

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

ARIANNE BRITO CAL ATHIAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Fernando De Brito Alves – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-830-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Administrativo e Gestão Pública I, durante o XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em Belém - Pará, entre os dias 13 a 15 de novembro de 2019, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará - CESUPA.

Os trabalhos apresentados abriram caminho para importantes discussões relacionadas aos campos temáticos do GT, em que os participantes (professores, pós-graduandos, agentes públicos e profissionais da área jurídica) puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira, em torno da temática central do evento – DIREITO, DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS: Amazônia do século XXI. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro, possibilitando o aprendizado consistente dos setores socioambiental, estatal e de mercado.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, tendo sido apresentados no GT 15 (quinze) artigos de boa qualidade, selecionados por meio de avaliação por pares.

Os trabalhos ora publicados foram divididos em três eixos temáticos: Sistemas de Controle da Administração Pública e Improbidade; Modernização e Administração Pública na Contemporaneidade; Constitucionalização do Direito Administrativo e Meio Ambiente.

No tocante aos diversos Sistemas de Controle da Administração Pública e Improbidade, 8 (oito) artigos enfrentaram temas que trataram de questões ligadas 1) Análise referente à lei 8.429/92 e as sanções aplicadas por atos de improbidade administrativa: a (im) prescritibilidade nas ações de ressarcimento por ato doloso de improbidade (Lucas Carvalho Américo e Francys Gomes Freitas); 2) O Consequencialismo e o Direito Administrativo Sancionador: aportes sobre as considerações práticas das decisões administrativas em atividades empresariais (Giovani da Silva Corralo e Tatiana Mezzomo Casteli); 3) Alcance e limites da revisão judicial das decisões proferidas em processo administrativo disciplina (Roselaine Andrade Tavares); 4) Corrupção na empresa: burocracia e utilidade dos programas de integridade (Thalita Almeida); 5) O custo da improbidade administrativa e a

efetividade das condenações: a perspectiva do Rio Grande do Norte (Rebeka Souto Brandão Pereira e Bruno Lacerda Bezerra Fernandes); 6) O potencial dano à imagem causado por ação civil pública fundada em ato de improbidade administrativa no Brasil (Cleber Sanfelici Otero e Adriano Calos Ravaioli); 7) O princípio do promotor natural e o controle da discricionariedade administrativa (Adelson Barbosa Damasceno) e 8) Teorias dissuasórias ou retributivas? análise dos fundamentos da aplicação de sanções administrativas pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (Eric Botelho Mafra e Maria Tereza Fonseca Dias).

O próprio volume de trabalhos apresentados nesta temática demonstra a sua importância e a relevância que os sistemas de controle e o enfrentamento à improbidade administrativa representam para a consolidação do paradigma do Estado democrático de direito, no sentido de conciliar as tensões entre a legitimidade da gestão pública e as esferas socioestatais.

Com relação ao eixo temático Modernização e Administração Pública na Contemporaneidade, foram apresentados os trabalhos 1) A Administração Pública na contemporaneidade: uma inflexão necessária (Camile Melo Nunes e Arianne Brito Cal Athias); 2) A modernização nas contratações públicas - uma análise sobre flexibilização das cláusulas exorbitantes em benefício da segurança jurídica (Thiago Alves Feio e Ana Amélia Barros Miranda); 3) Desburocratização: impactos na informatização e celeridade do serviço público (Ivone Rosana Fedel e Calos Cesar Sousa Cintra) e 4) Registros centralizados e racionalidade regulatória na administração pública brasileira multinível (estadual federal e municipal) (Anna Carolina Silveira Verde Silva e Fernanda Granja Cavalcante da Costa), todos eles, em certa medida, discutindo as vantagens, desvantagens, ameaças e limites aos avanços da modernização e o tecnicismo na Administração Pública. Assim, o ente estatal, com intuito de reduzir custos e proporcionar a prestação de serviços especializados à sociedade civil, utiliza-se cada vez mais da automação e do meio digital na prestação do serviço público. Os trabalhos demonstram profundidade teórica e preocupação com a garantia dos direitos fundamentais, trata-se de tema atual e pujante na Administração Pública, assim merece atenção especial dos estudiosos do Direito Administrativo e da gestão pública.

Em terceiro momento, destaca-se o eixo Constitucionalização do Direito Administrativo e meio ambiente, com um conjunto de 3 (três) artigos que abordaram diferentes aspectos da temática, quais sejam: 1) Constitucionalização do Direito Administrativo e o devido processo legal: a democratização das decisões administrativas que envolvam interesses dos administrados (Cesar Augusto Luiz Leonardo e João Victor Nardo Andressa); 2) O devido processo administrativo do licenciamento ambiental (Pedro Agão Seabra Filter e Sérgio Augusto da Costa Gillet) e 3) Responsabilidade administrativa por dano ambiental (Tamara Cristiane Geiser). Os autores destacaram os principais teóricos da atualidade, bem como as

construções legislativas mais modernas e importantes. Percebeu-se uma análise detalhada e analítica sobre as principais questões abordadas.

Diante da pluralidade e diversidade do arcabouço normativo e jurisprudencial utilizado, percebeu-se a profundidade das pesquisas e a responsabilidade das investigações, proporcionando uma análise sistemática e verticalizada das temáticas selecionadas.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração e desejamos a todos ótima e proveitosa leitura!

Arianne Brito Cal Athias - UNAMA

Edith Maria Barbosa Ramos – UFMA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ANÁLISE REFERENTE À LEI 8.429/92 E AS SANÇÕES APLICADAS POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: A (IM)PRESCRITIBILIDADE NAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO POR ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE

ANALYSIS CONCERNING LAW 8.429 / 92 AND THE SANCTIONS APPLIED FOR ADMINISTRATIVE IMPROBILITY: THE (IM) PRESCRIPTION IN REINFORCEMENT ACTIONS

Lucas Carvalho Américo ¹
Francys Gomes Freitas ²

Resumo

O trabalho tem por objetivo analisar os atos de improbidade administrativa e as sanções aplicadas aos condenados de acordo com o Texto Constitucional e a Lei 8.429/92 sob a perspectiva dos direitos fundamentais e os princípios constitucionais. A aplicação da Lei de Improbidade visa assegurar direitos difusos da sociedade relacionados à probidade administrativa, a boa gestão pública, e a moralidade administrativa, enquanto que a natureza das sanções aplicadas aos condenados afetam diretamente direitos fundamentais dos acusados. Assim, é necessário que o magistrado, no momento da dosimetria da pena, aplique e observe os princípios constitucionais.

