



Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo de Almeida Neves”

ANDRÉ PEDRO DOS SANTOS

**A APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA NOS DANOS CAUSADOS À
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA DEMONSTRAÇÃO
SEGUNDO ENTENDIMENTO RECENTE DO STJ**

São João del-Rei

2015

ANDRÉ PEDRO DOS SANTOS

**A APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA NOS DANOS CAUSADOS À
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA DEMONSTRAÇÃO
SEGUNDO ENTENDIMENTO RECENTE DO STJ**

Monografia apresentada ao curso de
Direito do Instituto de Ensino Superior
Presidente Tancredo de Almeida Neves –
IPTAN – como requisito parcial à
obtenção do título de graduado, sob a
orientação da prof^a. Esp. Raquel Maria
Vieira Braga.

São João del-Rei

2015

ANDRÉ PEDRO DOS SANTOS

**A APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA NOS DANOS CAUSADOS À
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA DEMONSTRAÇÃO
SEGUNDO ENTENDIMENTO RECENTE DO STJ**

Monografia apresentada ao curso de
Direito do Instituto de Ensino Superior
Presidente Tancredo de Almeida Neves –
IPTAN – como requisito parcial à
obtenção do título de graduado em
Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^a. Esp. RAQUEL MARIA VIEIRA BRAGA (Orientadora)

Prof^a. Dra. CARLA LEILA OLIVEIRA CAMPOS

Prof. Mestre CIRO DI BENATTI GALVÃO

Dedico esta monografia a Deus pela força e coragem durante essa caminhada.
A minha família pela fé e confiança demonstrada.
À minha orientadora pela colaboração e apoio constante na construção deste estudo.
Enfim a todos que de alguma forma tornaram este caminho mais fácil de ser percorrido.

AGRADECIMENTOS

A Deus pela oportunidade de realizar este trabalho.

A minha família pelo incentivo e colaboração, principalmente nos momentos de dificuldade.

A minha irmã por estar ao meu lado em todos os momentos.

A minha orientadora pela disposição em ajudar sempre.

Aos meus colegas pelas palavras amigas nos momentos difíceis e principalmente por estarem comigo nessa caminhada, tornando-a mais fácil e agradável.

RESUMO

Há, no Direito Administrativo, uma discussão acerca da efetiva ocorrência do dano especificamente na Lei 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa, e há, no Superior Tribunal de Justiça, um entendimento sobre o dano presumido. Considerando essa percepção, objetivamos, neste trabalho, investigar, na Lei de Improbidade Administrativa, alguns princípios norteadores existentes, as sanções aplicáveis, os sujeitos e o recente entendimento do STJ no que se refere ao dano causado ao erário. Em um primeiro momento, será abordado o contexto histórico da Lei de Improbidade Administrativa, seus princípios fundamentais. Posteriormente, estudaremos os sujeitos passivo e ativo da Lei 8.429/1992; no mesmo capítulo verificaremos os atos causadores da Improbidade Administrativa, tipificados em três grupos e, dando continuidade ao trabalho, analisaremos as sanções aplicáveis ao agente que pratica ato ímprobo. Por fim, verificaremos o efetivo prejuízo ao erário, caso que está disposto no artigo 10 da referida lei, demonstrando a improbidade na modalidade culposa. Será abordado também, o recente entendimento do STJ no que se refere ao dano presumido. Dessas análises, busca-se concluir, principalmente, que há uma divergência na Lei de Improbidade Administrativa, presente no seu artigo 10 que exige o prejuízo ao erário para a configuração do dano, ao passo que no artigo 21, I, há uma exceção que fala que o dano independe de demonstração do dano causado, divergências estas que já estão sendo entendidas pelo STJ como necessidade de concretude e materialidade do dano para a configuração do ato.

Palavras-chave: improbidade administrativa; lei 8.429/1992; efetiva ocorrência do dano; dano presumido; recente entendimento do STJ.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1. DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	09
1.1 Contexto histórico da Lei de Improbidade Administrativa.....	09
1.2 Dos princípios fundamentais da Administração Pública.....	11
1.2.1 Do princípio da legalidade.....	12
1.2.2 Do princípio da moralidade.....	14
2. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	17
2.1 Dos sujeitos do ato de Improbidade Administrativa.....	17
2.1.1 Do sujeito passivo.....	17
2.1.2 Do sujeito ativo.....	19
2.2 Dos atos que ensejam a Improbidade Administrativa.....	21
2.3 Sanções aplicáveis nos atos de Improbidade Administrativa.....	22
3. O EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO PARA A CONFIGURAÇÃO DO ARTIGO 10 DA LEI 8.429/1992.....	27
3.1 A modalidade culposa na Lei de Improbidade Administrativa.....	31
3.2 A divergência existente entre os artigos 10 e 21 da Lei de Improbidade Administrativa.....	31
3.3 Recente entendimento da Jurisprudência sobre o dano presumido.....	35
3.4 Uma análise do dano presumido e seu entendimento segundo posição do STJ.....	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	39
REFERÊNCIAS.....	41

INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho, intitulado “A aplicação da Lei de Improbidade Administrativa nos danos causados à Administração Pública e sua demonstração segundo entendimento recente do STJ”, é fazer um estudo sobre a Lei 8.429/1992, especificamente em seu artigo 10 que trata da modalidade culposa e sobre o recente entendimento do STJ e seu posicionamento a respeito do dano presumido contra a Administração pública em razão do ato de improbidade administrativa.

Para melhor compreensão do tema, serão utilizados os ensinamentos de grandes autores do direito Administrativo como Fábio Medina Osório, José dos Santos Carvalho Filho, Emerson Garcia, Celso Antônio Bandeira de Melo e Maria Sylvia Zanella Di Pietro e, ainda, algumas decisões do STJ e demais tribunais para a fundamentação do tema proposto.

O presente trabalho utilizou, em sua metodologia, de fontes primárias como a jurisprudência e legislações e fontes secundárias diretas, no caso, doutrinas e artigos científicos.

Assim, busca-se tentar resolver o que está expresso no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, o qual exige o efetivo prejuízo ao erário e, ao mesmo tempo, o que dispõe no artigo 21, I, onde há uma exceção que aborda a independência da demonstração do dano para a configuração do ato de improbidade.

Para apresentar o resultado de nossas discussões, o trabalho foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, foi apresentado um contexto histórico da Lei de Improbidade administrativa que já vem sendo tratado nas Constituições Federais anteriores e pela atual Constituição em seu artigo 37, § 4º, e ainda sobre o nascimento da Lei 8.429/1992, relatando que foi gerada em um conturbado momento da história política brasileira através do projeto de lei nº 1.446/1991, elaborado pelo então Presidente da República Fernando Collor, com o intuito de acabar com a corrupção que já afetava o Brasil naquela época.

Apresentou-se, também, alguns dos princípios fundamentais da Administração Pública sendo eles normas fundamentais que servem como base do ordenamento jurídico.

No segundo capítulo, discorre-se sobre os sujeitos do ato ímprobo, versando, respectivamente, sobre os sujeitos: a) passivos: pessoa jurídica de direito público interno (como a União, Estados, Municípios, Território, Distrito Federal e Autarquias), e até mesmo a pessoa jurídica de direito privado, (sendo elas as Empresas Públicas, Sociedade de Economia Mista), empresas com envolvimento de capitais públicos e, ainda, aquelas empresas ou entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de origem pública e aquelas para cuja criação ou custeio o erário participa e b) sujeitos ativos: aqueles que participam ou concorrem para a prática do ato de improbidade, ou seja, o agente público e o terceiro que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato ímprobo, ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Elenca-se, ainda, os atos que ensejam a Improbidade Administrativa dividido em três grupos, a saber: o ato que importe em enriquecimento ilícito presente no artigo 9º, o que cause prejuízo ao erário (disposto no artigo 10) e o que atente contra princípios da administração pública, disposto no artigo 11 da lei.

