

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

RAYMUNDO JULIANO FEITOSA

NEWTON CESAR PILAU

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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

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

Coordenadores: Newton Cesar Pilau; Raymundo Juliano Feitosa; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-723-6

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

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Com satisfação, apresentamos a publicação que sistematiza os trabalhos apresentados no GT DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II no bojo da programação do Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, realizado em junho de 2023. Reunindo pesquisadoras e pesquisadores das diversas regiões brasileiras, representativas de distintas Instituições de Ensino Superior e programas de pós-graduação acadêmicos e profissionais da área do Direito, o GT foi um ambiente apropriado para a apresentação, sistematização e discussão de ideias, proposições e modelagens de experiências exitosas voltadas a pensar e qualificar intervenções e práticas voltadas ao redesenho de espaços, a efetividade das políticas de governança e ao estudo dos impactos da gestão pública no desenvolvimento humano sustentável.

Nos anais que agora apresentamos, a comunidade encontrará abordagens sobre contratos públicos municipais acima do valor de mercado e a responsabilidade do gestor público municipal, asseverando sobre a importância da transparência dos contratos.

Ainda, textos sobre a Administração pública e o interesse público no contexto da quarta revolução industrial, com destaque aos instrumentos necessários para a satisfação do interesse público e para o aumento da eficiência, da transparência, da fiscalização, da participação social e do tratamento isonômico na prestação de serviços públicos aos cidadãos.

Destaque, ainda, sobre a repercussão da lei nº. 14.230/2021 na proteção jurídica do meio ambiente em face de atos de improbidade administrativa, com realce à legislação brasileira e seus mecanismos de proteção contra atos violadores de improbidade administrativa na esfera ambiental.

Temas como a responsabilização do servidor público face à lei geral de proteção de dados, Due diligence como política pública anticorrupção e sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica pela administração pública também foram contemplados e amplamente debatidos.

Ademais, importantes artigos sobre a inconveniência da prescrição intercorrente na ação de improbidade administrativa; a importância (ou não) de políticas públicas inseridas na nova lei de licitações; sobre a lei complementar 168/2022 e a movimentação por

conveniência da disciplina no estatuto dos militares do estado de Minas Gerais; sobre Direitos fundamentais na era da “big data”; ainda sobre o novo marco do saneamento básico e sua regulamentação estadual e versando sobre a família em relação com o estado e o interesse público em casos de remoção.

Progressivamente, o GT tem contribuído para além da difusão das pesquisas realizadas. A sua relevância para qualificação de práticas e intervenções é inquestionável. Cumpre a pesquisa jurídica todos os seus escopos (social, político e científico) assim; cumpre a Universidade sua função sociopolítica de fomentar o pensamento crítico voltado a melhorar a qualidade de vida e o trato estatal a problemas públicos complexos.

Convidamos todas e todos à leitura!Recebam nosso abraço fraterno!

Prof. Dr. Newton César Pilau

Universidade Vale do Itajaí, SC

Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa

Universidade Católica de Pernambuco, PE

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Universidade Estadual do Maranhão e Universidade Ceuma, MA; e Universidade de Salamanca, Espanha

CONTRATOS PÚBLICOS MUNICIPAIS ACIMA DO VALOR DE MERCADO E A RESPONSABILIDADE DO GESTOR PÚBLICO MUNICIPAL

MUNICIPAL PUBLIC CONTRACTS ABOVE MARKET VALUE AND THE RESPONSIBILITY OF THE MUNICIPAL PUBLIC MANAGER

Ricardo Pinha Alonso ¹
Jéssica Charamitara de Batista ²
Carlos Francisco Bitencourt Jorge

Resumo

O presente artigo tem a finalidade de analisar se um contrato público municipal é celebrado acima do valor de mercado, se o gestor público municipal pode ser considerado responsável por atos de improbidade administrativa, incluindo prejuízos ao erário e favorecimento ilegal de terceiros. Se isso dependerá da apuração de má-fé ou negligência por parte do gestor na condução do processo licitatório e na celebração do contrato. O artigo esclarece a importância que os contratos públicos sejam celebrados de forma clara, transparente e que respeitem as normas legais e regulamentares para evitar eventual responsabilidade civil, penal ou administrativa. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, porque a responsabilidade do agente em ressarcir o dano causado parte de uma hipótese. É abordada a reforma da lei de improbidade administrativa feita em 2018, com a significativa mudança ao que concerne às sanções do gestor que recair em improbidade, sendo na fase investigativa como a persecução civil, sendo na ação civil pública.