Palavras-chave: Improbidade administrativa, Direitos fundamentais, Princípios constitucionais, Atos de improbidade, (im)prescritibilidade

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to analyze the acts of administrative misconduct and the sanctions applied to the convicted in accordance with the Constitutional Text and Law 8.429 / 92 from the perspective of fundamental rights and constitutional principles. The application of the Law of Misconduct aims to ensure diffuse rights of society related to administrative probity, good public management, and administrative morality, while the nature of the penalties imposed on convicts directly affect the fundamental rights of the accused. Thus, it is necessary that the magistrate, at the time of the penalty dosimetry, apply and observe the constitutional principles.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative improbity, Fundamental rights, Constitutional principles, Acts of misconduct, (im)prescribability

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna, área de Concentração em Proteção dos Direitos Fundamentais, linha de pesquisa em direito processual coletivo. Especialista em Compliance e Integridade Corporativa pela PUC-MG

² Mestre em Direito pela UNIFLU-, Pós-graduado em Direito pela ANAMAGES Professor Universitário da UNA-MG e Itaúna-MG, sócio-proprietário do Escritório de Advocacia Cleofas Pereira e Francys Gomes Advocacia e Consultoria (francysgomesfreitas@gmail.com)

INTRODUÇÃO

Um dos temas mais sensíveis em se tratando de Direito Administrativo certamente diz respeito à improbidade administrativa e as sanções aplicadas àqueles que tenham cometido ato ímprobo. Dada à importância e relevância do tema, não apenas em razão daqueles atingidos, direta ou indiretamente pelos atos de improbidade, mas também dos sujeitos ativos destes atos, far-se-á necessário uma análise referente ao Texto Constitucional, das sanções previstas pela Lei de Improbidade Administrativa e a forma de dosimetria aplicada àqueles sujeitos às sanções da Lei 8.429/92.

Podemos afirmar com convicção que o fenômeno da improbidade administrativa vem ganhando força no cenário pátrio, seja em virtude da extrema relevância do tema e de seus efeitos em toda a ordem jurídica e social do país, bem como em razão de vir acompanhado de um grande clamor social por punições exemplares daqueles que tenham cometido atos de improbidade.

O artigo 37, §4º da Constituição Federal de 1988, deu enfoque especial para o tema da improbidade ao determinar seu conceito, contudo o referido dispositivo legal carecia de regulamentação para que tivesse plena eficácia.

Essa regulamentação adveio com a edição da Lei de Improbidade que disciplinou os atos de improbidade administrativa e as respectivas sanções aplicáveis aos sujeitos que tenham praticado atos de improbidade. De acordo com seu texto existem quatro espécies de atos de improbidade administrativa, quais sejam; atos que importam em enriquecimento ilícito; atos que causam dano ao erário; atos que atentam aos princípios da Administração Pública e constitui-se também 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.

Nesse sentido, em virtude da natureza das sanções elencadas na Lei de improbidade Administrativa e por atingir diretamente direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos é preciso observar não apenas a legislação, mas também os princípios que regem o ordenamento jurídico nacional.

Assim, alguns pontos essenciais como se todo e qualquer ato ilegal configuraria um ato de improbidade, quais são os parâmetros que devem ser aplicados no momento da

aplicação da pena ao condenado por ato de improbidade e, ainda, o lapso temporal para a satisfação dos prejuízos causados serão abordados individualmente ao longo do texto.

O procedimento de abordagem utilizado neste trabalho é o indutivo e a técnica utilizada é a pesquisa bibliográfica, por meio da verificação do Texto Constitucional, legislação infraconstitucional, doutrina e jurisprudência.

I – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: CONCEITUAÇÃO E BASE LEGAL

Ab initio, importante destacar que já no *caput* do artigo 37 da Carta Magna de 1988 fica evidente a presença e a importância principiológica em matéria de improbidade administrativa eis que são eles norteadores de toda a atividade da administração pública.

Importante destacar que em respeito ao art. 5, §2º da Constituição Federal não se exclui outros princípios nela expressos ou decorrentes¹ necessitando, portanto, de uma aplicação coesa dos princípios constitucionais.

Observaremos mais adiante a importância deste dispositivo na busca de melhor compreensão a respeito da forma de aplicação das penas em sede de ações de improbidade administrativa. Contudo, ainda no que diz respeito à conceituação de improbidade, destaca-se novamente o Texto Constitucional que afirma:

§ 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.

Percebe-se que o referido diploma legal carecia de regulamentação para que tivesse plena eficácia o que ocorreu após a edição da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8429/92). Toda esta lógica Constitucional e infraconstitucional tem por objetivo evitar graves atos de corrupção, má-gestão pública e graves ineficiências uma vez que corroem o patrimônio e o erário público e, conseqüentemente, dificultam a efetivação de direitos e garantias constitucionalmente previstas.

Nesta senda, em respeito aos preceitos do Estado Democrático de Direito é necessário que haja mecanismos capazes de, efetivamente, combater casos e atos de corrupção e de improbidade que assolam a Administração Pública e tanto prejudicam a sociedade como um

¹ Art. 5. (...)

(...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

todo. Em outras palavras, busca-se coibir atos que resultem em graves casos de ineficiência funcional e corrupção sistêmica onde é possível caracterizar a improbidade a partir de dois pilares fundamentais, quais sejam; graves desonestidades funcionais e graves ineficiências funcionais².