Ainda no segundo capítulo, são apresentadas as sanções aplicáveis aos atos de Improbidade Administrativa. Quais sejam: ressarcimento integral do dano e perda dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio; perda da função pública; suspensão de direitos políticos; pagamento de multa civil e proibição de contratar com a administração pública e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

No terceiro capítulo, será exposta a improbidade na modalidade culposa, caso que só ocorre se houver a efetiva ocorrência do dano. Demonstraremos, ainda, o entendimento do STJ no que se refere ao dano presumido.

A previsão do artigo 10 da lei exige o prejuízo ao erário ao passo que no artigo 21, I, há uma exceção que fala que independe da demonstração do dano causado para se configurar ato de improbidade administrativa descrita nos artigos 9º, e 11 da lei 8.429/1992. Diante disso, o STJ exige a comprovação do elemento subjetivo, sendo que para sua configuração é necessário a verificação clara do elemento subjetivo da conduta do agente causador do dano.

1. DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O presente capítulo se insere no âmbito do Direito Administrativo, especificamente na Lei de Improbidade Administrativa. Busca-se analisar a referida lei, os princípios da legalidade e da moralidade, a tipologia dos atos que ensejam a improbidade administrativa e as sanções impostas por ela para especificamente cuidarmos do recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça STJ de que a aplicação da sanção de ressarcimento ao erário independe da efetiva comprovação da ocorrência do dano.

1.1 Contexto histórico da lei de improbidade administrativa

Importante relatar, inicialmente, que o ato de improbidade administrativa já vinha sendo tratado nas Constituições Federais anteriores. Fábio Medina Osório descreve em seu artigo “Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa” que:

Todas as Constituições brasileiras republicanas contemplaram a improbidade como crime de responsabilidade do presidente da república e dos altos mandatários da nação (1891, art. 54, 6; 1934, art. 57, f; 1937, art. 85, d; 1946, art. 89, V; 1967, art. 84, V; EC 01/1969, art. 82, V; 1988, art. 85, V) (OSÓRIO, 2015).

Na atual Constituição Federal o tema é tratado no artigo 37 §4º o qual estabeleceu que:

§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 prevista em lei, sem prejuízo da ação penal.

Visando regulamentar tal dispositivo é que foi editada a Lei 8.429 de 1992, Lei de Improbidade Administrativa.

Tal lei foi gerada em um conturbado momento da história da política brasileira, através do projeto de lei nº 1.446/91, enviada à Câmara dos Deputados pelo então Presidente da República Fernando Collor de Mello. Nascia a lei 8.429/92 – Lei de

Improbidade Administrativa. O intuito da criação dessa lei era dá um basta nas denúncias de corrupção que envolvia membros dos mais altos cargos da administração pública, um grave problema que já afetava o Brasil desde essa época.

Tratando-se de um assunto que até nos dias atuais aflige o país, a lei de improbidade administrativa visa impor sanções à imoralidade pela falta de probidade dos agentes públicos, nos seus atos de desinteresse e maus tratos com os bens públicos que pertence à coletividade. Segundo entendimento de Carvalho Filho (2014, p.1166):

Ação de Improbidade Administrativa é aquela em que se pretende o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa. Sem dúvida, cuida-se de poderoso instrumento de controle judicial sobre atos que a lei caracteriza como improbidade.

Verifica-se a partir do entendimento de Carvalho Filho, a importância da criação e preservação dessa lei e seus princípios. Na perspectiva do advogado e professor Fábio Medina Osório:

Inegavelmente, a Lei 8.429/92 constitui uma das grandes conquistas da sociedade brasileira. Seu principal protagonista, desde o nascedouro, tem sido o Ministério Público, que detém poderes investigatórios e é seguramente quem com maior frequência tem ocupado o polo ativo dessas ações. (OSÓRIO, 2015)

Severas são as consequências trazidas pelo infrator dessa lei ao agente público ímprobo, quais sejam: suspensão, perda, indisponibilidade e ressarcimento.

O que se relata é que tal lei não se preocupou em definir exatamente a improbidade administrativa, enumerando, apenas, os atos de improbidade em seus artigos 9º, 10 e 11. Dessa forma, necessário se faz um manejo cuidadoso em ações que versem sobre o assunto de ilícitos funcionais, sem deixar que o intérprete da lei possa usá-la para aqueles que não agiram de má-fé e que não causou mal algum à coisa pública, confundidos com os tipos previstos na presente lei, tais como enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e violação aos princípios existentes.

Nesse sentido, como iremos demonstrar no próximo capítulo, a Lei de Improbidade Administrativa é estruturada em cinco partes a fim de buscar a aplicação dessas sanções ao agente que praticou a improbidade.

Dessa forma, antes de adentrarmos no tema cerne deste trabalho, imperioso explicitar sobre alguns princípios da administração pública os quais a Lei de Improbidade Administrativa visa proteger.

1.2 Dos princípios fundamentais da Administração Pública

Princípios são normas fundamentais que consolidam um sistema, a base do ordenamento jurídico e que garantem a validade no agir da administração pública, especificamente para o assunto do presente trabalho. Garcia e Alves (2014, p. 91), ao adentrarem na seara conceitual dos princípios regentes da probidade esclarecem:

[...] os princípios, em essência, são proposições básicas, verdadeiros alicerces do sistema jurídico, sendo utilizados para limitar e direcionar sua aplicação. Podem ser explícitos ou implícitos, conforme estejam expressamente previstos no direito positivo ou dele sejam extraídos com a utilização de um processo hermenêutico, o que permitirá que sejam densificados e aplicados pelo intérprete. (2014, p. 91)

Portanto, entende-se que princípio se constitui como um alicerce fundamental para uma compreensão exata e inteligente do sistema normativo, conferindo-lhe força e exatidão em sua aplicação.

A partir das ideias citadas, é possível afirmar que os princípios são normas elementares e ao mesmo tempo, fundamentos primitivos de determinados conceitos que servem de base para a aplicação do direito.

Dessa forma, o administrador deve estar sempre atento à obediência de todos os princípios que regem o ordenamento jurídico, especificamente aqueles que podem ser encontrados no artigo 37, da Carta Magna, que dispõe:

Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios de *legalidade*, impessoalidade, *moralidade*, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (Grifos nossos).

Segundo Carvalho Filho (2014, p. 1167), esses são os princípios constitucionais que orientam o administrador público, devendo ele não se afastar da compreensão dos mesmos, viabilizando, assim, um respeito a eles, evitando que possam ser violados e invalidados, podendo se submeter às sanções administrativas, penais e civis, pelo ato de improbidade administrativa.

Oportuno se faz, um relato sobre os fundamentais princípios que norteiam a Administração Pública, vale dizer que no presente trabalho, faremos menção apenas dois desses princípios: princípio da moralidade e o princípio da legalidade, entendido hoje como princípio da juridicidade.

1.2.1 Do princípio da legalidade

Conforme entendimento, legalidade significa obediência à lei, essencial para a configuração do regime jurídico-administrativo. Impõe, dessa forma, tanto ao administrador da res pública, como também, a qualquer servidor público, a submissão à lei, devendo estes agir em conformidade não só com a lei, mas também com a moral, a ética e o interesse público.

Não cabem na administração pública liberdades e vontades particulares, mas, sim, um pensamento voltado ao bem comum, aos interesses públicos, devendo sempre obedecer àquilo que a lei impõe, agindo segundo a lei. Ao passo que nas relações particulares é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só se permite fazer o que a lei autoriza. A lei sempre vai definir como e quando o administrador público deve agir.

