

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo - TCE-SP = 2016

Lei nº 8429/1992 e Lei nº 12.846/2013

José Roberto Pimenta Oliveira

Mestre e Doutor em D. Administrativo - PUC/SP

Professor de Direito Administrativo da PUC-SP

CONTEXTO CONSTITUCIONAL

A PUNIÇÃO DE ATOS DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA CONSTITUI UM
**SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES
PÚBLICOS GERAL E AUTÔNOMO**

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Título III – Da organização do Estado

Capítulo VII – Da administração pública

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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

§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.

SISTEMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO – CONCEITO JURÍDICO-DOGMÁTICO



IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O ARTIGO 37, PARÁGRAFO 4º DA CF INOVOU E CRIOU **SISTEMA SINGULAR** DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS, GERAL E AUTÔNOMO.

Características

- ▶ O sistema foi concebido para responsabilização pessoal (pessoas físicas e jurídicas)
- ▶ O sistema foi concebido para graves ilícitos funcionais com densidade ética
- ▶ O sistema foi concebido para não excluir nenhuma modalidade de agente público ou de terceiro envolvido no ato ímprobo
- ▶ O sistema foi concebido para impedir privilégios (foro privilegiado)
- ▶ O sistema foi concebido para diferenciar-se dos já existentes.

- ▶ *1. A tipicidade dos atos de improbidade administrativa: atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; b) atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; c) atos de improbidade administrativa que atentam contra o regime jurídico-administrativo.*

BEM JURÍDICO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

IMPROBIDADE

```
graph TD; A[IMPROBIDADE] --- B[HONESTIDADE]; A --- C[ZELO PATRIMONIAL]; A --- D[LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE, LEALDADE E IMPARCIALIDADE]
```

HONESTIDADE

ZELO
PATRIMONIAL

LEGALIDADE,
IMPESSOALIDADE,
LEALDADE E
IMPARCIALIDADE

TIPIFICAÇÃO – TÉCNICA LEGISLATIVA

Sujeito Passivo

- Entidades

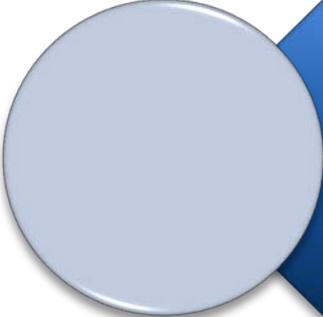
Sujeito Ativo

- Agente público
- terceiro

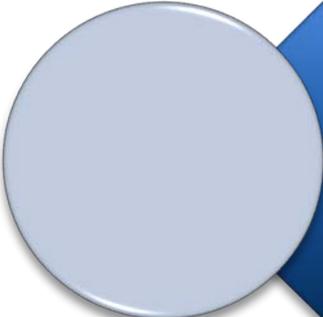
Ato de improbidade

- Tipificação formal
- Tipificação material
- Prescrição/ACP

ELEMENTO SUBJETIVO – TIPOS



Enriquecimento ilícito (art. 9º) –
Elemento subjetivo DOLO



Dano ao erário (art. 10) –
Elemento subjetivo DOLO e
CULPA



Legalidade, Parcialidade e
deslealdade (art. 11) –
Elemento subjetivo DOLO

ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

TIPO AUTÔNOMO (inciso V)

- ▶ **recebimento** para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou **aceitar promessa de vantagem indevida.**

TIPO AUTÔNOMO (Inciso VII)

- ▶ **aquisição**, para si ou para outrem, de bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.
 - Decreto 5.483/2005
 - Convenção ONU/OEA

AGRESSÃO AO ERÁRIO

DANO (art. 10–VI)

- ▶ Realizar operação financeira sm observância das normas legais ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea

PERIGO (art. 10–VIII)

- ▶ Frustar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.
 - Art. 21 –I (dano efetivo)

OFENSA AOS PRINCÍPIOS

TIPO GERAL (art.11 –caput)