Outro ponto que ainda merece destaque diz respeito à própria forma de atuação dos agentes públicos ao desempenharem suas atividades, que sempre devem ser pautadas de acordo com os princípios constitucionais e da administração pública, em especial o direito fundamental coletivo a um governo probó.

Leciona José Afonso da Silva³ a respeito da probidade administrativa ao afirmar que:

“(…) a probidade é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o improbo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º).(...) Cuida-se de uma moralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao improbo ou a outrem.”

No mesmo sentido afirma Luiz Otávio Serqueira⁴ que a improbidade administrativa está intimamente ligada ao princípio da moralidade ao afirmar que “A improbidade Administrativa constitui uma violação ao princípio constitucional da moralidade, princípio basilar da Administração Pública estabelecido no caput do art. 37 da CF.”

Ainda no que tange o conceito de improbidade, Mateus Bertoncini⁵ traz um conceito mais amplo ao afirmar, *In Verbis*:

“Considera-se ato de improbidade administrativa para os fins do art. 37, § 4º, da CF, e de sua Lei de regência (8.429/92), as condutas de qualquer agente público contrárias diretamente aos princípios da finalidade, publicidade, do concurso público, da prestação de contas e da licitação, bem como a violação de segredo e a prevaricação, independentemente de qualquer resultado material, e os comportamentos prescritos na lei (regras), que produzam os resultados prejuízo ao erário e enriquecimento sem justa causa do agente e/ou terceiro, ensejando tais procedimentos, normalmente dolosos e excepcionalmente culposos, marcados pela violação do princípio da moralidade, responsabilização sujeita a um regime jurídico próprio, autorizador da aplicação proporcional das sanções pertinentes e compatíveis de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, independentemente das instâncias administrativa, criminal, civil e política, tendo em

² OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 327-328.

³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 649.

⁴ GAJARONI, Fernando da Fonseca [et.al]. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.249/92 de 02 de junho de 1992. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.40.

⁵ BERTONCINI, Mateus. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 260-261.

vista a concretização do projeto constitucional de probidade na Administração Pública.”

Urge por fim destacar o posicionamento de Medina Osório⁶ que leciona a respeito da improbidade e atenta para sua indeterminação do conceitual e afirma, *In Verbis*:

“Improbidade é conceito jurídico indeterminado vazado de cláusulas gerais, que exige, portanto, esforço de sistematização e concreção por parte do intérprete. Reveste-se de ilicitude acentuadamente grave e exige – o ato ímprobo – requisitos de tipicidade objetiva e subjetiva, acentuadamente o dolo (nos casos de enriquecimento ilícito e prática atentatória aos princípios) e a culpa grave (nos casos de lesão ao erário).”

Neste prisma, dada a dificuldade em determinar o próprio conceito de improbidade bem como em razão da natureza das penalidades aplicadas àquele que venha a ser condenado por ato de improbidade é que a correta dosimetria da pena aplicada releva-se ainda mais crucial na busca de se proteger direitos e garantias fundamentais.

Vale lembrar que antes de adentrar nas penalidades impostas aqueles que venham a ser condenados por atos de improbidade é necessário analisar as espécies de atos que resultam em atos ímprobos bem como suas particularidades.

II – ESPÉCIES DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como explicitado acima, a natureza das penas impostas aqueles que venham a praticar ato de improbidade atinge diretamente direitos fundamentais individuais tais como: perda da função pública, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público, receber benefícios, incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário e a suspensão dos direitos políticos. Ao tal que, ao mesmo tempo, a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, naturalmente, visa satisfazer direitos fundamentais difusos da sociedade relacionados à boa gestão pública, a preservação do erário público, a moralidade administrativa, dentre outros.

Urge salientar num primeiro momento que nem toda ilegalidade deve ser considerada, a princípio, como um ato de improbidade administrativa, ou seja, a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa deve ser vista como *ultima ratio* dada a natureza e a severidade das penas aplicadas aqueles que cometem atos de improbidade.

Nesse sentido, vejamos a lição de Medina Osório⁷ ao tratar do tema:

⁶ OSÓRIO. Fábio Medina. Observações acerca dos sujeitos do ato de improbidade administrativa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.69.

“A improbidade administrativa deve ser inserida no universo da má gestão pública que, por sua vez, tem um campo axiológico bastante diversificado, abrangendo diversos tipos e subtipos. De tal sorte, é necessário observar que nem toda forma de má-gestão pública, e, portanto nem toda ilegalidade, figurará, automaticamente, em improbidade administrativa.”

Na mesma esteira, Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto⁸ também alertam para a necessidade de se compreender que nem todo tipo de ilegalidade figurará ato de improbidade, conforme vejamos abaixo:

“Alguns pontos merecem maior reflexão, na tentativa de se delimitar uma Teoria Geral de aplicação das penas em decorrência da prática e atos de improbidade administrativa.

O primeiro ponto é o de que nem toda ilegalidade deve ser considerada um ato de improbidade administrativa. Mas a recíproca é verdadeira, já que toda vez que se pratica uma improbidade administrativa há violação do Sistema Normativo (ilegalidade acentuada).”

Superada esta questão inicial, vejamos separadamente cada uma das espécies de atos que configuram improbidade administrativa quais sejam: atos que implicam enriquecimento ilícito (art. 9º); atos que implicam em prejuízos ao erário (art. 10) e; atos que importam em violações aos princípios da Administração Pública (art. 11).

2.1. Atos que implicam em enriquecimento ilícito

Note-se que através da interpretação desse texto legal, não é necessário para que haja configuração do ato ímprobo a existência de dano ao patrimônio público, bastando tão somente à verificação de recebimento de vantagem patrimonial indevida ou promessa de vantagem em razão da função ocupada pelo acusado, ou seja, aqui a lei preocupa-se em proteger a função exercida, dentro dos parâmetros legais e constitucionais ora vigentes. Vejamos a lição de Mauro de Mattos⁹ que afirma, *In Verbis*:

“O art. 9º é claro em fixar o enriquecimento ilícito do agente público quando ele auferir vantagem patrimonial ilegal, em função de seu cargo ou emprego, o que significa dizer que a Administração Pública não precisa ser lesada para a ocorrência do presente enquadramento. Isto porque poderá o agente receber gratificações, vantagens, percentagens, etc., para praticar ato de ofício, sem que esse resulte em perda patrimonial para o ente público. São condutas duvidosas, sob o ponto de vista do direito administrativo, mas que direcionam-se para a ilegalidade quando o agente público condiciona diretamente ou se utiliza de pessoas interpostas para receber vantagem ilegal indevidas.”