Necessário se faz um entendimento do Princípio da legalidade, pois se trata de um princípio que configura o regime jurídico-administrativo, devendo ser tratado com elevado respeito e obediência, como o doutrinador Bandeira de Mello (2014, p. 102) reproduz em sua obra:

Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que qualifica e que lhe dá a identidade própria (2014, p. 102).

Como se pode observar, este princípio se torna necessário para a identificação do Estado, uma forma de submeter à lei, devendo a administração pública agir em conformidade com a legalidade.

Continuando na análise da obra de Bandeira de Mello (2014, p.103).

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução política de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismo, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.

O princípio da legalidade nos remete à ideia de uma sociedade organizada e até mesmo submissa a um ordenamento jurídico que orienta os cidadãos, devendo tão somente obedecê-las, cumpri-las e pô-las em prática. Neste caso, se destaca a participação dos governantes, os quais têm uma ligação direta com a aplicação e elaboração dessas leis, pois são eles representantes da população. Do Presidente da república até o mais modesto servidor público devem ser cumpridores das disposições gerais, cumprindo o que realmente lhes compete no âmbito do Direito brasileiro.

Assim, cabe ressaltar que, além de estruturar o estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade vem expressamente destacado em alguns dispositivos da Constituição federal de 1988, especificadamente nos artigos 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, dispositivos estes que não dão brechas ao Executivo para a violação do princípio em apressado.

Nos moldes do artigo 5º, II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Percebe-se no que diz neste inciso a liberdade que a Constituição oferece ao cidadão. Já na administração pública o agente só pode praticar algo que está previsto em lei.

O artigo 37 fez uma menção ao comportamento da administração pública, frente ao princípio em discussão: “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 [...]”. Portanto, a administração pública da União e dos entes federativos, em suas atividades, deverá sempre concretizar aquilo que a lei propõe.

Para completar o seguimento de artigos constitucionais que tratam do princípio da legalidade, examinemos o artigo 84, IV da Carta Magna, que diz: “Compete privativamente ao Presidente da república: sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução; ”. De acordo com o que se relata, mesmos os atos que são facilmente percebidos pelo Chefe do executivo ensejam uma obediência à lei.

Cabe ressaltar, no entanto, segundo o renomado e mestre Bandeira de Mello (2014, p. 108) que: “O princípio da legalidade no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”, demonstrando que no que tange ao Direito Público a liberdade de atuação só ocorre nos limites do Direito, inclusive todos os princípios, já que são normas jurídicas como poder imperativo e vinculante.

Cumprе salientar que atualmente a doutrina vem reiteradamente estudando o princípio da legalidade com um conceito mais amplo. Dessa forma, legalidade significaria juridicidade, que é a compatibilidade do ato não apenas com a lei, ou seja, regra no sentido estrito. Segundo a doutrina moderna, os atos devem estar de acordo não apenas com a regra, mas também com os princípios constitucionais. Em suma, a juridicidade engloba as regras e princípios.

1.2.2 Do princípio da moralidade

É na égide da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37 que a moralidade, princípio constitucional básico e autônomo, ganhou força.

Na definição de Di Pietro (2011, p. 899),

A inclusão do princípio da moralidade administrativa entre os princípios constitucionais impostos à Administração é bem mais recente, porque ocorreu apenas com a Constituição de 1988. Vale dizer que, nessa Constituição, quando se quis mencionar o princípio, falou-se em moralidade (art. 37, *caput*) e, no mesmo dispositivo, quando se quis mencionar a lesão à moralidade administrativa, falou-se em improbidade (art. 37, § 4º); do mesmo modo a lesão à moralidade administrativa a lesão à probidade administrativa aparece como ato ilícito no art. 85, V, entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República, e como causa de perda ou suspensão dos direitos políticos no art. 15, V.

Entretanto, o administrador público deve atender os ditames da conduta ética, agindo com boa-fé e lealdade, mantendo a organização interna da administração pública.

Para Bandeira de Mello (2014, p. 122), a administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição.

Necessário era a concretização deste princípio da moralidade administrativa devido à preocupação com o andamento da administração pública, no combate à falta de ética e os atos de corrupção pelos administradores. Conforme Pazzaglini Filho (2003, p. 29), “constitucionalizou-se, dessa forma, o direito público subjetivo de todo cidadão ao tratamento moral da coisa pública”.

Segundo Bandeira de Mello (2014, p. 123), o princípio da moralidade “significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria.” O administrador deve, ao agir, pautar sua conduta na lei e ainda, nos padrões éticos, analisando os critérios de conveniência e oportunidade e, principalmente, discernindo o correto do errado, o honesto do desonesto. Portanto, o princípio da moralidade está associado à ideia do bom administrador, aplicador das leis e dos princípios éticos.

Portanto, o administrador público bem como toda a categoria de servidores públicos, no seu desempenho das atividades administrativas de sua competência, tem o dever e obrigação de se pautar pela moralidade, tendo como reflexo a ética, a lealdade e o zelo com a coisa pública. Configura atos de Improbidade Administrativa ao agente público que violar o princípio da moralidade, previsto no § 4º do art. 37 da Magna Carta, que ensejam sanções políticas, administrativa, civis e penais.

No artigo 5º, LXXIII da Constituição, acha-se ainda outra proteção ao princípio da moralidade, prevendo o cabimento de ação popular para anulação de “ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio (...)”. Cabe apontar ainda a Ação Civil Pública prevista no artigo 129, III da Constituição Federal, como instrumento do Ministério Público para a proteção da moralidade.

Neste primeiro capítulo tratamos do assunto Improbidade Administrativa, do seu contexto histórico na política brasileira também dos princípios fundamentais da

lei de improbidade administrativa, tais como o princípio da moralidade e o princípio da legalidade.

No segundo capítulo passaremos a tratar da estrutura da Lei de Improbidade, destacando as sanções, principalmente a sanção de ressarcimento ao erário o qual, em tese, depende da efetiva ocorrência do dano.

2. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Neste capítulo pretendemos discorrer sobre os sujeitos do ato ímprobo, aos que implicam improbidade administrativa, bem como as sanções nos casos de infração de improbidade.

2.1 Dos sujeitos do ato de improbidade administrativa

A Lei 8.429/92 trata dos sujeitos dos atos de improbidade em seus artigos iniciais, versando respectivamente, sobre os sujeitos passivos e sujeitos ativos.

No entanto, cabe ressaltar a distinção entre os sujeitos mencionados no dispositivo legal para que possa ser determinado o alcance da aludida lei.

2.1.1 Do Sujeito Passivo

Necessário se faz ao presente trabalho, identificar, de início, alguns pontos acerca dos sujeitos passivos da lei de improbidade administrativa.

A presente lei tem por objetivo proteger a Administração em seu sentido mais amplo possível. É vasto o rol dos entes passivos dos atos de improbidade administrativa, mas, de forma geral, considera-se sujeito passivo a pessoa jurídica de direito público interno como a União, Estados, Municípios, Território, Distrito Federal e Autarquias, e, até mesmo, a pessoa jurídica de direito privado, sendo elas as Empresas Públicas, Sociedade de Economia Mista, empresas com envolvimento de capitais públicos e, ainda, aquelas empresas ou entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de origem pública e aquelas cuja criação ou custeio o erário participa.

Podemos observar na Lei 8.429/92, especificamente em seu artigo 1º que assim dispõe:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a 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, serão punidos na forma desta lei.

Nesse mesmo artigo, em seu Parágrafo Único a lei estende o rol dos sujeitos passivos dos atos de improbidade:

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Em uma análise mais detalhada do parágrafo único do artigo citado, permite concluir que esse preceito somente ensejará o enquadramento da conduta do agente como ato de improbidade quando sua prática se der em detrimento do patrimônio das entidades ali referidas, o que exige a ocorrência do dano.