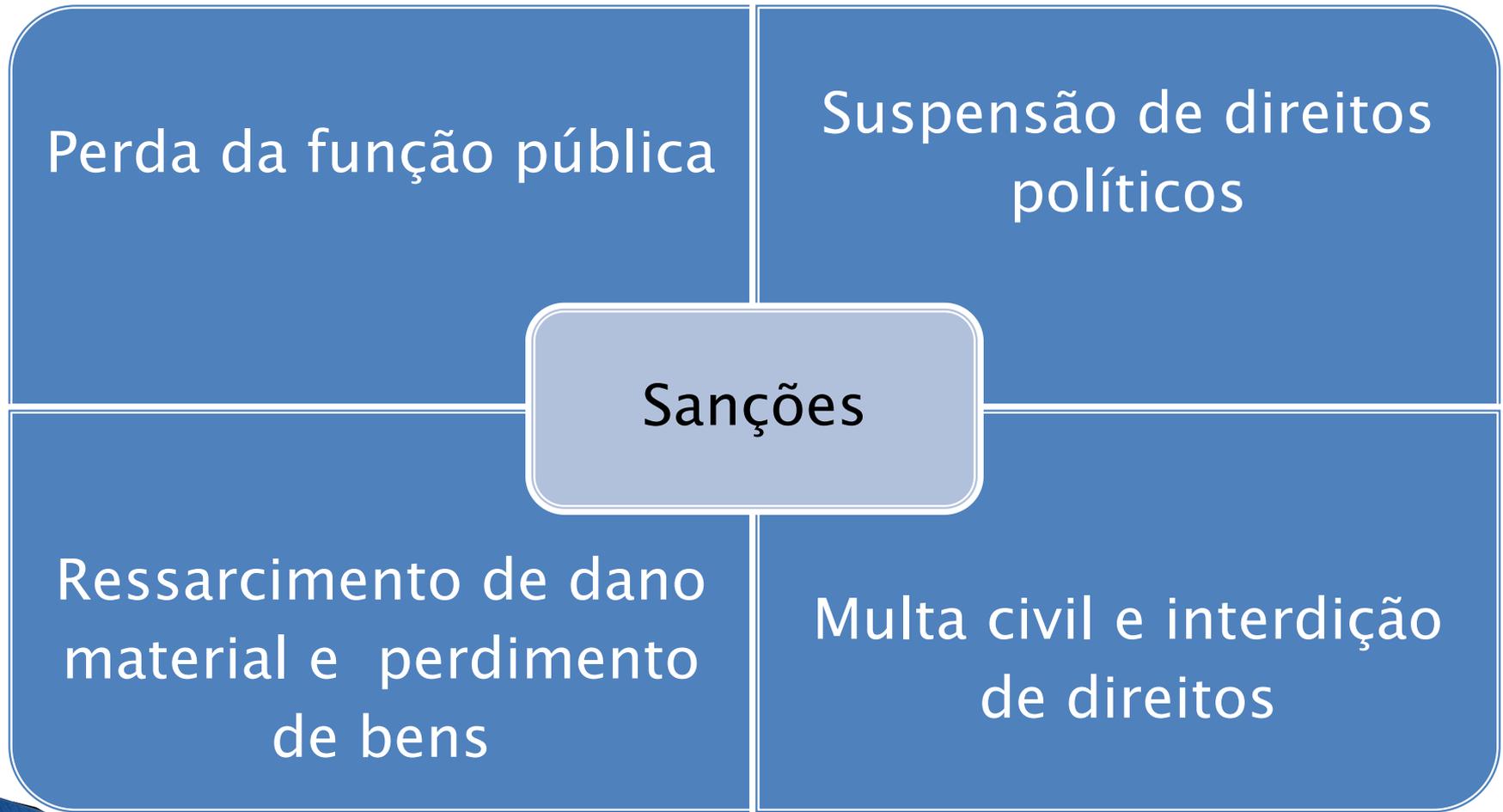
- ▶ ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.
- ▶ Dolo v. culpa

TIPO ESPECIAL (art.11 –I)

- ▶ Praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência

- ▶ *Sanções pela prática de improbidade administrativa.*
- ▶ *Dosimetria das sanções e o princípio da proporcionalidade.*

SANÇÕES POR IMPROBIDADE



Sanções – Art. 12, inciso I

- ▶ 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**;

Sanções – Artigo 12, inciso II

- ▶ 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**;

Sanções – Artigo 12, inciso III

- ▶ 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**.
- ▶ 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.