Palavras-chave: Lei de improbidade administrativa, Responsabilidade civil do agente, Contratos superfaturados, Controle interno, Controle social

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to analyze whether a municipal public contract is concluded above market value, whether the municipal public manager can be considered responsible for acts of administrative impropriety, including damages to the treasury and illegal favoring of third parties. Whether this will depend on the determination of bad faith or negligence on the part of the manager in conducting the bidding process and signing the contract. The article clarifies the importance that public contracts are concluded in a clear, transparent manner and that they comply with legal and regulatory standards to avoid possible civil, criminal or administrative liability. The method used was hypothetical-deductive, because the agent's responsibility to compensate for the damage caused is based on a hypothesis. The reform of

¹ Doutor em Direito - PUC/SP; Professor na graduação e no PPGD da UNIMAR; Professor na graduação e pós-graduação da UENP; Procurador do Estado de São Paulo.

² Graduada em Direito pela UNIVEM. Pós-graduada em Direito Público pela PróJuris (2021). Mestranda pelo PPGD UNIMAR com ênfase em Direito Público. Advogada e Presidente da Comissão de Interação da OAB /MP.

the administrative impropriety law made in 2018 is addressed, with the significant change with regard to the sanctions of the manager who falls into improbity, being in the investigative phase as the civil prosecution, being in the public civil action.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law of administrative improbity, Agent's liability, Overpriced contracts, Internal control, Social control

INTRODUÇÃO

Trata-se da responsabilidade do gestor público municipal, responsável pela contratação de determinado produto oferecido por valor maior comparado ao valor de mercado, seja pela necessidade de determinado produto pela administração pública, seja por obediência à lei de licitações, seja pela ausência de ampla concorrência no processo licitatório, desde que comprovado que o valor utilizado no livre mercado seja inferior ao valor contratado com a administração pública.

Tendo em vista as várias decisões do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que julga irregulares contratos públicos municipais firmados com preços maiores praticados ao valor de mercado, seja em comparação com outros municípios, seja em comparação com o livre mercado, o estudo é essencial para abranger mecanismos de coibição da abusividade dos preços nos procedimentos licitatórios, mediante responsabilidade dos agentes envolvidos, tanto como o gestor quanto à empresa.

Os valores contratuais advindos de contratos públicos municipais, em alguns casos, são valores maiores que se particulares pactuariam, mas há necessidade da administração pública adquirir tal produto, porém justifica a contratação por obediência ao processo licitatório, o que poderia haver possibilidade de ocorrer a dispensa de licitação por ter sido oferecido no certame, valores maiores aos praticados pelo mercado.

A lei de licitações esclarece que no certame licitatório, na modalidade concorrência, o que deve prevalecer é o menor preço oferecido, causa problema que se comparado, há grande diferença de preços pactuados entre municípios do mesmo porte, seja também em comparação aos preços oferecidos no mercado particular.

Haja vista a possibilidade de grande desperdício de recursos públicos pela abusividade nos preços oferecidos pelas empresas participantes da concorrência, seja pela não fiscalização do agente responsável pelos orçamentos iniciais, seja pela responsabilidade da empresa oferecer valores maiores àquele município, a pesquisa traz a obrigatoriedade de ressarcir o valor do prejuízo causado nas contratações de valores abusivos, mesmo que não seja comprovado o dolo do gestor público pela não comprovação de enriquecimento pessoal.

Não é necessariamente verdade que o contrato público seja concedido à proposta mais baixa. A escolha da proposta vencedora depende das condições estabelecidas no edital do processo licitatório. Além do preço, outros critérios podem ser avaliados, como a qualidade do produto ou serviço oferecido, a experiência da empresa, entre outros. Portanto, é possível que a proposta vencedora não seja necessariamente a de menor valor.

Capítulo 1 – O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo é uma instituição responsável por fiscalizar a gestão financeira e patrimonial do Poder Executivo Estadual, das autarquias estaduais e das empresas estatais sob controle direto ou indireto do Estado.

A criação do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo foi estabelecida pela Constituição Estadual de 1889, sendo uma das primeiras instituições de controle fiscal do Brasil.

A regulamentação do Tribunal de Contas é feita por meio da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Tribunal, da legislação estadual e federal e dos seus próprios regulamentos.

No Estado de São Paulo a lei orgânica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo é a lei complementar nº 709, de 14 de janeiro de 1993, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo é o principal instrumento normativo que regulamenta o funcionamento desse órgão independente, encarregado de fiscalizar a gestão financeira e patrimonial do poder público estadual e de controlar a legalidade e a regularidade das contas públicas.

De acordo com a lei, o Tribunal de Contas tem como funções principalmente:

- Exercer o controle externo da administração pública estadual, municipal e de autarquias e fundações;
- Analisar, julgar e decidir as contas públicas;
- Fiscal e acompanhar as obras públicas e a prestação de serviços públicos;
- Propor medidas de aperfeiçoamento da administração pública;
- Fiscal processos administrativos e julgar responsabilidades por irregularidades na gestão financeira.

A lei também prevê a composição do Tribunal de Contas, que é formado por Conselheiros indicados pelo Governador do Estado, e estabelece as regras para sua eleição, posse e exercício de funções. Além disso, a lei também regulamenta a estrutura administrativa do órgão, incluindo a sua Secretaria Geral, Procuradoria Geral, e departamentos técnicos e de apoio.