Como se observa, a definição legislativa de sujeitos passivos é extremamente ampla, daí a necessidade de uma abordagem teórica acerca do dispositivo legal.

Entende-se que o agente não estará sujeito às penalidades previstas nesta lei caso não tenha sido o ato praticado contra o patrimônio de tais entes; caso ocorra o dano, a reparação será limitada “à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos” (art. 1º, Parágrafo Único), neste caso há a necessidade de a pessoa jurídica que se sentir lesada postular, pela via própria, o integral ressarcimento do dano.

Importante ressaltar que, como diz a ilustre autora da obra *Direito Administrativo*, Di Pietro (2010, p. 827):

Na realidade, as entidades protegidas pela lei são praticamente as mesmas protegidas pela Lei nº 4.717, de 29-06-65, que disciplina a ação popular, conforme definição de seu artigo 1º. Só que, nessa lei, o objeto é a anulação do ato lesivo e o ressarcimento dos danos causados ao erário; e, na lei de improbidade o objeto é, de um lado, a aplicação de medidas sancionatórias e, de outro, o ressarcimento do erário.

Di Pietro (2010, p. 827) ressalta que podem ser incluídas nessa modalidade as entidades do tipo de serviços sociais autônomos (Sesi, Senai, Sesc, etc.), as chamadas organizações sociais, as organizações de interesse público e qualquer outro tipo de entidade criada ou mantida com recursos públicos.

Podemos concluir que, conforme anota Pazzaglini Filho, citando decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo: “(...) onde houver um único centavo em dinheiro público envolvido, a lei terá incidência, independentemente de a entidade exercer atividade de natureza pública ou privada” (PAZZAGLINI FILHO, p. 24).

2.1.2 Do Sujeito Ativo

Segundo a Lei de Improbidade Administrativa o sujeito ativo é aquele que participa ou concorre para a prática do ato de improbidade, ou seja, o agente público (Art. 1º) e o terceiro que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato ímprobo, ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (Art. 3º).

Conforme o artigo 2º da lei, podemos definir agente público como:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Como se observa, não há necessidade de ser um servidor público efetivo para ser considerado sujeito ativo no ato de improbidade.

Di Pietro (2010, p. 828) apresenta em sua obra o rol de pessoas que podem ser consideradas sujeitos na prática do ato de improbidade, tais como:

(a) os agentes políticos (parlamentares de todos os níveis, Chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal, Ministros e Secretários dos Estados e dos Municípios); (b) os servidores públicos (pessoas com vínculo empregatício, estatutário ou contratual, com o Estado); (c) os militares (que também tem vínculo estatutário, embora referidos na Constituição fora da seção referente aos servidores públicos); e (d) os particulares em colaboração com o Poder Público (que atuam sem vínculo de emprego, mediante delegação, requisição ou espontaneamente).

A lei em análise, no seu artigo 3º, ainda completa a possibilidade de terceiro particular sofrer as sanções por atos ímprobos. Para isso, a lei apresenta duas situações distintas: a participação, que pode ser tanto por induzimento quanto por

coautoria; ou o recebimento de benefício decorrente da prática do ato de improbidade administrativa.

Embora não seja objeto da presente monografia, importante observar que cabem aos agentes políticos algumas ressalvas, pois os mesmos gozam de algumas prerrogativas que os protegem no exercício do mandato. No caso de alguns dos parlamentares, sejam eles em qualquer nível do governo, caso pratique, no exercício do mandato, ato considerado crime de opinião, se afastará a responsabilidade, nas áreas criminal, cível e administrativa, caso em que não se aplicará a lei de improbidade administrativa.

É válido lembrar que em relação ao Presidente da República é considerado como crime de responsabilidade os que atentem contra a improbidade na administração, tal como previsto no artigo 85, V da Constituição.

Por fim, com relação ao julgamento das ações de atos de improbidade na administração, praticados por agentes políticos, o doutrinador Carvalho Filho (2011, p. 1176) tem o seguinte posicionamento:

Nessa linha de entendimento, já se decidiu que é o STF, e não o juízo de 1º grau, que tem competência para processar e julgar ação de improbidade contra Ministro da própria Corte. Por outro lado, já se proclamou que a mesma ação promovida contra Governador de Estado é da competência do STJ, por inevitável simetria com o art. 105, I, da CF. Em relação a Prefeitos, no entanto, por não serem contemplados na referida Lei nº 1.079/50, a jurisprudência os tem submetido ao foro de primeiro grau no caso da ação de improbidade.

Como dito, sujeito ativo do ato de improbidade é bastante abrangente. Nos termos do artigo 3º da Lei 8.429/92, são aplicáveis as disposições desta lei, “aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”. Verifica-se a partir daí, a existência do terceiro na ação de improbidade, ou seja, aquele que esteja vinculado ao agente, caso em que receberá o influxo da lei de improbidade administrativa.

É de suma importância ressaltar que o terceiro não praticará conduta ímproba se prestar algum auxílio ao agente, pois, para se enquadrar como terceiro, deverá induzir ou concorrer.

Nesse sentido, Carvalho Filho (2011, p. 1177) afirma:

O terceiro, quando beneficiário direto ou indireto do ato de improbidade, só pode ser responsabilizado por ação dolosa, ou seja, quando tiver ciência da origem ilícita da vantagem. Comportamento culposos não se compatibiliza com a percepção de vantagem indevida; muito menos a conduta sem culpa alguma.

O terceiro sempre será aquele que induz ou colabora para o ato de improbidade, característica própria de pessoa física, não podendo jamais ser pessoa jurídica na prática de determinado ato ímprobo.

A seguir, para adentrarmos ao tema que trata das sanções aplicáveis aos atos ímprobos praticados pelos servidores públicos, trataremos brevemente dos atos que ensejam a improbidade administrativa.

2.2 Dos atos que ensejam a improbidade administrativa

A lei 8.429/92 faz uma tipificação dos atos de improbidade administrativa dividido em três grupos, a saber: o ato que importe em enriquecimento ilícito presente no artigo 9º, o que cause prejuízo ao erário disposto no artigo 10 e ao que atente contra princípios da administração pública artigo 11.

Conforme o art. 9º constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades públicas. Observa-se na lei, em seu artigo 12, I, que podemos encontrar as seguintes sanções que podem ser aplicadas ao agente que praticar o ato dessa natureza, (art. 12, I): a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio; b) obrigação de ressarcimento integral do dano, quando houver; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos durante oito a dez anos; e) pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial; e f) 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.

Para caracterizar o artigo 10 que trata do ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, utilizaremos também do artigo 12, II, para demonstrar as cominações aplicáveis no determinado ato. Artigo 12, II: a) ressarcimento integral do dano; b) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos

políticos de cinco a oito anos; e) pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e f) 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.

Por fim, é considerado ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições (artigo 11). Ao passo que no artigo 12, III encontram-se as seguintes sanções: Artigo 12, III, a) ressarcimento integral do dano, se houver; b) perda da função pública; c) suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos; d) pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e 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.

2.3 Sanções aplicáveis nos atos de improbidade administrativa

O legislador se preocupa em punir os atos de improbidade administrativa. Quando se menciona o termo “punir” importante ressaltar que não se quer dizer punição em seu sentido penal. De fato, importante destacar que a Lei de Improbidade Administrativa é uma lei civil. Percebe-se este entendimento inserido no artigo 37, §4º da Constituição Federal de 1988, já que, o dispositivo oferece uma norma em branco, dando ao parágrafo citado, aplicador das sanções, este entendimento, pois, o mesmo menciona: “na forma e gradação da lei”.