⁷OSÓRIO, Fábio Medina. OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 2. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 213-214.

⁸GAJARONI, Fernando da Fonseca [et.al]. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.249/92 de 02 de junho de 1992. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 170-171.

⁹MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da lei nº 8.429/92. 2 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 170-171.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à necessidade de conduta dolosa praticada pelo acusado por ato ímprobo para que haja incidência da configuração dos ilícitos previstos no art.9º e seus incisos.

Ainda no que tange aos atos que configuram enriquecimento ilícito é necessário abordar as questões referentes aos incisos do art. 9º e se caberia interpretações abertas para a tipificação do ato de improbidade. Neste ponto é oportuno destacar o posicionamento de Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto¹⁰ ao discorrerem sobre o tema:

“Ainda a título de considerações iniciais, pensamos que as hipóteses descritas nos incisos do art. 9º da Lei de Improbidade já são suficientemente abertas, com ampla margem para a aplicação em sede judicial, não podendo ser defendida a posição de que são meramente exemplificativas, especialmente gente à necessidade de uma tipicidade legal específica em normas sancionadoras.

Aqui há limitações do Direito Sancionador que impedem que haja aplicações extensivas, além do que legalmente previsto.”

Nesta toada, Medina Osório¹¹ alerta para a questão do alto grau de generalidade das regras presentes na Lei 8.429/92 e afirma:

“A ideia de considerar os dispositivos do *caput* espécies de normas em branco, com alto nível de generalidade, inclusive servindo de referência residual aos incisos, agrega segurança jurídica ao modelo. De igual modo, os incisos serão normas em branco, porém com um detalhamento normativo mais intenso do que aquele estampado nas normas do *caput*.”

Percebe-se que em respeito aos princípios constitucionais, em especial o da segurança jurídica, não é possível sustentar o posicionamento de que os incisos teriam apenas caráter exemplificativo, em outras palavras, as sanções e condutas elencadas no art. 9º (assim como nos do art. 10 e 11) possuem um vasto grau de generalidade e, em razão disto, exige dos interpretes e dos operadores do direito uma verdadeira complementação normativa que venha a preencher a norma em branco, complementação presentes em normas setoriais¹², dando, inclusive, o exato tom da gravidade do ilícito de improbidade, respeitando, assim, os princípios da legalidade e da segurança jurídica.

2.2. Atos que implicam em prejuízos ao erário e atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário

¹⁰ GAJARONI, Fernando da Fonseca [et.al]. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.249/92 de 02 de junho de 1992. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 111.

¹¹ OSÓRIO, Fábio Medina. OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 2. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 222.

¹² Sobre normas sancionadoras em branco, leia-se MEDINA OSÓRIO, 2010, p. 234-237.

Nesse sentido, observa-se que os atos, sejam por ação ou omissão, que importam lesão ao erário, diferentemente do que ocorre com os atos que ensejam em enriquecimento ilícito, comporta a modalidade tanto culposa como dolosa, bem como está presente, de forma clara e evidente a finalidade de proteção ao patrimônio público e ao erário. A repercussão patrimonial do ato ilegal ou imoral praticado pelo agente público é a principal característica dessa espécie de improbidade administrativa.

Destaca-se o posicionamento de George Sarmiento¹³ que inclusive apresenta uma distinção entre a proteção do patrimônio público e ao erário, *In Verbis*:

“Patrimônio público deve ser entendido em sentido amplo. Mais abrangente que o de erário, que se restringe à dimensão econômico-financeira da Fazenda Pública. Engloba não apenas o Tesouro Nacional e os bens públicos, mas também o patrimônio ambiental, histórico, artístico e estético, turístico, etc.”

Assim como ocorre com os casos referentes ao art. 9º, sustenta-se que não é possível a afirmativa de que o conteúdo do caput e incisos do art. 10 sejam interpretados através de um rol meramente exemplificativo, pois, como já abordado em tópico anterior, há descrição extensa e aberta dos tipos previstos na Lei de Improbidade, contudo, para que se alcance de forma satisfatória os objetivos presentes nos dispositivos elencados nos incisos do art. 10, é necessário a colaboração de legislações setoriais e extravagantes, o que, por sua vez, não se confundem com um rol exemplificativo do bloco normativo.

Importante salientar que George Sarmiento¹⁴ que se posiciona a respeito da ideia geral trazidas pelos incisos do art. 10, do qual vejamos:

“Todas traduzem ilegalidade ou desvio de finalidade do ato administrativo, implicando prejuízos ao patrimônio público. A repercussão patrimonial do ato ilegal ou imoral praticado pelo agente público é a principal característica dessa espécie de improbidade administrativa.”

Conclui-se, portanto, que a finalidade do art.10 é a proteção ampla do patrimônio público sendo reprimidos atos praticados dolosa ou culposamente, sejam por ações ou omissões que tenham vínculo com a função pública desempenhada pelo agente.

A lei de improbidade administrativa foi alterada pela LC 157/2016 que incluiu o art. 10-A, o inciso IV do artigo 12 e o parágrafo §13º do artigo 17.

Importante destacar que as alterações na Lei 8.249/92 trouxeram relevantes alterações referentes à aplicação ou manutenção de benefícios financeiros ou tributários. Vale destacar

¹³SARMENTO, George. Improbidade Administrativa. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 92.