PROPORCIONALIDADE E IMPROBIDADE

Como incide o princípio da proporcionalidade em matéria de improbidade administrativa ?

- Não há consenso doutrinário
- Houve consenso jurisprudencial
- Alterou-se o regime legal.

LEI N. 12.120/2009

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: [\(Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009\)](#).

Desafios na aplicação da lei 8429

- ▶ Apuração conjunta da responsabilidade por ato de improbidade e pela prática de crime, em razão dos mesmos fatos;
- ▶ Concurso de atos de improbidade
- ▶ Concurso de pessoas
- ▶ Critérios de tipificação material
- ▶ Objetivação na aplicação do artigo 11 e “*ofensa a princípios*”
- ▶ Proporcionalidade das sanções
- ▶ Efetivação da condenação judicial
- ▶ Prazos prescricionais
- ▶ Relação com a Lei nº 12.846

*Lei nº 12.846/2013 (regulamentada pelo
Decreto 8.420/2015)*

- ▶ *Responsabilidade administrativa e civil de
pessoas jurídicas*

Contexto histórico

- ▶ Convenções Internacionais contra a Corrupção
 - OCDE, OEA e ONU
 - Dever de aprovação de normas de responsabilização de pessoas jurídicas, conforme os respectivos ordenamentos nacionais
- ▶ Movimento popular de junho/2013
- ▶ “Lacuna legislativa sobre o tema”
 - – Responsabilidade penal de PJ
 - – Administração pública nacional e estrangeira

Observações Gerais – Lei nº 12.846

- ▶ **Novo sistema de responsabilidade:** art. 1º
- ▶ **Bem jurídico catalisador:** ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL OU ESTRANGEIRA (art. 1º).
- ▶ **Ilícitos com tipificação única:** art. 5º
 - Responsabilidade civil – dano material ao erário (art. 6º, §3º)
- ▶ **Processos administrativo e judicial:** art. 8º ao 17 / art. 20 e 21 (normas de direito administrativo e normas de direito processual civil)
- ▶ **Sanções administrativas e judiciais :** art 6º e art. 19

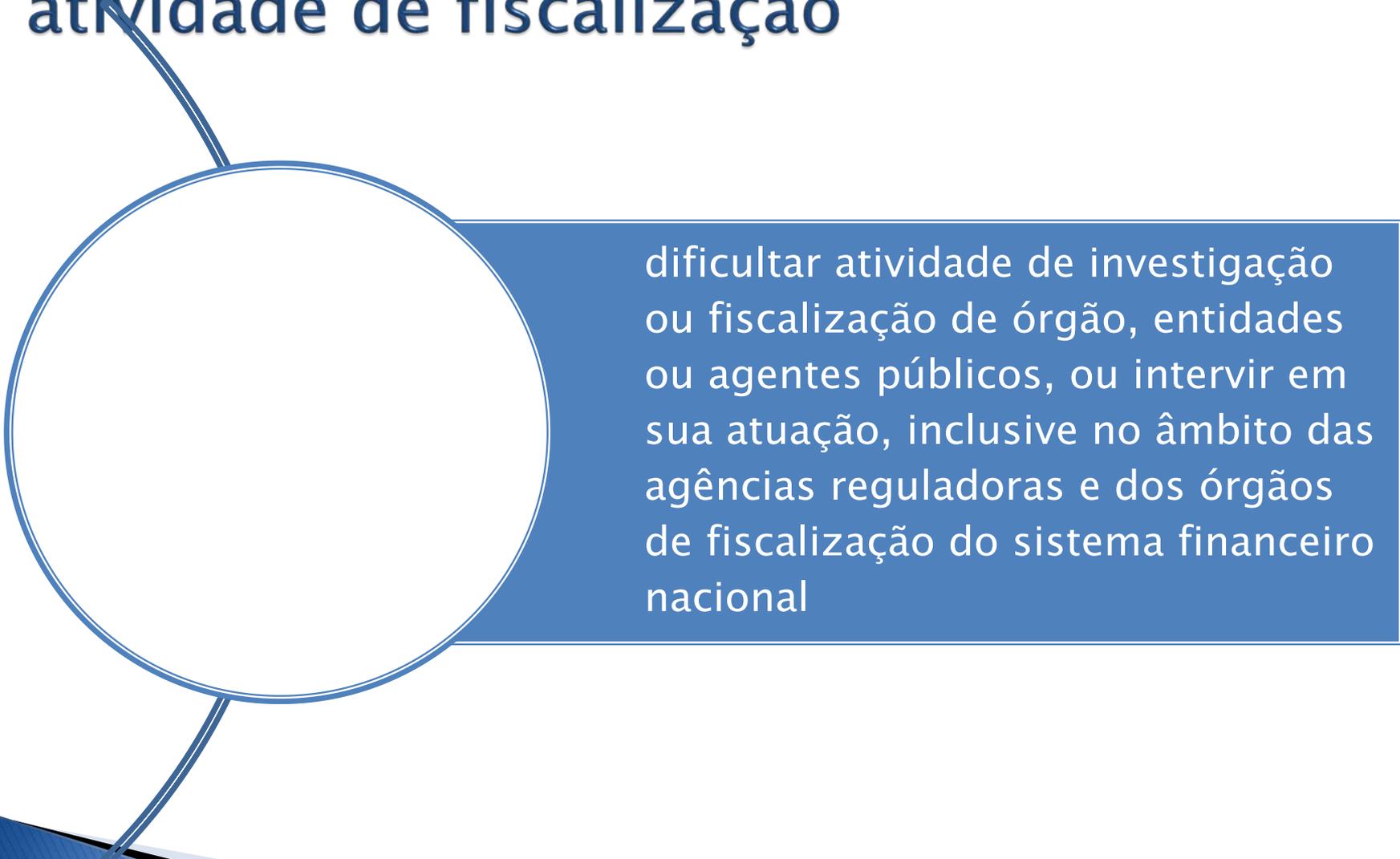
Responsabilidade administrativa objetiva