A Constituição Federal apresenta algumas sanções a serem aplicadas, na Lei 8.429/92 podemos encontrar algumas “penalidades”. Dessa forma, Carvalho Filho completa: “Se a Constituição prevê determinada sanção reclusiva para a prática de crime, nada impediria que o legislador acrescentasse, em apreciação cumulativa, também a pena de multa”.

O artigo 37, § 4º da Constituição, não considera as medidas cabíveis como sanções. Podemos observar esse entendimento no que diz respeito à indisponibilidade dos bens, tendo ele caráter preventivo, evitando, se ocorrer o ato, a dilapidação, a transferência ou ocultação dos bens, caso em que poderia se tornar impossível o ressarcimento do dano.

Quando se fala em ressarcimento do bem podemos destacar a relação que este dispositivo tem com o Código Civil de 1916 em seu artigo 159, que consagrou o princípio de que quem quer que cause danos a outrem é obrigado a restituí-lo. No artigo 186 do novo Código Civil, acrescenta-se o dano moral. Neste caso há entendimento em sentido amplo de que só é cabível o ressarcimento se do ato resultou prejuízo para o erário ou para o patrimônio público.

Para melhor entendermos a seara das sanções a que alude a lei, necessário se faz descrevermos o seguinte artigo da lei 8.429/92:

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:

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

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

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

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.

Enquanto que o artigo 37, § 4º apresenta sanções a serem aplicadas, o legislador ordinário elaborou outras penalidades: “pagamento de multa civil” e a “proibição de contratar com a administração pública e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”.

Neste sentido, Di Pietro (2010, p. 838), completa dizendo:

Também os artigos 5º e 6º da lei tratam parcialmente da matéria, em normas que nada acrescentam em relação ao que já se contém no artigo 12. Com efeito, o artigo 5º estabelece que, ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano; para aplicação dessa medida, bastaria o artigo 186 do Código Civil. E o artigo 6º estabelece que, no caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiários bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

Para compreender melhor as sanções, vale a pena tecer breve comentário sobre cada uma delas, são elas: Ressarcimento integral do dano e perda dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio; perda da função pública; suspensão de direitos políticos; pagamento de multa civil e proibição de contratar com a administração pública e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

a) Ressarcimento integral do dano e perda de bens e valores – esta sanção está prevista no artigo 12, I e II da Lei de Improbidade. Este dispositivo vem para inibir o agente no ato de enriquecimento ilícito, causando prejuízo ao particular ou ao erário. Caso em que este deverá reparar o dano causado evitando o acréscimo de bens e valores ao seu patrimônio de forma ilícita.

Nesta mesma linha de entendimento, Carvalho Filho (2011, p. 1189) nos fala da seguinte forma:

Estando o bem ainda em poder do autor da improbidade, deve ser objeto de reversão ao patrimônio público; deste, na verdade, nunca deveria ter sido retirado. Se há impossibilidade de devolução do bem, a obrigação converter-se-á em pecúnia, de modo que a sanção de perda do bem será substituída pela de ressarcimento do dano, sendo, então, recomposto o patrimônio público. Podem ambas, no entanto, ser cumuladas se, além do bem a ser devolvido, houver outros danos causados à entidade prejudicada.

De acordo com o entendimento explanado, observamos que os atos que geram enriquecimento ilícito terão de ser punidos e reparados, podendo ainda de forma cumulativa pedir pelos danos causados, sejam eles material e moral.

b) Perda da função pública – Previsto em todo artigo 12 da lei, esta é uma sanção aplicada de forma rigorosa apenas aos agentes públicos, que são os que

mantêm vínculo com o Estado, não afetando o terceiro. A sanção aplicada é a extinção do cargo público que liga o servidor à administração pública.

Em consonância a este pensamento, Carvalho Filho (2011, p. 1190) explana sobre os servidores que se enquadram como agente sujeitos à perda da função pública, assim sendo:

A noção de perda da função pública reclama interpretação ampla. Não se trata de extinção do vínculo apenas dos servidores públicos (os que integram os entes federativos, autarquias e fundações de direito público), mas também daqueles que se encontram no quadro de empregados de todas as entidades referidas no art. 1º da lei, inclusive das do setor privado que recebem ou receberam apoio do Estado acima dos limites nela fixados. Não abrange, todavia, os empregados de pessoas jurídicas meramente contratadas pelo Estado, como os executores de obras e serviços, os fornecedores e os concessionários e permissionários de serviços públicos. Também não incide sobre aposentados, cuja vinculação jurídica já sofreu prévia extinção; o vínculo previdenciário só se extingue por outro tipo de punição, a cassação de aposentadoria, que, entretanto, não tem previsão na Lei de Improbidade, além de não se confundir com a perda de função pública (afinal, esta nem mais existe com o advento da aposentadoria)

No entanto, entende-se que não importa a função do agente infrator para ser aplicada a sanção prevista, independentemente do cargo ocupado, ele perderá sua função.

c) Suspensão de direitos políticos – É necessário o trânsito em julgado da sentença no caso de improbidade administrativa para a suspensão de direitos políticos. A Constituição Federal não admite a cassação dos direitos políticos apenas a suspensão, conforme artigo 15, V da Constituição Federal.

Há de considerar-se que para a consumação da perda da função deverá de ser comunicada à Justiça Eleitoral, a suspensão do agente, para que possa ser feito o cancelamento do registro, pois não agindo assim, a sanção não terá a mínima validade.

d) Multa Civil – Prevista também no artigo 12 da lei de improbidade, esta sanção implica uma multa pecuniária sobre o patrimônio.

Conforme o artigo 12 da Lei de Improbidade, há uma base de cálculo a ser observado nos moldes de proporcionalidade do ato praticado: “[...] no caso de enriquecimento, é de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial (art. 12, I); no de lesão ao erário, de até duas vezes o valor do dano (art. 12, II); e no caso de

violação a princípio, de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente (art. 12, III) ”.

Entende-se que para ser aplicada a multa civil a conduta do agente deverá ser medida bem como seus atos na sociedade, devendo então ser aplicada sempre o princípio da proporcionalidade, tornando-se este um instrumento mediador de um caso com ampla discussão no meio jurídico.

e) Proibição de contratar e receber benefícios – Encontra-se no artigo 12 da lei em apreciação que deverá ser aplicada a sanção ao agente que praticar o ato improbo, a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, ainda que por pessoa intermediária de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos (art. 12, I).

Observa-se no caso das penalidades que não há que se falar em excluir os benefícios, pois estes deverão ser apreciados pelos julgadores, o que violaria alguns princípios e atingiria sócios.

Em relação à proibição de contratar com a administração Pública, a sanção neste caso seria o impedimento de participação em licitações, por exemplo. Carvalho Filho completa dizendo: “Como a sanção se restringe à vedação de benefícios e incentivos fiscais ou creditícios de natureza pessoal, pode alcançar anistia fiscal, remissão tributária, isenção restrita, subvenções e subsídios pessoais e outros benesses do gênero”.

Mais adiante, no terceiro capítulo do presente trabalho monográfico, iremos tratar de forma mais detida acerca da sanção que diz respeito ao ressarcimento integral do dano. Infere-se da lei que tal sanção depende da efetiva demonstração do dano (art. 21, I). Contudo, esse entendimento do STJ tem sido no sentido de que nos casos em que há um prejuízo ao erário, o dano é presumido.

3. O EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO PARA A CONFIGURAÇÃO DO ARTIGO 10 DA LEI 8.429/1992

Neste capítulo, pretendemos analisar a improbidade na modalidade culposa, caso em que só ocorre se houver a efetiva ocorrência do dano. Demonstraremos, ainda, o entendimento do STJ no que se refere ao dano presumido.

Para se configurar o efetivo prejuízo ao erário, conforme está previsto no artigo da 10 da Lei de Improbidade Administrativa, na modalidade culposa, faz-se necessário a demonstração de ato desonesto ou a má-fé no ato praticado pelo administrador público.