¹⁴SARMENTO, George. Improbidade Administrativa. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 92.

que a nova modalidade de ato de improbidade administrativa condiz com o rumo traçado pelo país de austeridade, controle dos limites dos gastos e ao contingenciamento dos valores obtidos de modo derivado pelos cofres públicos. Contudo, apesar de trazer inovações importantes, criou-se uma situação de desarranjo na organização lógica dos diplomas legais. Porém, dado aos objetivos do presente trabalho, o tema será abordado em outro trabalho

2.3. Atos que atentam contra os princípios da Administração Pública

Conforme dispõe o art. 11 da Lei 8.429/92 há a finalidade de proteção dos princípios da administração pública dispostos no Texto Constitucional, mais precisamente no art. 37, §4º.

Neste prisma, destaca-se que a observância dos princípios que regem a administração pública devem sempre ser respeitados pelos agentes públicos sob pena de incorrem em atos de improbidade administrativa, sendo eles por omissões ou ações.

Um ponto que gera discussão na doutrina diz respeito à possibilidade de condutas dolosas ensejarem atos que atentem contra os princípios da administração pública. Segundo entendimento de Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto¹⁵ há a necessidade de dolo para que haja configuração de ilícito previsto nos art. 11 e incisos da Lei de improbidade.

Noutro norte, afirma Medina Osório¹⁶ que apesar do caput do art. 11 demandar condutas dolosas por parte do acusado, alguns dos incisos presentes no artigo admitem a modalidade culposa em razão da abertura semântica dos dispositivos. Vejamos a lição do autor, *In Verbis*:

“Alguns dispositivos do art. 11, pela redação que se lhes deu, admitem a forma culposa. Não cabe aqui aduzir ao caráter do direito penal, para sustentar que o silêncio faz presumir tipificação de condutas estritamente dolosas. Já veremos que o modelo do direito administrativo sancionador não é, nem poderia ser, este. A redação dos dispositivos é o elemento mais palpável para aferir seu alcance em termos de responsabilidade subjetiva. Não se pode olvidar que a modalidade culposa de responsabilidade é uma forma de modalidade subjetiva do infrator.

(...)Porém, os incisos desse mesmo bloco normativo admitem várias condutas culposas, dentro de uma ideia de excepcionalidade e fragmentariedade, respeitadas as peculiaridades sancionatórias de cada tipo setorial e também a perspectiva de colaboração das legislações extravagantes, com inserções pontuais de condutas tipificáveis no universo do art. 11 da LGIA.”

¹⁵ GAJARONI, Fernando da Fonseca [et.al]. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.249/92 de 02 de junho de 1992. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 157.

¹⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 2. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 220 – 221.

Entendemos ser este o posicionamento mais adequado a fim de se alcançar os objetivos presentes na Lei de Improbidade, e ainda de respeito aos princípios constitucionais, dando-lhes maior amplitude e concreção na seara administrativa. Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁷ assentou seu posicionamento no sentido de ser necessária a conduta dolosa em sede de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei de Improbidade.

Outro ponto que merece destaque diz respeito aos incisos presentes no art. 11 e, diferentemente dos anteriores, possuem natureza exemplificativos dada à própria redação, ou seja, em razão da abertura semântica dos dispositivos.

Vale destacar, por derradeiro, que foi objeto de análise o trabalho do Professor Francys Gomes Freitas ao abordar a desarrazoabilidade das sanções aplicadas àqueles que descumprem os princípios do Direito Administrativo. Asseverou o professor que:

Com o escopo de aprimorar o sistema jurídico, notadamente quanto aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a violação a princípios deve ser apenada mais severamente, face à sua importância. Para alcançar-se esse alvo, passasse pela necessária conscientização e sensibilização, tanto do agente público e quanto da coletividade, no que tange ao retorno às premissas principiológicas e aos valores éticos que devem nortear as atitudes dos homens de bem. Por óbvio, essas modificações não dispensam pontuais alterações legislativas¹⁸.

III - A APLICAÇÃO DAS PENAS NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

As penalidades aplicadas em caso de condenação por ato de improbidade administrativa, presentes nos art. 9º, 10 e 11, estão dispostas no art. 12 da Lei 8.429/92 e incisos e, estabelece que as penalidades aplicadas independem de sanções nas esferas penais, cíveis ou administrativas aplicadas em relação ao mesmo fato, não havendo que se falar em violação ao *bis in idem*, litispendência ou coisa julgada entre as esferas diferentes, estando, assim, em consonância com o §4º do artigo 37 da Constituição Federal. Vale destacar que a absolvição em qualquer esfera não significa reflexo imediato nas demais.

¹⁷ Sobre o tema ver STJ, EDiv no REsp 875.163/RS, j. 23.06. 2010, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 30.06.2010 e REsp 765.212/AC, j. 16.09.2010, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19.05.2010.

¹⁸ FREITAS, Francys Gomes, Análise da (ir)razoabilidade da sanção descrita na Lei de Improbidade Administrativa quanto à violação de princípios constitucionais frente ao (Neo)constitucionalismo e aos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Artigo disponível <http://abdconst.com.br/anais4/Francys%20Gomes%20Freitas.pdf> acesso 18 de agosto de 2019.

De acordo com a redação do *caput* do art. 12 (e) §único, no momento da aplicação das penalidades ao condenado deve o magistrado levar em consideração a gravidade do fato cometido e a extensão dos danos causados, podendo, ainda, serem aplicadas sanções de forma isolada ou cumulativa. Este ponto merece um tópico isolado, pois está intimamente relacionado à forma de aplicação das penas dentro do caso concreto.

Tratando especificamente das penas, os incisos do art. 12 da Lei de improbidade, estabelece penas próprias para cada uma das espécies de atos que configuram improbidade administrativa, quais sejam: atos que implicam enriquecimento ilícito (art. 9º); atos que implicam em prejuízos ao erário (art. 10) e; atos que importam em violações aos princípios da Administração Pública (art. 11) e (art. 10-A) Dos Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário.

Conforme observa-se através da leitura do artigo supracitado, as sanções impostas àqueles condenados por atos de improbidade são graves e pesadas e a sua aplicação não pode se dar de forma arbitrária, sem levar em consideração o diploma legal, eis que afetam um rol extenso de direitos fundamentais individuais, para tanto, torna-se vital o respeito aos princípios que regem o ordenamento jurídico pátrio, princípios estes constitucionais, da administração pública em especial os da proporcionalidade e razoabilidade para a correta dosimetria das penas.