- ▶ **Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.**
- ▶ Devido processo legal na Administração Pública e culpabilidade
- ▶ Adoção do fundamento objetivo – art. 37, parágrafo 6º
- ▶ Constitucionalidade da lei.

Bens jurídicos

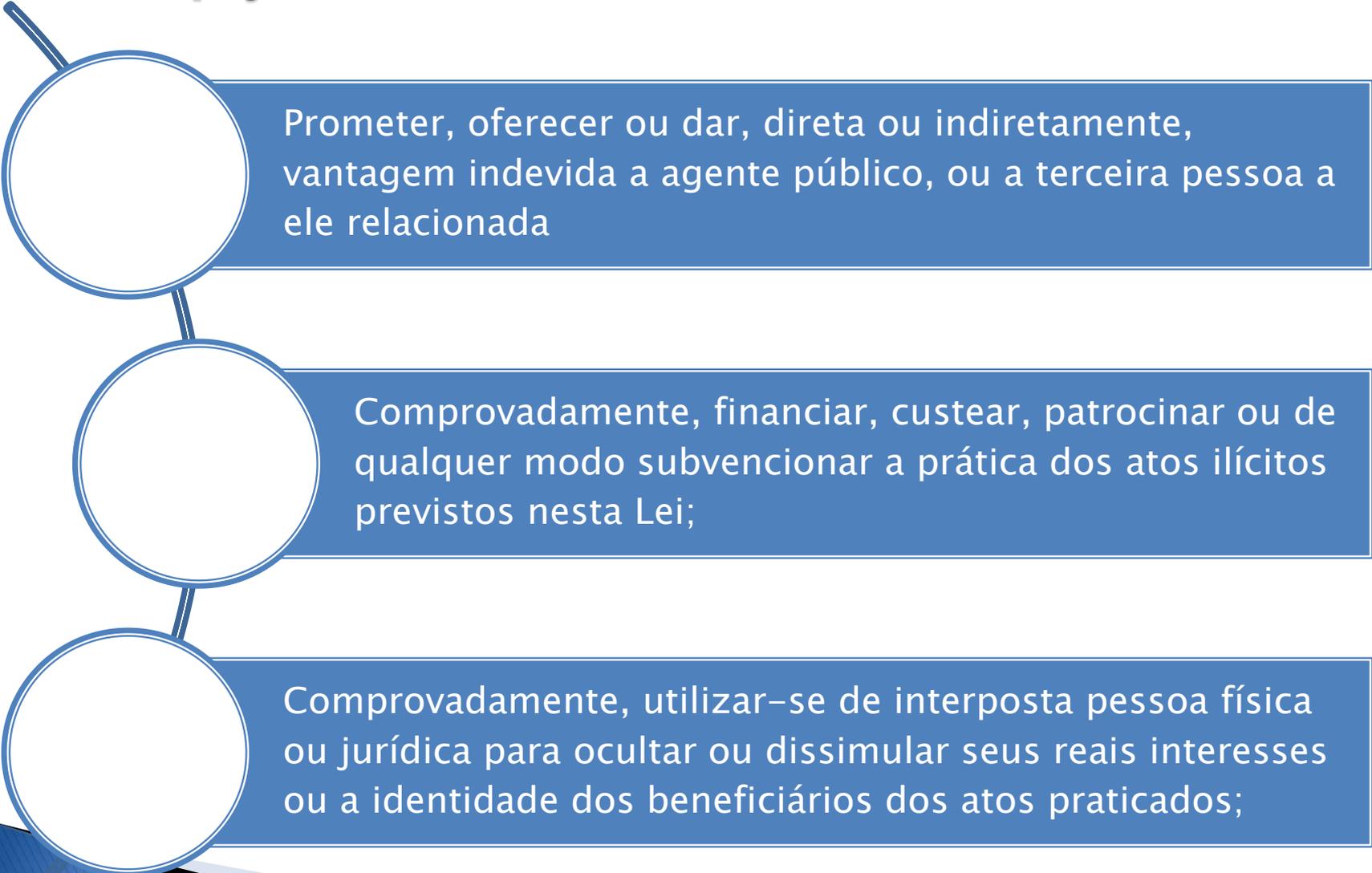
- ▶ Artigo 5º : **Administração pública nacional ou estrangeira.**
- ▶ Patrimônio público nacional ou estrangeiro;
- ▶ Princípios da administração pública
- ▶ Compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.
- ▶ Decomposição – tipificação limitadora.

