹²
- g) A extensão do dano e o proveito patrimonial do agente envolvem um processo decisório indispensável ao princípio da individualização da pena, mas, para além destes vetores, outros, por analogia com os arts. 59 e 60 do Código Penal e art. 5º, incisos XLV e XLVI, também devem ser considerados,

tais como as circunstâncias e consequências do crime, a situação econômica do réu, a pessoa do condenado e o limite do valor do patrimônio transferido.

Assim, a partir da ideia de conexão entre os diplomas normativos e de um novo conceito de sanção administração no âmbito da improbidade administrativa, emergirá a construção de pautas de proteção do setor público contra a improbidade como forma de reduzir sensivelmente os índices de má gestão pública, corrupção e ineficiência.¹³

A improbidade exige conduta ilegal, claramente desonesta, de inequívoca ou intolerável irresponsabilidade ou mesmo de flagrante incompetência do agente público, o que demanda uma hermenêutica compromissada com pautas de segurança jurídica e uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto para verificar a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

Um ato ímprobo é, por definição, típico. Há ilícitos inclusive que antes de serem penais, são, sobretudo, administrativos¹⁴.

O processo de adequação típica não é fenômeno privativo do direito penal, e sim uma exigência que se estende para além dos domínios penais, perpassando todo o campo punitivo, inclusive o direito administrativo sancionador¹⁵, por força do devido processo legal e da legalidade que embasam o Estado Democrático de Direito.

Daí a conexão da improbidade com conteúdos e matérias atinentes à própria atividade administrativa, aos aspectos técnicos da boa gestão e aos institutos de direito disciplinar e criminal.

Portanto, no plano conceitual, a improbidade é disciplinada pelo direito administrativo sancionador, enquanto que a ação civil pública de improbidade

¹³ MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública, Corrupção, Ineficiência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 185.

¹⁴ Veja-se que o delito de lavagem de dinheiro geralmente é examinado desde o ponto de vista das origens criminais, mas também este tipo de questão pode ser encarado sob outros paradigmas, eis que se trata precipuamente de analisar o problema pelo ângulo administrativo, no bojo do funcionamento das instituições financeiras, dos intermediários e dos órgãos e agências de regulação do setor. A lavagem de dinheiro é um ilícito antes administrativo que penal, ambos convergentes nas conexões profundas com o funcionamento administrativo de certas instituições. Os ilícitos com vítimas difusas, os ilícitos invisíveis, aqueles que afetam os interesses do Estado e da Administração Pública, geralmente são autenticamente administrativos e apenas complementarmente penais.

¹⁵ (...) AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPUTAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (ART. 11 DA LIA). REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL. ART. 17, § 8º. DA LEI 8.429/92. EXTINÇÃO DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE MÍNIMOS INDÍCIOS DE ATO DE IMPROBIDADE. (...) 1. As instâncias ordinárias, soberanas na análise probatória, entenderam inexistentes os pressupostos da Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, ante a ausência de demonstração concreta da prática de qualquer ato passível de enquadramento no art. 11 da referida Lei; rever essa conclusão encontra óbice na Súmula 7/STJ, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Precedentes. 2. Segundo a orientação desta Corte a inicial da Ação de Improbidade pode ser rejeitada (art. 17, § 8º. da Lei 8.492/92), sempre que, do cotejo da documentação apresentada, não emergirem indícios da prática do ato ímprobo. Esse tipo de ação, por integrar iniciativa de natureza sancionatória, tem o seu procedimento referenciado pelo rol de exigências que são próprias do Processo Penal contemporâneo, aplicável em todas as ações de Direito Sancionador. (...) (AgRg no AREsp 27704/RO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 08/02/2012).

⁸ REsp 1314122/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 09/04/2014.

⁹ O Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão plenária de 16/2/2012, concluiu o julgamento conjunto da ADC 29, ADC 30 e ADI 4578, declarando, por maioria, a constitucionalidade das novas causas de inelegibilidade estabelecidas pela Lei Complementar 135/2010. Precedentes: EI 4 AgR/PA; AgRg no ARE 667299/MG; ADC 29/DF; ADC 30/DF; ADI 4578/AC; ED no RE 631102/PA; AgR-segundo no RE 636359/AP; AgRg no RE 634250/PB; AgRg na MC na AC 2816/SP.

¹⁰ Art. 319 do Código de Processo Civil.

¹¹ Art. 330, *caput*, do Código de Processo Civil.

¹² Art. 332, *caput*, do Código de Processo Civil.

administrativa tem natureza punitiva, inserindo-se nos domínios do Direito Processual Civil Público Punitivo, o que significa submetê-la explicitamente a essas garantias, que se articulam e permitem uma correta leitura de outras garantias constitucionais aplicáveis ao direito punitivo.