Importante trazer a lição de Medina Osório¹⁹ destaca que apesar do intuito de combate a corrupção e a impunidade, presentes na Lei de Improbidade, é de fundamental importância respeitar e garantir os direitos fundamentais dos acusados/condenados, para legitimação do processo administrativo, senão vejamos:

“(...) conciliar os ideais de redução da impunidade e proteção a direitos de defesa, salvaguardando-se os direitos fundamentais difusos na sociedade, com ampliação dos direitos fundamentais dos acusados em geral. A ausência destes direitos, além de não garantir níveis menores de impunidade, ao contrário, geralmente fomenta índices mais significativos de inoperância acusatória e também afeta a legitimidade dos processos punitivos, gerando descrédito institucional.”

Portanto, a correta forma de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa visa coibir excessos e arbitrariedades por parte do Estado que, caso presentes, acaba por desfigurar todo o sentido do diploma legal. Deste modo, vejamos os princípios que regem e orientam a forma de aplicação das penas em ações de improbidade administrativa.

¹⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 26.

IV – CRITÉRIOS E DOSIMETRIA NA APLICAÇÃO DAS PENALIDADES SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Como já abordado anteriormente, o tema relacionado aos atos de improbidade relaciona-se de maneira direta com direitos individuais dos acusados/condenados e com direitos coletivos de toda a sociedade. Nesse sentido, a própria Lei de Improbidade Administrativa prevê no seu art. 12 que, no momento da aplicação das penas, que podem ser cumulativas ou não, deverá o magistrado levar em consideração a extensão dos danos causados e os atos praticados pelo condenado. Por esse motivo, torna-se ainda mais importante a necessidade de aplicação de penas de forma razoável e proporcional. Nesse sentido, destaca-se o posicionamento de Marino Pazzaglini Filho²⁰ que alerta para a necessidade de ponderação no momento de aplicação das sanções por atos de improbidade:

“Pois bem, os princípios constitucionais interligados da razoabilidade e proporcionalidade, de natureza implícita, que esclarecem e instruem o princípio constitucional maior e primário da legalidade, são de observância obrigatória na aplicação das medidas punitivas em geral.

Deduz-se desses princípios que a imposição das sanções elencadas para os atos de improbidade administrativa deve ser razoável, isto é, adequada, sensata, coerente em relação ao ato ímprobo cometido pelo agente público e suas circunstâncias, e proporcional, ou seja, compatível, apropriada, pertinente com a gravidade e a extensão do dano (material e moral) causado por ele.”

Importante destacar que a preocupação em dar ao condenado a sanção devida, salvaguardando direitos individuais fundamentais não significa dizer que há uma cultura de defesa àqueles que venham a praticar atos ímprobos. Deve-se o Estado punir atos de improbidade na medida de sua conduta de maneira proporcional ao dano causado ao patrimônio público.

Outro ponto que reforça a necessidade de extrema cautela na forma de aplicação das penas aos acusados diz respeito à confusão que não raramente ocorre no sentido de que nem toda ilegalidade é, necessariamente, uma espécie de ato ímprobo, podendo, inclusive, ter sanções na esfera administrativa.

Assim, deve o magistrado sopesar o interesse público frente aos direitos individuais dos acusados norteando-se de princípios reguladores, em especial os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

²⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. São Paulo: Editora Atlas, 2011, pág. 123 – 124.

O princípio da proporcionalidade é melhor utilizado pelo direito alemão eis que a Suprema Corte alemã utiliza-o muito bem no controle da constitucionalidade e na garantia do respeito aos direitos fundamentais. A Suprema Corte alemã utiliza a tríplice manifestação do mandamento ou postulado da proporcionalidade (proibição do excesso) que compõe em: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em razão dessa subdivisão é que se fala em subprincípios do princípio da proporcionalidade que podem ser entendidos da seguinte forma: Princípio da adequação, que se destina a aferir se o meio empregado possibilita a finalidade desejada, Princípio da exigibilidade, pelo qual é aferida a necessidade da medida e da lei, a fim de saber se existe ou existiria outro meio menos prejudicial. E por fim o princípio da proporcionalidade em sentido estrito que impõe o sopesamento entre os bens ou o direito em situação de colisão.

Nesse pensar, Odete Medauar²¹ define o princípio da proporcionalidade da seguinte forma:

“O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins.”

Observa-se que o princípio tem como objetivo basilar a proteção de direitos fundamentais sem que haja excessos além do necessário na aplicação de sanções. Fernando Martins²² aborda o tema com propriedade ao destacar, *In Verbis*:

Numa dimensão mais específica que a do direito constitucional quanto à ponderação de princípios, no direito administrativo, a proporcionalidade cumprirá papel axiológico de balanceamento entre as vantagens e desvantagens advindas do exame da causalidade entre meio e fim. Por isso, as escolhas feitas pelo agente público serão pautadas levando-se em consideração esse notável postulado, dada a possibilidade de alcance no fim exigível pelos meios mais consentâneos à dignidade da pessoa humana (direitos fundamentais).

Em relação à razoabilidade, observa-se a necessidade de sua harmonização do dispositivo legal afim de, no caso concreto, assegurar a aplicação de sanções sem que haja abusos por parte do judiciário, pois, como já abordado acima, há dispositivos na Lei de Improbidade Administrativa abertos e abstratos, demandando, portanto, extrema cautela no

²¹ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 4.ed.,rev.,atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 154.

²² MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do patrimônio público: comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 3.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 215.

momento da gradação da pena daquele que tenha cometido ato de improbidade. Nesse sentido, vejamos a lição de Di Pietro²³, *In Verbis*:

“(…) o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto.”