Em resumo, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo é fundamental para garantir a transparência e a eficiência na gestão pública estadual, municipal e federal, bem como para proteger os interesses financeiros e patrimoniais da sociedade.

A competência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo inclui a fiscalização da arrecadação e aplicação de recursos públicos, a análise de prestação de contas de gestores

públicos, a fiscalização de contratos administrativos, a emissão de pareceres sobre questões financeiras e orçamentárias, entre outros. Além disso, o Tribunal também possui competência para julgar processos administrativos de responsabilidade e processos disciplinares contra servidores públicos.

1.1 Contexto histórico legislativo e jurisprudencial da responsabilidade civil do agente público face aos prejuízos causados ao erário em contratações declaradas irregulares pelo TCESP

A responsabilidade civil dos agentes públicos quanto aos prejuízos causados ao erário tem uma ampla base legislativa e jurisprudencial no Brasil. O ordenamento jurídico brasileiro prevê a obrigação dos agentes públicos de agirem com probidade e boa-fé ao desempenhar suas funções, de forma a garantir a correta gestão dos recursos públicos.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 37, que "a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência". Além disso, o artigo 85 da CF/88 estabelece a responsabilidade dos agentes públicos pelo dano causado ao erário, ou seja, o dano causado ao patrimônio público.

Já o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP) tem o papel de fiscalizar e julgar as contas públicas dos Estados e Municípios, verificando a regularidade das contratações públicas e apurando responsabilidades quando há irregularidades. A jurisprudência do TCESP tem sido consistente quanto à responsabilidade dos agentes públicos em casos de contratações irregulares, declarando a existência de responsabilidade e impondo sanções administrativas e financeiras.

Em resumo, a responsabilidade civil dos agentes públicos quanto aos prejuízos causados ao erário tem uma sólida base jurídica, sendo prevista na Constituição Federal e reforçada pela jurisprudência do TCESP, que tem o papel de fiscalizar as contas públicas e apurar responsabilidades quando há irregularidades.

1.2 A jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no ano de 2022 relacionada à responsabilidade do agente público que contrata com valor acima do valor de mercado

De maneira geral, o Tribunal de Contas tem como função fiscalizar a gestão financeira e orçamentária dos órgãos públicos estaduais, incluindo a legalidade e a economicidade dos contratos firmados pelo Poder Executivo. Assim, em casos de contratações realizadas com valores acima do mercado, o Tribunal pode apontar irregularidades e responsabilizar o agente público responsável por essa contratação. Além disso, é importante lembrar que essa prática pode configurar crime de prevaricação ou de improbidade administrativa, dependendo das circunstâncias específicas do caso.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP) tem julgado diversos casos relacionados a contratos superfaturados, e suas decisões têm sido de grande importância para a fiscalização da utilização adequada dos recursos públicos no estado.

Em alguns casos, o TCESP julgou contratos superfaturados e determinou a devolução de valores aos cofres públicos, além de aplicar multas e sanções aos responsáveis pelos desvios de recursos.

O Tribunal também tem realizado auditorias e inspeções especiais para investigar denúncias de superfaturamento em contratos e, quando necessário, encaminha informações às autoridades competentes para que sejam tomadas as medidas cabíveis.

Em resumo, o TCESP tem papel fundamental na fiscalização da utilização adequada dos recursos públicos no Estado de São Paulo, e suas decisões relacionadas a contratos superfaturados são importantes para garantir a transparência e a eficiência na gestão dos recursos públicos.

1.3 O acordo de não persecução civil na prática de atos de improbidade administrativa

O acordo de não persecução civil é um instrumento jurídico que permite ao réu em uma ação por atos de improbidade administrativa acordar com o Ministério Público ou a autoridade administrativa competente para não ser perseguido civilmente pelo ato em questão. Em troca, o réu geralmente se compromete a ressarcir o dano causado ao erário ou a realizar outras obrigações, como a devolução de valores indevidamente recebidos ou a prestação de serviços à comunidade.

A ideia por trás do acordo de não persecução civil é a de que ele possa agilizar a resolução de processos envolvendo atos de improbidade administrativa, evitando a necessidade de longos e onerosos julgamentos e proporcionando uma solução mais célere e eficiente para o caso. No entanto, é importante destacar que esse tipo de acordo deve ser feito com cautela e

respeitando todas as normas e princípios legais aplicáveis. Além disso, o acordo deve ser aprovado pelo órgão competente e ser condizente com a lei e com a finalidade de proteção do interesse público.

As sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal, nos casos de celebração de acordo de não persecução civil, terá de seguir os seguintes termos, em síntese:

Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados: (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) (Vide ADI 7042) (Vide ADI 7043)

I - o integral ressarcimento do dano; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 1º A celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo dependerá, cumulativamente: (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

III - de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º Em qualquer caso, a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 3º Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) (Vide ADI 7236)

§ 4º O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 5º As negociações para a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo ocorrerão entre o Ministério Público, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e o seu defensor. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) (Vide ADI 7042) (Vide ADI 7043)

§ 6º O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 7º Em caso de descumprimento do acordo a que se refere o caput deste artigo, o investigado ou o demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) (Vide ADI 7042) (Vide ADI 7043)

A manifestação do Tribunal de Contas competente (§ 3º do art. 17-B), é necessária nesses casos, a fim de obter o valor do dano a ser ressarcido. Os parâmetros indicados pelo

Tribunal de Contas devem ser observados na determinação do valor a ser desembolsado pelo sujeito. Destaca-se que o Tribunal de Contas não participa das negociações relacionadas com o acordo.

Capítulo 2 – A RECENTE ALTERAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O IMPACTO NO ART. 10, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A lei de Improbidade Administrativa é uma norma jurídica que regula condutas consideradas ímprobas por parte de servidores públicos ou particulares que atuem em colaboração com a administração pública. Em relação a recente alteração da lei, o impacto mais relevante é o quanto ao Artigo 10, da Lei de Improbidade Administrativa.

Antes da recente alteração, o Artigo 10 determinava que a perda da função pública era uma das consequências da condenação por improbidade administrativa. Agora, após a alteração, além da perda da função pública, também há a possibilidade de proibição de contratar com a administração pública e de receber incentivos fiscais ou creditícios, além de outras sanções previstas na lei.

Essa alteração teve como objetivo reforçar a efetividade da lei de Improbidade Administrativa, de forma a garantir que as condutas ímprobas tenham consequências reais e eficazes para os responsáveis. Com isso, é esperado que a corrupção seja combatida com mais eficácia e que os servidores públicos fiquem mais atentos ao cumprimento de seus deveres éticos e morais.

Em resumo, a recente alteração da Lei de Improbidade Administrativa e o impacto no Artigo 10, da lei, fortalece a proteção do patrimônio público e a moralidade administrativa, e tem como objetivo garantir a ética e a transparência no exercício do cargo público.

2.1 Histórico da Lei de Improbidade Administrativa

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429 de 1992) é uma lei federal brasileira que tem como objetivo coibir e punir comportamentos lesivos à administração pública, especialmente aqueles relacionados a atos de corrupção. Ela é uma concretização do artigo 37, §4º da Constituição Federal de 1988, que estabelece que a administração pública deve ser exercida com base na legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e que seus servidores são responsáveis por infrações administrativas.

A Lei de Improbidade Administrativa prevê vários tipos de atos de improbidade, tais como enriquecimento ilícito, concussão, prevaricação, entre outros, que devem ser comprovados por meio de elementos subjetivos, como a má-fé ou dolo, por parte do agente. Isso significa que a conduta do servidor deve ser avaliada não apenas pela sua natureza objetiva, mas também pela sua intenção subjetiva de causar dano à administração pública.

O regime jurídico sancionador da Lei de Improbidade Administrativa é rigoroso, pois prevê sanções severas para os servidores que cometerem atos de improbidade, tais como a perda da função pública, a proibição de contratar com a administração pública, a suspensão dos direitos políticos, entre outras. Além disso, a lei também prevê a possibilidade de ressarcimento ao erário, ou seja, o devido pagamento de quantias ao Estado para compensar os prejuízos causados pelo ato de improbidade.

Irene Patrícia Nohara preleciona que o controle da Administração Pública “envolve um conjunto de mecanismos que permitem a vigilância, a orientação e a correção da atuação administrativa quando ela se distancia das regras e dos princípios do ordenamento jurídico”. Assim sendo, o agir administrativo deve ser orientado pelo princípio da juridicidade, cujo conteúdo estabelece a estrita vinculação do administrador público aos elementos estruturantes do sistema jurídico brasileiro, em especial às normas axiológicas de status constitucional - as quais devem irradiar e determinar, por sua vez, o alcance e o sentido de toda a normativa infraconstitucional.

A juridicidade administrativa pode tanto determinar a conjugação direta da normatividade constitucional ao agir administrativo, como pode justificar a atuação administrativa decorrente da vinculação estrita às leis e aos demais instrumentos normativos impositivos do agir da Administração Pública, desde que nos limites formais, procedimentais e substanciais da Constituição.

A Lei de Improbidade Administrativa é uma importante ferramenta para combater a corrupção na administração pública e garantir a ética e a transparência no exercício do poder público.

2.2 A Efetividade da Lei de Improbidade Administrativa

Tendo por finalidade a repressão de atos administrativos que se afastem da juridicidade e moralidade, o Poder Constituinte Originário atribuiu ao legislador infraconstitucional, por intermédio da inserção do art. 37, §4º à Constituição Cidadã, o dever de disciplinar, de maneira específica, os atos de improbidade administrativa. Tratando-se tal dispositivo constitucional de

norma de eficácia limitada, foi editada a Lei nº 8.429 de 2 junho de 1992, que derogou, em seu artigo 25, a Lei nº 3.164/1957 (Lei Pitombo-Godói Ilha) e a Lei nº 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto) - as quais se voltavam, sobretudo, à preservação da probidade, para o fim de coibir e sancionar o enriquecimento ilícito de agentes públicos.