Ilícitos : unicidade tipificatória – atividade de fiscalização



dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgão, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional

Ilícitos : unicidade tipificatória – corrupção

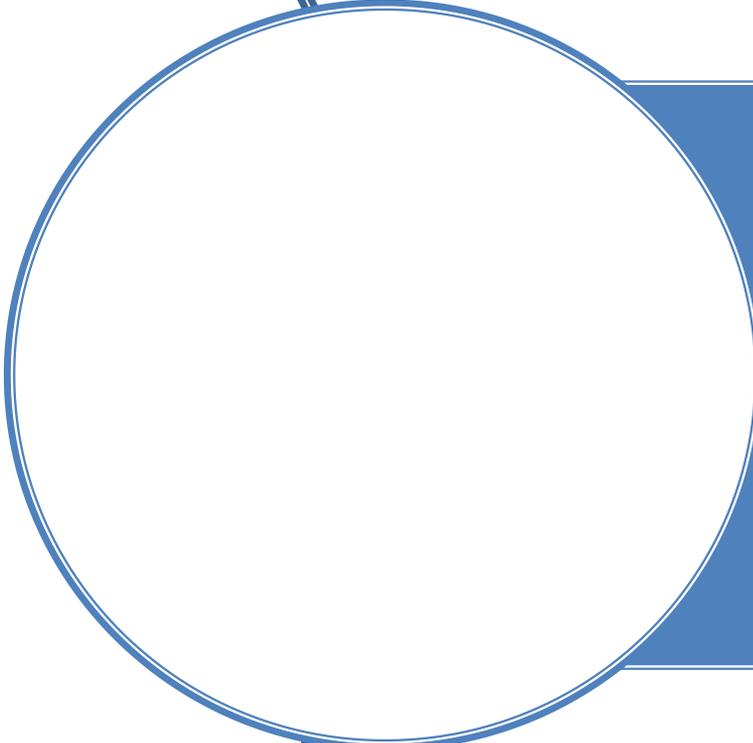


Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada

Comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

Comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

Ilícitos : unicidade tipificatória :
dispensa/inexigibilidades



d) fraudar
licitação pública
ou contrato dela
decorrente;