Mas, para essa configuração, o intérprete do caso em análise deverá verificar, criteriosamente e com muita prudência, o ato que foi praticado, pois, somente assim ele saberá se o caso se enquadra na violação dos princípios normativos da lei de Improbidade ou, se, por outro lado, o caso constitui uma mera irregularidade formal ou mera ilegalidade administrativa que se configura como ato danoso dissociado do ato de improbidade.

Estão previstos no artigo 10 da lei de 8.429/1992 os atos lesivos ao patrimônio público, dispositivo que está assim redigido:

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

I -Facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II -Permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - Doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - Permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - Permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - Realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - Conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - Frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

VIII - Frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014)

IX - Ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - Agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - Liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - Permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - Permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV - Celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XV - Celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XVI - Facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)

XVII - Permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)

XVIII - Celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)

XIX - Frustrar a licitude de processo seletivo para celebração de parcerias da administração pública com entidades privadas ou dispensá-lo indevidamente; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)

XX - Agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)

XXI - Liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)

Nesse mesmo sentido, diante do dispositivo apresentado, Emerson Garcia (2014, p. 411), em sua obra *Improbidade Administrativa*, afirma que:

É importante frisar que a noção de dano não se encontra adstrita à necessidade de demonstração da diminuição patrimonial, sendo inúmeras as hipóteses de lesividade presumida prevista na legislação. Como consequência da infração às normas vigentes, ter-se-á nulidade do ato, o qual será insuscetível de produzir efeitos jurídicos válidos. Tem-se, assim, que qualquer diminuição do patrimônio público advinda de ato inválido será ilícita, pois *quod nullum est, nullum producit effectum*, culminando em caracterizar o dano e o dever de ressarcir.

A forma culposa, descrita no “*caput*” do artigo 10 tem como interesse a tutela ao patrimônio estatal, a conduta que foi causadora de prejuízo ao erário. Tal conduta deve ser grave, ou seja, o grau de reprovação social do ato praticado deve ser equiparado ao dolo, que sejam decorrentes de inobservância e descuido objetivo, consciente do perigo, ausente toda e qualquer causa justificadora.

Dessa forma, necessário se faz sempre a ocorrência de lesão ao patrimônio público para se enquadrar a conduta do artigo 10 da lei 8.429/1992, que em inteiro

teor nos remete ao ressarcimento integral do dano, ao passo que os demais artigos discorrem sobre o ressarcimento integral do dano, mas quando houver, conforme o artigo 12, II, que assim dispõe:

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:

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;

Para a aplicação efetiva e regular do que está previsto artigo 10, inicialmente, é preciso que se faça uma distinção entre os termos “Erário” e “Patrimônio Público”, termos estes de entendimentos diversos e que estão presentes no dispositivo em apreço. Segundo entendimento doutrinário: “diversos incisos do artigo 10 referem-se a patrimônio, noção eminentemente mais ampla do que erário” (GARCIA, 2014), e assim continua:

Consequentemente, podem ser assentadas as seguintes conclusões: a) ao vocábulo erário, constante do art. 10, caput, da Lei 8.429/1992, deve atribuir a função de elemento designativo do elemento dos entes elencados no art. 1º, vale dizer, dos sujeitos passivos dos atos de improbidade; b) a expressão perda patrimonial, também constante do referido dispositivo, alcança qualquer lesão causada ao patrimônio público, concebido este em inteireza (GARCIA, 2014, p. 414).

Destarte, cabe o entendimento de que é exigível que haja a efetiva ocorrência do dano ao patrimônio público para que o sujeito causador seja condenado por ato de improbidade administrativa, em face do que está previsto no artigo 10 que denota a impossibilidade de se fundar em um dano presumido pelo aplicador da sanção.

3.1. A modalidade culposa na lei de Improbidade Administrativa

A grande discussão é acerca do que está explicitado no artigo 10 da lei 8.429/1992 que expressamente prevê a conduta dolosa ou culposa como atos que causam lesão ao erário, configurando-se ato de improbidade administrativa.

Como é sabido, a culpa só caberá nos casos que estão elencados no artigo 10 da lei de improbidade administrativa. O Superior Tribunal de Justiça - STJ exige a comprovação do elemento subjetivo, sendo que para sua configuração é necessário a verificação clara do elemento subjetivo da conduta do agente causador do dano. Desde o ano de 2012 o STJ vem entendendo nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N. 8.429/1992. ART. 10. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE FATO TÍPICO. RECURSO IMPROVIDO.

- O STJ entende que, para a configuração dos atos de improbidade administrativa, previstos no art. 10 da Lei n. 8.429/1992, exige-se a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa (elemento subjetivo).

- Não caracterizado o efetivo prejuízo ao erário, ausente o próprio fato típico. Recurso conhecido e improvido.

Contudo, não se pode haver nessa situação a confusão entre o ato de improbidade administrativa com uma simples irregularidade no ato, pois, a improbidade estará qualificada no elemento subjetivo da conduta do agente.

De acordo com o entendimento da jurisprudência do STJ, é imprescindível a existência de dolo nas condutas presentes nos artigos 9º e 11 da lei 8.429/1992, e somente no artigo 10 a exigência de culpa para a comprovação de dano ao erário.

3.2. A divergência existente entre os artigos 10 e 21 da lei de improbidade administrativa

Há uma grande divergência doutrinária e jurisprudencial com relação ao que está exposto na lei de improbidade administrativa, presentes nos artigos 10 e 21 da lei 8.429/1992.

O artigo 21, I, assim dispõe:

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento;

Por sua vez, o caput do artigo 10 da lei prevê:

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

Como se observa, nesses dois dispositivos expressos há uma divergência existente entre o artigo 10 que exige a ocorrência de dano ao erário, enquanto que no artigo 21 independe de ocorrência de dano para a aplicação das sanções previstas na lei. Nessa situação, um dispositivo (art. 10) exige que haja efetivo dano ao patrimônio público e o outro (art. 21) dispensa a efetiva ocorrência do dano.

Na jurisprudência brasileira, já se encontra casos em que se observa a mesma discussão acerca dos dispositivos em tela:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (ARTS. 10, IV, E 21, I E II, DA LEI 8.429/92). LESÃO AO ERÁRIO. INEXISTÊNCIA. REQUISITO ESSENCIAL PARA A CONFIGURAÇÃO DA CONDUTA PREVISTA NO REFERIDO PRECEITO. PAGAMENTO INTEGRAL DO EMPRÉSTIMO BANCÁRIO RECONHECIDO PELO TCU. ORIENTAÇÃO DOUTRINÁRIA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Na hipótese dos autos, o Ministério Público Federal ajuizou ação de improbidade administrativa contra Lafaiete Coutinho Torres (no exercício da presidência do Banco do Brasil S/A) e Destilaria Caiman S/A, em face da concessão de empréstimo de dinheiro da referida instituição financeira para a segunda recorrida, com anuência do primeiro recorrido, sem a observância das normas regulamentares recomendadas pela instituição financeira, com fundamento no art. 10, VI, da Lei 8.429/92. Por ocasião da sentença, o ilustre magistrado em primeiro grau de jurisdição julgou parcialmente procedente o pedido formulado na referida ação, reconhecendo a configuração de ato de improbidade administrativa previsto no art. 10, VI, da Lei 8.429/92, e condenando os ora recorridos nas sanções previstas no art. 12, II, da mencionada norma (fls. 661/673).