Desse modo, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) configura-se, na ordem jurídica brasileira, como um instrumento de correção e controle da gestão da coisa pública, aprimorando-a e aproximando o administrador público à consecução do interesse público e, via de consequência, da moralidade administrativa. Há de se destacar, entretanto, que os atos ímprobos não implicam, impreterivelmente, na violação da moral administrativa, nem com ela se confundem, haja vista que podem abarcar, também, a transgressão de outras balizas do regime jurídico administrativo (tais como, eficiência, publicidade, honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, dentre outros).

Quanto à problemática a respeito da tipificação aberta das condutas ímprobas, o Ministro (aposentado) do Superior Tribunal de Justiça Gilson Langaro Dipp e o advogado Rafael Araripe Carneiro, lecionam que:

A banalização do conceito de improbidade administrativa é prejudicial à administração pública, por resultar em nuvens de incerteza e suspeitas de desonestidade sobre todos os atos administrativos. E também é prejudicial à própria sociedade, pois se perde o referencial de má-fé dos atos efetivamente ímprobos, em diferença às irregularidades sem gravidade. Improbidade não é qualquer ilegalidade (DIPP e CARNEIRO).

Além disso, a incerteza criada pela banalização do conceito pode desestimular a atuação ética e profissional dos servidores públicos, ao torná-los mais cautelosos e menos propensos a tomar decisões que possam ser interpretadas como impróprias. Isso pode resultar em atrasos no processo decisório, dificultar a implementação de políticas públicas e prejudicar a qualidade dos serviços prestados à população.

Por meio de tal alteração legislativa, realizada em 2018, pretendeu-se instalar, na interpretação da lei, maior proporcionalidade e razoabilidade no que tange à aplicação das sanções. Isto porque, na prática, a mera irregularidade cometida pelo administrador público inábil era equiparada, em sede de sancionamento, à conduta ímproba, delineada pela ausência de boa-fé. Como consequência, condutas enquadradas no mesmo tipo de improbidade administrativa, embora revelassem diferentes graus de culpabilidade do gestor público, recebiam sanções de igual rigor.

A despeito do avanço quanto à possibilidade de aplicação isolada das sanções, a referida alteração legislativa não se revelou suficiente para propiciar um ambiente jurídico

seguro à atuação inovadora e criativa do administrador público de boa-fé. Porquanto, subsiste, ainda, o manejo irresponsável da Lei de Improbidade Administrativa pelos órgãos de controle - o que é agravado pela textura aberta das tipificações dos atos ímprobos e o acentuado rigor da natureza da aplicabilidade das sanções.

2.3 – A alteração e efeitos do art. 28 da Lei nº 13.655/2018 sobre o tipo culposo de improbidade administrativa previsto no art. 10 da Lei nº 8.429/1992

O artigo 28 da Lei nº 13.655/2018 alterou o tipo culposo de improbidade administrativa previsto no artigo 10 da Lei nº 8.429/1992.

Antes da alteração, o tipo culposo de improbidade administrativa exigia que o agente público agisse com negligência, imprudência ou imperícia na gestão dos interesses públicos. A partir da alteração promovida pela Lei nº 13.655/2018, o tipo culposo passou a exigir ainda que o agente tenha agido com dolo eventual, ou seja, que tenha conscientemente correr o risco de causar prejuízo ao erário.

Com isso, a Lei nº 13.655/2018 ampliou o escopo do tipo culposo de improbidade administrativa, incluindo agora casos em que o agente tinha consciência do risco de causar prejuízo, mas decidiu correr o risco de qualquer maneira.

Além disso, a lei prevê a possibilidade de responsabilização solidária dos agentes públicos envolvidos na prática de atos ímprobos, o que significa que cada um deles pode ser responsabilizado individualmente pelos danos causados ao erário.

Em suma, a alteração promovida pelo artigo 28 da Lei nº 13.655/2018 ampliou o escopo do tipo culposo de improbidade administrativa e tornou mais rigorosa a responsabilização dos agentes públicos por atos ímprobos.

O artigo 10 da Lei nº 8.429/1992, conforme visto no tópico anterior, é o único ato de improbidade passível de ser caracterizado mediante a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência e imperícia). A respeito de tal previsão legal, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta ser uma possível falha do legislador a diferença de tratativa entre as condutas ímprobos descritas nos artigos 9º e 11 da LIA e no artigo 10 do mesmo diploma legal, haja vista que inexistente justificativa plausível para tratar o ato lesivo ao erário de forma dissonante das demais modalidades ímprobos.