Nesse diapasão, resta evidente a constatação que a forma de gradação e dosimetria da pena aos condenados por ato de improbidade administrativa exige do magistrado extrema técnica e atenção, não podendo valer-se, apenas, do diploma legal para a aplicação de sanções constantes no art. 12 da Lei 8.429/92. Salutar nesse sentido colher o posicionamento de Bandeira Mello²⁴ ao afirmar que:

“Ainda que a aferição desta medida inúmeras vezes possa apresentar dificuldade em ser caracterizada, em inúmeras outras é perfeitamente clara; ou seja, há casos em que se pode ter dúvida se tal ou qual gravame está devidamente correlacionado com a seriedade da infração – ainda que se possa notar que a dúvida nunca se proporá em uma escala muito ampla, mas em um campo de variação relativamente pequeno -, de par com outros casos em que não haverá dúvida alguma de que a sanção é proporcional ou é desproporcional. É impossível no Direito fugir-se a situações desta compostura, e outro recurso não há para enfrentar dificuldades desta ordem senão recorrendo ao princípio da razoabilidade, mesmo sabendo-se que também ele comporta alguma fluidez em sua verificação concreta. De todo modo, é certo que, flagrada a desproporcionalidade, a sanção é inválida.”

Ato contínuo, Waldo Fazzio Júnior²⁵ esclarece a forma como deve-se proceder o magistrado, ao constatar ato de improbidade, verificando o caso concreto: *In Verbis*:

a)Quais são, entre as sanções previstas para o caso, aquelas estritamente necessárias, para reprovar a conduta imputada ao agente público e, se for o caso, satisfazer o erário; b) se essas sanções são adequadas às circunstâncias subjetivas, entre as quais os elemento volitivo que moveu o agente; c) uma vez firmada sua necessidade de adequação, cumpre investigar se o resultado obtido com a fixação dessas sanções é proporcional à “carga coativa” que contêm, vale dizer, se as sanções guardam medida ou proporção com o escopo do processo, para não acarretar o excesso nem a falta.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, articulada com uma exegese conforme a Constituição (artigo 37, caput), robustece a probidade administrativa, vale dizer, o juiz procura valorizar a vontade normativa (artigo 37, § 4º), reconfigurando a norma integrativa (artigo 12 e incisos da Lei 8.429/92) à medida adequada e necessária, para corrigir o ato de improbidade sub judice e reprovar seu autor. Sob essa perspectiva, o juiz resgata o legislador das algemas do passado; não o deprecia.

Valendo-se desse prisma, salientam-se alguns pontos controvertidos no que diz respeito à forma de aplicação das penas decorrentes de atos de improbidade administrativa.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 76.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 843.

²⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Atos de Improbidade Administrativa. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 372.

V – A (IM)PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DECORRENTE DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Ab initio, a Lei de Improbidade Administrativa, em seu artigo 23²⁶, estabelece o prazo de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário. Contudo, o posicionamento dominante na doutrina estabelece que a regra presente na lei 8.429/92 não se aplica aos casos respectivos as ações de ressarcimento ao erário, que, seriam, imprescritíveis. Essa ressalva decorre, segundo defensores da imprescritibilidade, do artigo 37, parágrafo 5º, da Constituição Federal. Assim, de acordo com entendimento dos defensores da imprescritibilidade a prescrição regulamentada na Lei de Improbidade alcançaria apenas as ações destinadas a levar a efeitos as demais sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Nesse sentido, afirma José Afonso da Silva²⁷ ao defender a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, *In Verbis*:

“A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral do direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providências à sua apuração e à responsabilidade do agente, a sua inércia gera a perda de o seu *iuspersequendi*. É o princípio que consta do art. 37, § 5o, que dispõe: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus no succurritus*). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada.”

Este posicionamento foi, até certa medida, ratificado após decisão do STF (RE 852.475) que em repercussão geral definiu a tese de que são imprescritíveis ações de ressarcimento ao erário em casos de prática dolosa de ato de improbidade administrativa.

²⁶ Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;
II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.
III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1o desta Lei.

²⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 348 – 349.

Contudo, destaca-se que a decisão no sentido da imprescritibilidade das ações dolosas de improbidade administrativa resulta numa anomalia do sistema jurídico pátrio, em especial para aplicação de sanções, podendo resultar em conflitos interpretativos e graves divergências processual e doutrinária.

Vale transcrever trecho do voto do Ministro Alexandre de Moraes²⁸ que, defendendo a tese de prescritibilidade das ações de ressarcimento, destacou:

“ (...) Essa inovação constitucional de 1988, em permitir tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos em geral e os atos de improbidade administrativa, inclusive com a normatização em parágrafos diversos, decorreu da necessidade de se punir mais severamente a ilegalidade qualificada, ou seja, a Constituição comandou ao Congresso Nacional a edição de lei que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção, e de todo aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência.

(...)

A análise da imputação deve sempre demonstrar a existência clara e flagrante do elemento subjetivo do tipo, não restando qualquer dúvida sobre a prática de ilegalidade qualificada pela má-fé, ou seja, pela intenção da prática de ato de corrupção (...)

Em um Estado de Direito, assim como no campo penal, também na responsabilidade civil por ato de improbidade, o Poder Público tem um prazo legal para exercer sua pretensão punitiva, não podendo, em regra, manter indefinidamente essa possibilidade, sob pena de desrespeito ao devido processo legal.

Urge salientar que as hipóteses de imprescritibilidade encontram-se expressar na Carta Magna no art. 5º, incisos XLII e XLIV.

Há vários problemas em afirmar o caráter imprescritível da pretensão reparatória na ação de ressarcimento ao erário. O primeiro ponto a ser destacado diz respeito ao respeito ao princípio constitucional na segurança jurídica. Ora, permitir que o Estado, a qualquer tempo, possa acionar aquele que venha a causar prejuízo ao patrimônio público extrapola e fere de morte princípios constitucionais de extrema relevância no ordenamento jurídico pátrio.

Nessa toada, em respeito ao princípio da segurança jurídica é necessário que haja estabilização das relações sociais regradas pelo Direito sendo que esta relação é imanente ao Estado Democrático de Direito. Sem dizer que, como já abordado anteriormente no presente trabalho, à ação de improbidade administrativa, deve respeitar direitos fundamentais dos acusados bem como atuar de forma a coibir excessos do Estado.