2. O Tribunal de origem, ao analisar a controvérsia, asseverou que apesar de o empréstimo bancário ter sido concedido por manifesta influência política dos sócios da Destilaria Caiman, não houve lesão ao erário na referida operação financeira, fato declarado pelo Tribunal de Contas da União ao analisar a regularidade da operação bancária, concluindo que em razão da inexistência de prejuízo, não haveria tipicidade do ato de improbidade descrito no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

3. No recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, sustenta o recorrente que o acórdão

recorrido negou vigência ao art. 21, I e II, da Lei 8.429/92. Alega, em síntese, que o "dispositivo contrariado dispõe de forma absolutamente inversa, ou seja, dispõe que o ato de improbidade é sancionado independentemente de ter ocorrido ou não prejuízo ao erário, dispensando igualmente o aval do TCU, aprovando ou não o ato tachado de ímprobo" (fl. 773). Requer o provimento do recurso especial para reformar o aresto recorrido, a fim de restabelecer a sentença de primeiro grau.

4. Não obstante a possibilidade de o ato praticado pelo então Presidente do Banco do Brasil S/A - Lafaiete Coutinho Torres -, e a Destilaria Caiman, configurar improbidade administrativa por violação de princípios da administração pública, nos termos do art. 11 da Lei 8.429/92, é incontroverso que a ação de improbidade administrativa foi ajuizada com fundamento no art. 10, VI, da mesma lei, bem como a declaração do integral pagamento da operação bancária impugnada na presente ação. Nesse contexto, não há falar em violação do art. 21, I e II, da Lei 8.429/92.

5. Primeiro, porque o ato de improbidade previsto no art. 10 da LIA exige para a sua configuração, necessariamente, o efetivo prejuízo ao erário, sob pena da não-tipificação do ato impugnado. Haveria, portanto, uma exceção à hipótese prevista no inciso I do art. 21, o qual somente deve ser aplicado nos casos de improbidade administrativa descritos nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92.

6. Segundo, porque a improcedência da ação de improbidade administrativa não decorreu de eventual subordinação à aprovação de contas do Tribunal de Contas da União. Efetivamente, o controle exercido pelo Tribunal de Contas, ainda que nos termos do art. 71, II, da Constituição Federal, não é jurisdicional, inexistindo vinculação da decisão proferida pelo órgão administrativo com a possibilidade de o ato ser impugnado em sede de improbidade administrativa, sujeito ao controle do Judiciário, conforme expressa previsão contida no inciso II do art. 21. Entretanto, tal consideração não corresponde à hipótese dos autos, pois a conclusão da improcedência da ação de improbidade administrativa por atipicidade da conduta não decorreu simplesmente da aprovação das contas relacionadas ao empréstimo bancário formulado pelos ora recorridos, mas em função da inexistência de lesividade, requisito indispensável para a configuração do ato de improbidade previsto no art. 10 da Lei 8.429/92.

7. Sobre o tema, a pacífica orientação doutrinária: FILHO, Marino Pazzaglini. ("Lei de Improbidade Administrativa Comentada", 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, pp. 78/79 e 220/221; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. ("Direito Administrativo", 14ª edição, São Paulo: Atlas, 2002, pp. 687/688); SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. ("Improbidade Administrativa", 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 26).

8. Desprovimento do recurso especial. (DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça, 2007).

Diante disso, o jurista Emerson Garcia (2014, p. 429) tem o seguinte entendimento sobre o tema, apontando que:

Observa-se, no entanto, que o dispositivo no artigo 21, I, deve ser interpretado em harmonia com os demais preceitos da Lei de Improbidade, em especial o art. 10, já que para a subsunção de determinada conduta às figuras previstas neste dispositivo é imprescindível a ocorrência de dano ao patrimônio público, o que, por evidente, não poderia ser dispensado.

Há, portanto, aqueles que defendem a exceção existente no inciso I do artigo 21, o qual deverá ser aplicado nos casos previstos dos artigos 9º e 11 da referida lei.

Neste caso se faz necessário a conceituação de patrimônio público de uma forma mais ampla. Essa conceituação podemos encontrar na lei de Ação Popular, que adota o entendimento de patrimônio público como sendo os bens e valores econômicos, artísticos, estéticos, históricos ou turísticos, daí não se confundir a expressão patrimônio público com erário, pois, este abrange somente o aspecto econômico do patrimônio público. Por este entendimento, o sujeito poderá se enquadrar em alguma das sanções previstas não somente pelo dano causado aos cofres públicos, mas algum outro ato que prejudique a administração pública, caracterizando improbidade administrativa.

O que não é cabível é a aplicação de uma sanção que não cause lesão a algum artigo da lei, pois, existem atos que não causam danos ao patrimônio público, mas para a sua configuração, conforme artigo 10 da lei 8.429/1992 é exigido, necessariamente, prejuízo econômico ao erário.

Neste mesmo sentido, há o seguinte julgado do STJ no ano de 2013 que ressalta a necessidade de concretude e materialidade do dano para a configuração ao erário:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. ART. 10, II, XI E XII DA LEI 8.429 /92. INDISPENSABILIDADE DE COMPROVAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DESPROVIDO. 1. Trata-se de Ação de Improbidade ajuizada em face dos ora agravados com fundamento na irregularidade no pagamento decorrente da prestação de serviço de transporte escolar na região de Águas do Miranda/MS sem a realização do correspondente procedimento licitatório, tendo a conduta sido tipificada no art. 10, II, XI e XII da Lei 8.429 /92. 2. As Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte já firmaram a orientação de que a configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade

Administrativa exige a presença do efetivo dano ao erário. Contudo, as instâncias de origem não esmeraram a demonstração da ocorrência de prejuízo ao Tesouro Municipal. 3. Agravo Regimental do Ministério Público Federal desprovido.

Por conseguinte, como se observa neste trabalho a previsão do artigo 10 da lei exige o prejuízo ao erário ao passo que no artigo 21, I, há uma exceção que fala que independe da demonstração do dano causado para se configurar ato de improbidade administrativa descrita nos artigos 9º, e 11 da lei 8.429/1992.

3.3. Recente entendimento da jurisprudência sobre o dano presumido

Como vimos, o artigo 21, I, da Lei 8.429/1992 é explícito ao dizer que, quanto à sanção de ressarcimento ao erário, é necessário, sim, que se demonstre a efetiva ocorrência do dano.

Nesse sentido, quando o administrador pratica ato de improbidade, para que ele esteja sujeito à sanção de ressarcimento do dano, o dano tem que ser comprovado porque, a priori, não existe dano presumido.

Contudo, recentes decisões do STJ, mais precisamente a partir de setembro de 2014, vem entendendo que existe, sim, o dano presumido, como no caso do administrador que contrata fraudando licitação como se observa no artigo 10, VII, da Lei de Improbidade Administrativa, que diz que:

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

VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;

O STJ entendeu que esses administradores públicos estão lesando a Administração Pública, mas nesse caso, o dano é presumido. Ou seja, nos casos de licitação em que o administrador deixa de contratar a melhor proposta, o Poder Público já se encontra prejudicado com esse ato que caracteriza improbidade. Vejamos o que o STJ entende a esse respeito:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PREJUÍZO AO ERÁRIO IN RE IPSA NA HIPÓTESE DO ART. 10, VIII, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. É cabível a aplicação da pena de ressarcimento ao erário nos casos de ato de improbidade administrativa consistente na dispensa ilegal de procedimento licitatório (art. 10, VIII, da Lei 8.429/1992) mediante fracionamento indevido do objeto licitado. De fato, conforme entendimento jurisprudencial do STJ, a existência de prejuízo ao erário é condição para determinar o ressarcimento ao erário, nos moldes do art. 21, I, da Lei 8.429/1992 (REsp 1.214.605-SP, Segunda Turma, DJe 13/6/2013; e REsp 1.038.777-SP, Primeira Turma, DJe 16/3/2011). No caso, não há como concluir pela inexistência do dano, pois o prejuízo ao erário é inerente (in re ipsa) à conduta ímproba, na medida em que o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta, por condutas de administradores.