A partir de tal perspectiva legal, em razão da previsão expressa do elemento subjetivo de culpa, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou, ao longo do tempo, no sentido de que os atos imprudentes, imperitos ou negligentes poderiam ser somente

enquadrados na LIA na modalidade de lesão ao patrimônio público. Com isso, no art. 10 da Lei nº 8.429/1992, o elemento subjetivo passou a ser aferido e aplicado no campo da culpabilidade, com o fim de delimitar parâmetros de dosagem das sanções a serem aplicadas ao agente público (e eventualmente, ao particular).

Dito de outro modo, o dolo e a culpa teriam pertinência exclusivamente quando da fixação das sanções previstas na LIA, porquanto - por uma questão de proporcionalidade e extensão do dano causado (parágrafo único, art. 12 da LIA) - aquele que age imbuído de dolo deve ser punido de forma mais severa do que aquele que age com culpa. Igualmente, sob esta mesma lógica, os graus de culpa (levíssima, leve ou grave) estariam restritos à valoração das penalidades aplicáveis, uma vez que bastaria a aferição de qualquer um para a tipificação do ato ímprobo de lesão ao erário.

Capítulo 3 - A (in)efetividade do ressarcimento ao erário

De início, ressaltamos que até chegar ao estágio final, sendo o ressarcimento ao erário, é necessário percorrer três fases: fase investigativa, o processo administrativo e a fase do processo judicial. Ocorre que não é possível identificar, de fato, em qual fase está apresentando lentidão, pois em cada uma as demandas apresentam inúmeros problemas, de diferentes graus de complexidade, e o conjunto dessas situações impedem a efetividade processual, além da celeridade da demanda (TAVARES, 2019).

Mas podemos afirmar que a quantidade de fases não é o problema para eficácia do ressarcimento, configurando-se apenas como peculiaridades processuais de suma importância que precisam ser seguidas. Ao tentar violá-las estaríamos afetando direitos fundamentais, como: a dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, bem como contrariando a ordem jurídica (SILVA, 2020).

Na visão do autor Pazzaglini Filho (2018, p. 172), é válido mencionar que “a condenação à reparação do dano não pode ser compreendida como aplicação de sanção, uma vez que está relacionada apenas com a responsabilização patrimonial”. Ou seja, tampouco podemos confundir com a espécie de sanção multa civil, elencada no art. 12, da Lei nº 8.429/92. Desta forma, por mais que as duas possuam reflexos patrimoniais, o ressarcimento aos cofres públicos não se sucede de atividades sancionatórias e destitui-se de uma ação ímproba administrativa, podendo ser alcançada por outras vias, seja judicial ou extrajudicial.

3.1 RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DO ESTADO PELOS ATOS DE SEUS AGENTES EM FACE DA IMPROBIDADE

Para abirmos o tópico sobre a responsabilidade objetiva do Estado, é imprescindível abordarmos a teoria do risco integral, que é uma corrente teórica do direito administrativo que tem como objetivo proteger a Administração Pública de possíveis riscos envolvidos na tomada de decisões. De acordo com essa teoria, a Administração Pública deve suportar todos os riscos inerentes às suas decisões e ações, independentemente de serem positivos ou negativos.

A teoria do risco integral se aplica a diversas situações no direito administrativo, como por exemplo, na contratação de serviços, na realização de obras públicas, na concessão de licenças e autorizações, entre outros. De acordo com essa teoria, a Administração Pública é responsável por todas as consequências advindas de suas ações, inclusive as econômicas, e não pode transferir o risco para outras pessoas ou instituições.

A teoria do risco integral é importante porque incentiva a Administração Pública a agir com prudência e responsabilidade na tomada de decisões, evitando possíveis prejuízos aos cofres públicos e aos interesses da sociedade. Além disso, essa teoria também contribui para o fortalecimento da transparência e da eficiência na administração pública.

Várias são as teorias que buscam explicar de modo sucinto o fundamento da responsabilidade objetiva do Estado, entre elas também encontramos a teoria do risco administrativo, defendida pela corrente majoritária da doutrina como a adotada pelo nosso ordenamento, sobre a qual Sílvio Venosa esclarece que

[...] surge a obrigação de indenizar o dano, como decorrência tão só do ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige falta do serviço, nem culpa dos agentes. Na culpa administrativa exige-se a falta do serviço, enquanto no risco administrativo é suficiente o mero fato do serviço. A demonstração da culpa da vítima exclui a responsabilidade civil da Administração. A culpa concorrente, do agente e do particular, autoriza uma indenização mitigada ou proporcional ao grau de culpa.

Todas Às teorias, partindo desse pressuposto, confluem à reafirmação da responsabilização objetiva, o que, à primeira vista, exclui o vínculo pessoal entre o cidadão lesado e o agente público que deu causa ao dano, reservando-se à administração a possibilidade de aplicação da sanção disciplinar cabível.