Ilícitos : unicidade tipificatória : licitações



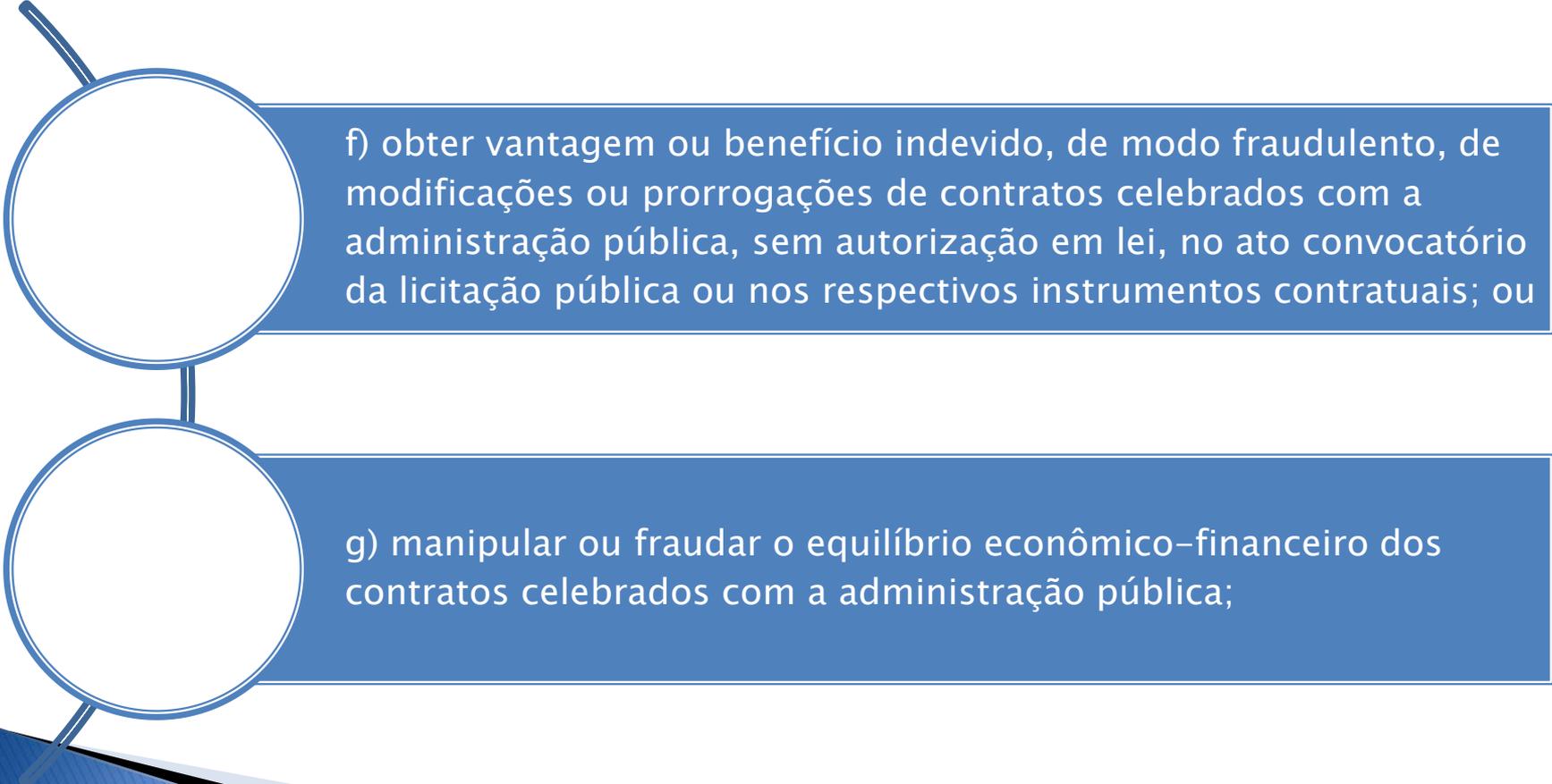
frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

Ilícitos : unicidade tipificatória : contratos



f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

Sanções Administrativas (art. 6º)