²⁸ Supremo Tribunal Federal – STF. Recurso Extraordinário: RE 852.475 SP. Relator: Min. Alexandre de Moraes.

Vale destacar que Celso Antônio Bandeira de Mello²⁹, inicialmente, defendia a tese de imprescritibilidade, até mudar seu posicionamento quanto à matéria ao afirmar que:

”Já não mais aderimos a tal desabrida intelecção. Convencemo-nos de sua erronia ao ouvir a exposição feita no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em maio de 2009, pelo jovem e brilhante professor Emerson Gabardo, o qual aportou um argumento, ao nosso ver irresponsável, em desfavor da imprescritibilidade, a saber: minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo. De fato o Poder Público pode manter em seus arquivos, por período de tempo longuíssimo, elementos prestantes para brandir suas increpações contra terceiros, mas o mesmo não sucede com estes, que terminariam inermes perante arguições desfavoráveis que se lhes fizessem.”

Outro ponto que merece destaque diz respeito a não previsão expressa do termo “imprescritível” na redação do §5^a do art. 37 da CF/88. Nesse sentido, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz³⁰ com propriedade, leciona a cerca do tema, *In Verbis*:

“De fato, parece bastante razoável que se o legislador constitucional tivesse a intenção de tornar imprescritível a ação de ressarcimento de danos, teria redigido o dispositivo de maneira diversa, prevendo sua expressa imprescritibilidade, acrescentando a expressão “que são imprescritíveis” ao final do §5^o do art. 37.”

Portanto, conforme observa-se, a defesa da tese de imprescritibilidade esta em total desconformidade com princípios constitucionais da segurança jurídica e proibição de excesso. Contudo, não são apenas estes os princípios afrontados pela tese majoritária presente na doutrina, afinal, entender que o Estado teria legitimidade a todo e qualquer tempo de exigir do particular eventual dano ao erário, não está em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade supramencionados, não passando, assim, dos critérios por eles pré-estabelecidos.

De tal sorte espera-se que, ao tratar do tema, o Supremo Tribunal Federal altere o atual posicionamento e reconheça o caráter prescritível das ações de regresso relacionadas ao ressarcimento ao erário fundadas em atos de improbidade administrativa, respeitando, assim, princípios constitucionais e protegendo de eventuais abusos do Estado, sem que haja, nesse sentido, afronta ou mitigação de direitos fundamentais difusos.

CONCLUSÃO

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 1073.

³⁰GAJARONI. Fernando da Fonseca [et.al]. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.249/92 de 02 de junho de 1992. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 411.

À guisa de conclusão, tem-se que o caso em comento, com todas suas nuances, é, pois, emblemático em muitos sentidos. Observou-se que a Lei de Improbidade Administrativa regulamenta os atos que são considerados ímprobos bem como estabelece as sanções àqueles que venham a ser condenados por atos de improbidade.

Observamos que a natureza das sanções impostas pela Lei de Improbidade afeta diretamente direitos fundamentais individuais ao tal que, ao mesmo tempo, a sua aplicação, naturalmente, visa satisfazer direitos fundamentais difusos da sociedade relacionados à boa gestão pública, a preservação do erário público, a moralidade administrativa, dentre outros.

Assim, caracterizado o ato de improbidade, o magistrado, ao aplicar as sanções previstas na Lei de Improbidade administrativa ao condenado deve levar em consideração a gravidade do fato cometido e a extensão dos danos causados, podendo, ainda, serem aplicadas sanções de forma isolada ou cumulativa.

Por estas razões, torna-se imprescindível a observância, no momento da dosagem da pena, princípios constitucionais tais como o da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e proibição de excesso, ou seja, mesmo que a o objetivo presente na Lei 8.429/92 seja de proteção ao interesse público e de probidade administrativa, não devem ser ignorados os direitos fundamentais dos particulares.

Contudo, observamos a há pontos sensíveis, em especial no tocante as ações de ressarcimento ao erário relacionadas a improbidade e sua natureza (im)prescritível. Conforme entendimento de grande parte da doutrina, a ação de ressarcimento seriam prescritível por força constitucional, por outro lado, defende-se que tal afirmação não prospera, em virtude de flagrante desconformidade com os princípios constitucionais e normas gerais do direito.

Por fim, salienta-se que assegurar a correta aplicação das penas, sem a presença de excessos, não significa defender a cultura de atos ímprobos na esfera administrativa e sim assegurar a aplicação de sanções de acordo com os atos praticados, de forma proporcional e razoável, e, conseqüentemente, assegurando direitos fundamentais individuais e o direito fundamental a probidade administrativa.

Se o estado não possui aparato jurídico apropriado para perquirir seu direito em face daqueles que praticam atos de improbidade administrativa não é aceitável que o entendimento jurisprudencial tente preencher essa lacuna valendo-se de violações as bases do Estado Democrático de Direito. Protege-se o patrimônio público amparando os profissionais por

meio de políticas públicas e melhoria de recursos laborais e não inserindo imprescritibilidades em ações de cunho patrimonial.

BIBLIOGRAFIA

BERTONCINI, Mateus. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

BRASIL, Lei nº. 8.429, de 02 de junho de 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>.

FREITAS, Francys Gomes, Análise da (ir)razoabilidade da sanção descrita na Lei de Improbidade Administrativa quanto à violação de princípios constitucionais frente ao (Neo)constitucionalismo e aos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Artigo disponível em <http://abdconst.com.br/anais4/Francys%20Gomes%20Freitas.pdf> acesso 18 de agosto de 2019.

GAJARONI, Fernando da Fonseca [et.al]. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.249/92 de 02 de junho de 1992. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Atos de Improbidade Administrativa. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da lei nº 8.429/92. 2 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do patrimônio público: comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 3.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 4.ed.,rev.,atual. eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal comentada. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. Observações acerca dos sujeitos do ato de improbidade administrativa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

SARMENTO, George. Improbidade Administrativa. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 92.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.