Com o necessário recorte do § 6º do art. 37 da CF/88, o qual, de modo amplo, atribui a responsabilidade objetiva não apenas à administração direta e indireta, mas também aos delegatários do serviço público, ressalvamos a aplicabilidade da responsabilização objetiva nos

casos em que o agente público é assim considerado nos termos da Lei de Improbidade Administrativa, ou seja, aqueles que mantêm vínculo com entidades da:

[...] administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Nos atos de improbidade que importam em lesão ao Erário e que, de alguma forma, prejudicam o terceiro usuário do serviço público, de maneira individual ou coletiva, a busca pela reparação é dada junto à administração, e não ao agente. Exemplificando de modo objetivo, se o agente público responsável pela manutenção de equipamentos hospitalares, em razão de sua função, der ao maquinário destino diverso àquele legalmente estabelecido, alienando-os a particulares, e se, em virtude da ausência de tais equipamentos, o usuário do serviço vier a ter sua situação, já periclitante, agravada, ou até mesmo a falecer, o agente, que com sua conduta concorreu para o resultado lesivo, não será responsabilizado.

3.2 DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE PARA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A lei 8.112/90, que trata sobre o regime jurídico dos servidores públicos federais, em seus Capítulos IV e V, traz as hipóteses de responsabilização e suas penalidades, dos quais se extraem os seguintes artigos:

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

[...]

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

[...]

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

[...]

Art. 127. São penalidades disciplinares: I - advertência;

II - suspensão; III - demissão;

IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade; V - destituição de cargo em comissão;

VI - destituição de função comissionada.

Percebe-se, de pronto, aquilo que já foi retroafirmado, que a responsabilização administrativa não exclui a cumulação da responsabilidade civil e/ou penal oportunamente

cabíveis. Bem como na ocorrência de prejuízo ao Erário ou a terceiro (hipótese em que a administração responderá de forma objetiva), deve a Fazenda Pública buscar a efetiva reparação junto ao agente que o deu causa. Quanto às penalidades, estas deverão obedecer ao princípio da razoabilidade, buscando equilibrar a extensão do dano ocasionado com a cominação da sanção a ser aplicada, tendo como máxima a demissão do quadro administrativo.

Essa lei, embora de aplicabilidade na esfera federal, seguindo o padrão constitucional de que a União legislará sobre normas gerais, é replicada quase que na literalidade pelos estados membros. No estado de Pernambuco, por exemplo, sob a égide da Lei 6.123/6826, temos as hipóteses de responsabilização e punição dos agentes públicos nos seguintes dispositivos:

Art. 195. Pelo exercício irregular de suas atribuições, o funcionário responde civil, penal e administrativamente.

Art. 196. A responsabilidade civil decorre de procedimento doloso ou culposo, que importe em prejuízo à Fazenda Estadual ou a terceiros.

[...]

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiro responderá o funcionário perante a Fazenda Estadual em ação regressiva proposta após transitar em julgado a decisão que a houver condenado a indenizar o terceiro.

[...]

Tais instrumentos legais têm previsão expressa da possibilidade de imputação de responsabilização do prejuízo a partir da comprovada culpa do agente; ou seja, nos casos em que este incorrer em negligência, imperícia ou imprudência. Essa faculdade administrativa é também encontrada na LIA, mais especificamente no art. 10, não havendo qualquer menção de responsabilização por culpa nos artigos que tratam sobre os atos de improbidade que importam em violação dos princípios administrativos ou em enriquecimento ilícito. Daí, logo se extrai que a culpa só é punível quando o ato do agente gerar prejuízo à Fazenda Pública, ressalvando o fato já anteriormente mencionado de que essa culpa não pode advir de uma conduta lícita e recomendada, não se devendo incidir em erro ao assemelharmos a conduta manifestamente ilegal com uma conduta necessariamente ilícita.

Não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência dominante no STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos culposa, nas do artigo 10.

Não obstante a qualquer sanção administrativa, consequência última de um procedimento no qual deve-se assegurar a garantia à ampla defesa e ao contraditório, o agente encontra-se incurso à LIA, cuja ação de improbidade surge de modo autônomo e desvinculada

do procedimento administrativo. Por se tratar do exercício do jus puniendi do Estado, e não meramente do poder disciplinar da Administração, suas sanções têm repercussão que transcendem a esfera administrativa e reverberam na vida social do agente transgressor, interferindo em certo grau na sua atuação na sociedade civil. É o que facilmente se extrai da leitura do art. 12, II da referida lei.

3.3 Ressarcimento integral do dano

A primeira hipótese prevista no rol do inciso II do art. 12 da LIA trata da possibilidade de ressarcimento integral do dano. Justamente esta se encontra excetuada do art. 37, § 5º da CF/88, no que tange à prescritibilidade de sua ação, inferindo-se de uma exegese literal que a Fazenda Pública poderá, a qualquer tempo, buscar reaver o prejuízo sofrido em face da improbidade, ressaltando a hipótese de prescrição quinquenal quando o prejuízo decorrer de ilícito civil, como anteriormente mencionado.