- ▶ I – multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual **nunca será inferior à vantagem auferida**, quando for possível sua estimação; e
 - Destino dos valores: **preferencial (art. 24)**.
- ▶ II – **publicação extraordinária** da decisão condenatória.
- ▶ § 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

Inovações no regime sancionador

- ▶ Reforço da atuação institucional da advocacia pública (art.6º, §2º). **Parecer jurídico vinculante.**
- ▶ Cumulatividade facultativa das sanções (§1º)
- ▶ Não afeta dever de ressarcimento de dano (§3º)
- ▶ Detalhamento de critérios na aplicação (art. 7º)
 - Mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivos à denúncia de irregularidades.
 - Códigos de Ética e de Conduta

Inovações no processo adm. sancionador

- ▶ **Normas gerais : qual o fundamento constitucional ?**
- ▶ Âmbito federal: fortalecimento da CGU (art. 8º)
- ▶ Órgão de instrução: comissão (art. 10)
- ▶ Prazo de defesa: 30 dias (art. 11)
- ▶ Prazo de julgamento não fixado (art. 12). **Crítica**
- ▶ Desconsideração da personalidade da pessoa jurídica (art. 14).
- ▶ Remessa ao MP, após conclusão do procedimento (art. 15). **Crítica pela ineficiência da solução.**
- ▶ Acordo de leniência (art. 16). **Efetividade da colaboração e celeridade de obtenção de elementos de prova.**

Sanções judiciais (art. 19)

- ▶ I – perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;
 - Destino dos valores: **preferencial (art. 24)**.
- ▶ II – suspensão ou interdição parcial de suas atividades; **Crítica sobre a indeterminação.**
- ▶ III – dissolução compulsória da pessoa jurídica; **Crítica sobre pressupostos.**
- ▶ IV – proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.
- ▶ § 3º As sanções poderão ser aplicadas **de forma isolada ou cumulativa**

Sanções judiciais (art. 19)

- ▶ § 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:
 - ▶ I – ter sido a personalidade jurídica utilizada **de forma habitual** para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou **(crítica)**
 - ▶ II – **ter sido constituída** para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados. **(crítica)**

Processo judicial (direito processual civil)

- ▶ Condicionamento da pretensão acusatória do Ministério público à omissão administrativa (art. 20). **Crítica.**
- ▶ Rito previsto na Lei nº 7.347/85 (art. 21);
 - **Nova espécie de ação civil pública sancionatória.**
- ▶ Relação entre o novo sistema de responsabilidade e o sistema de responsabilidade civil (art. 21, p.único). Certeza do dano.
 - **Responsabilidade civil objetiva**
- ▶ Prescrição: 5 (cinco) anos, contados da **data da ciência da infração ou do dia em que tiver cessado** (art. 25). **Crítica sobre diversidade de critérios.**

Lei 12846 e outras competências sancionatórias – bis in idem

- ▶ Competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda – “infração á ordem econômica” (art. 29).
- ▶ Ato de improbidade administrativa – Lei nº 8.429/1992 (art. 30, inciso I).
- ▶ Atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666/1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive a Lei 12.462/2011 (RDC) (art. 30, inciso II).
 - – **Lei 10520/2002; Lei nº 13.303/2016**

Desafios na execução da Lei 12846

- ▶ Explicitação do fundamento constitucional da competência legislativa exercida;
- ▶ Especificação do critério objetivo de imputação;
- ▶ Relação com a responsabilidade penal, civil, por ato de improbidade, e por irregularidade de contas;
- ▶ Implementação e avaliação de programas de integridade
- ▶ Negociação e celebração de acordos de leniência; Posição do MP, TC e Poder Judiciário.
- ▶ Proporcionalidade e conteúdo das sanções;

Mar português

Ó mar salgado, quanto do teu sal
São lágrimas de Portugal!
Por te cruzarmos, quantas mães choraram,
Quantos filhos em vão rezaram!
Quantas noivas ficaram por casar
Para que fosses nosso, ó mar !

Valeu a pena ? Tudo vale a pena
Se a alma não é pequena.
Quer quer passar além do Bojador
Tem que passar além da dor.
Deus ao mar o perigo e o abismo deu,
Mas nele é que espelhou o céu.

(Fernando Pessoa)

Obrigado pela atenção.

joseoliveira@mpf.mp.br