Tal sanção não apresenta necessariamente uma punição, uma vez que visa apenas a restituir a coisa pública à integralidade, retornando ao seu *status quo*³⁶. Sua natureza é meramente civil, “visto que a mesma seria cabível, ainda que não prevista na Constituição, haja vista que a norma também se repete no art. 186 do Código Civil”³⁷, e sua aplicabilidade pressupõe: a) a ação ou omissão do agente, residindo o elemento volitivo no dolo ou na culpa; b) o dano; c) a relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano ocorrido; d) que a conduta do agente, lícita (ex.: agente que age em estado de necessidade) ou ilícita, surja o dever jurídico de reparar.

Frise-se aqui a possibilidade dos herdeiros responderem pelo ressarcimento no limite do quinhão recebido.

CONCLUSÃO

No presente estudo acadêmico, abordamos sobre a criação do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, seu contexto histórico legislativo e jurisprudencial. Analisamos as decisões atuais do tribunal no quesito de responsabilidade civil do agente público face aos prejuízos causados ao erário em contratações declaradas irregulares.

Abordamos a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no ano de 2022 relacionada à responsabilidade do agente público que contrata com valor acima do valor de mercado.

Aprofundamentos sobre o acordo de não persecução civil na prática de atos de improbidade administrativa e a atuação do Tribunal de Contas do que consiste às análises de ressarcimento do dano, ao quantum deverá ser devolvido aos cofres públicos para fechamento do acordo.

Trouxemos a recente alteração da lei de improbidade administrativa e o impacto no art. 10, da LIA, o histórico da lei de improbidade administrativa, a efetividade da lei de improbidade Administrativa, bem como a alteração e efeitos do art. 28 da Lei nº 13.655/2018 sobre o tipo culposo de improbidade administrativa previsto no art. 10 da Lei nº 8.429/1992.

Questionamento sobre a (in)efetividade do ressarcimento ao erário, no que consiste a responsabilização objetiva do estado pelos atos de seus agentes em face da improbidade, da responsabilidade do agente para com a administração pública e por fim, o ressarcimento integral do dano.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008. P. 142. Citado por CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. CATARINO, João Ricardo. A Constitucionalização do Direito Administrativo e a juridicidade administrativa: Um estudo sobre o caso Brasileiro e Português. Revista Jurídica Portucalense. N.º 17. Volume 2. 2015. P. 99.

BRASIL. **Lei 8429 de 02 de junho de 1992**, Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em:
< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm> Acesso em 12/02/2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 12/02/2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 899-900.

DIPP, Gilson. CARNEIRO, Rafael Araripe. **Banalização do conceito de improbidade administrativa é prejudicial a todos**. Revista Consultor Jurídico, 19 de março de 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mar-19/banalizacao-conceito-improbidade-prejudicial-todos>. Acesso em 12/02/2023.

ESTADO DE SÃO PAULO, **Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Lei Complementar nº 709/1993**, Disponível em <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/1993/lei.complementar-709-14.01.1993.html>> Acesso em 12/02/2023.

FILHO, José dos Santos Carvalho (**informação verbal**). Disponível em <http://instituto-brasileiro-de-direito-administrativo.rds.land/jose-dos-santos-carvalho-filho>. Acesso em 12/02/2023.

GRUDZIEN, Grazielle, Maria Isabelle de Carvalho APPEL, Daniel MÜLLER MARTINS. **O art. 28 da lei de introdução às normas do direito brasileiro como uma necessária releitura do art. 10 da lei de improbidade administrativa**. Revista Direito FAE. EDU. Fls. 107/141.

LIMA, LETÍCIA BRANDÃO, **Atos de improbidade administrativa e dano efetivo ao erário: uma análise à luz do art. 10 da lei de improbidade administrativa (lei nº 8.429/92)**. São Luís - MA 2021. Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Os vinte anos da Lei de Improbidade Administrativa**. Revista Consultor Jurídico, 06 de dezembro de 2012. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-dez-06/mauro-mattos-vinte-anos-lei-improbidade-administrativa>. Acesso em 12/02/2023.

NOHARA, Irene **Patrícia. Controle da Administração Pública**. Publicado em 01/11/2019. Disponível em <<https://direitoadm.com.br/controle-da-administracao-publica/>> Acesso em 12/02/2023.

PORTO, Heloisa Rocha. EBERHARDT, Marcos. **A possível banalização da Lei de Improbidade Administrativa**. Revista PUCRS. P. 02. Em sentido contrário: GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. Editora Saraiva. 9ª edição, 2017. p. 291-296.

SILVA, José Lucas dos Santos. **Dano reflexo nos atos de improbidade que importam em lesão ao erário. 2017**. Disponível em: <http://repositorio.asc.es.edu.br/handle/123456789/880>. Acesso em 12/02/2023

TAVARES, Ana Carolina Meirelles. **Imprescritibilidade como mecanismo de garantia do ressarcimento ao erário**. 2019. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/11142/1/ACMTavares.pdf>. Acesso em 12/02/2023.