Conforme entendimento do STJ, o fato de inexistir prejuízo ao erário já determina uma condição para o ressarcimento ao erário, conforme artigo 21, I, da Lei 8.429/1992. Neste caso apresentado pela decisão do STJ sobre a inexistência do dano, o prejuízo fica contido no ato que foi praticado pelo administrador público no momento em que ele deixou de contratar a melhor proposta.

3.4. Uma análise do dano presumido e seu entendimento segundo posição do STJ

Visando uma análise do dano presumido ou in re ipsa, cabe o entendimento de que é pelo dano moral que se inicia tal discussão, fato este também, que leva a uma análise dos precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema tratado neste estudo.

Para chegar a presunção de um dano não há necessidade de verificar a efetiva lesão, uma vez que praticada já se resta evidente. De forma geral, para configurar o dano, necessário se faz provar o nexo de causalidade e a culpa. Porém, existe uma situação excepcional, constituindo uma exceção a regra, disposto no art. 21, I, da Lei 8.429/92.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisões anteriores, adotava o entendimento segundo qual o dano moral advindo de algumas situações, requeria efetiva produção de prova. Mas de forma reiterada o mesmo Tribunal tem decidido, de modo contrário às regras do direito probatório, que o dano moral está inserido na ilicitude do ato praticado, sendo dispensado a efetiva demonstração do dano.

Mesmo o dano moral sendo presumido, gera o dever de indenização independente de comprovação do ato danoso praticado. Um dos exemplos da

ocorrência do dano moral *in re ipsa*, ou seja, que independe de comprovação, são os casos que demonstram ofensa moral da pessoa. O próprio fato já configura o dano presumido. Uma das hipóteses é a inserção do nome de forma indevida no cadastro de inadimplentes, SPC. Caso em que se observa em jurisprudência brasileira:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL PRESUMIDO DECORRENTE DE INSCRIÇÃO INDEVIDA EM SPC/SERASA. ELEVAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO E CONDENAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA ÀS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA.

1 - O autor não fez prova de que os danos foram além daqueles presumidamente existentes, como reconhece a jurisprudência do STJ, na linha analógica da orientação firmada na súmula 388 ("A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral"). Por isso, afirmou aquela Corte que "o dano moral decorrente da inscrição irregular em cadastros de inadimplente configura-se *in re ipsa*, ou seja, é presumido e não carece de prova" (AgRg no AREsp 258.371/PE, Buzzi, 4ª T., 21/3/2013, entre muitos).

2 - O STJ afasta a possibilidade de confrontação da obrigação contraída com o ato ilícito de inscrição fundada no inadimplemento dessa mesma obrigação (REsp 660459/RS, Andrichi, 3ª T., 24/4/2007).

3 - Esta Corte tem fixado, em casos de inscrição indevida sem prova de outros prejuízos além daqueles presumidos, a importância de R\$5.000,00 como indenização por dano moral (cf. AC 2008.41.01.000512-1/RO, Meguerian, 6ª T., 6/5/2013; AC 2003.34.00.016338-6/DF, Meguerian, 6ª T., DJ 23/4/2013; e AC 2005.41.00.007985-7/RO, Fagundes de Deus, 5ª T., 17/11/2010).

4 - A fixação da indenização em quantia inferior à pleiteada não implica sucumbência do autor ("Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca"- Súmula nº 326/STJ).

5 - Apelação do autor provida para: (a) elevar o valor da indenização para R\$5.000,00, devendo incidir a atualização monetária e juros moratórios de 1% ao mês desde a data do evento danoso (maio de 2001) até a edição da Lei nº.11.960/2009, e, a partir desta, taxa de 0,5% ao mês, conforme são aplicados nas cadernetas de poupança; (b) excluir-lhe a condenação ao pagamento das verbas de sucumbência; e (c) condenar a CEF ao pagamento integral das custas, inclusive ressarcimento das custas iniciais, e honorários em favor do advogado do autor no valor de 10% sobre o valor da condenação corrigida e acrescida dos juros moratórios.

6 - Recurso adesivo da ré desprovido.

O próprio STJ já consolida esse entendimento de dano moral presumido, pelo simples fato da inserção do nome no cadastro de inadimplentes de forma indevida.

Outra situação de improbidade administrativa, no que tange ao dano presumido, é a responsabilidade bancária, quando a inclusão indevida é feita de

forma deficiente na instituição bancária, a responsabilidade pelos danos causados é do próprio banco, o mesmo ocorre quando se extravía cheques que posteriormente é utilizado por terceiros e devolvidos, culminando então a inclusão no cadastro de inadimplentes. Neste caso, não caberá indenização por danos morais por parte do banco, é o que dispõe a súmula nº 385 do Superior Tribunal de Justiça: “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”.

Como é sabido, toda construção jurídica leva a certo tempo para ser aceita no ordenamento jurídico, e, por todos aqueles que operam o direito. Com o dano presumido não foi diferente.

No primeiro momento entendia-se a necessidade de demonstração do dano para a configuração do ato para se dar o ressarcimento, atualmente é pacífico na jurisprudência do STJ o dano presumido, ou seja, não há necessidade de demonstração do dano para a efetivação do ato. Isso ocorre em razão da evolução do Direito que não pode permanecer inerte frente às mudanças sociais que vem ocorrendo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, neste trabalho, analisar no âmbito do Direito Administrativo a Lei de Improbidade Administrativa, utilizando-se de conceitos do tema improbidade e de alguns princípios fundamentais que norteiam a Administração Pública. Falou-se ainda das sanções aplicadas aos agentes que praticam ato ímprobo e, por conseguinte, teve como objetivo tratar do recente entendimento do STJ, a respeito da aplicação da sanção de ressarcimento ao erário, caso que independe de efetiva comprovação da ocorrência do dano.

Verificou-se haver, no caso em concreto, quando da análise da Lei 8.429/1992 o seu contexto histórico na política brasileira também os princípios fundamentais existentes, as sanções de ressarcimento ao erário, o qual, em tese, depende da efetiva ocorrência do dano a recente decisão do STJ e o embate entre o que diz o artigo 10 e o artigo 21, I, da referida lei, considerando que o artigo 10 da lei exige o prejuízo ao erário enquanto que no artigo 21, I, há uma exceção que fala que independe da demonstração do dano causado para se configurar ato de improbidade administrativa descrita nos artigos 9º e 11 da lei 8.429/1992.

A fim de analisar o tema proposto para este trabalho, iniciou-se o estudo buscando identificar o contexto histórico em que está inserido a improbidade administrativa, tema que já vem sendo tratado nas Constituições Federais anteriores, e na atual em seu artigo 37 § 4º.

Percebeu-se que o nascimento da Lei de Improbidade Administrativa constituiu-se uma das grandes conquistas na sociedade brasileira, há também nesse contexto os princípios fundamentais, princípio da legalidade e princípio da moralidade, que consolidam o ordenamento jurídico, sendo utilizados para direcionar a aplicação da lei.

Viu-se que o trabalho continua relatando sobre os sujeitos do ato de improbidade administrativa, versando respectivamente, sobre os sujeitos passivos e sujeitos ativos, fazendo uma distinção entre os sujeitos mencionados, para se fazer um alcance com o tema proposto para o trabalho.

No mesmo contexto, fez-se uma tipificação dos atos de Improbidade Administrativa dividido em três grupos, quais sejam, o ato em que importa em enriquecimento ilícito presente no artigo 9º, o que causa prejuízo ao erário disposto

no artigo 10 e ao que atente contra os princípios da administração pública artigo 11. Foram apresentadas as sanções aplicáveis aos agentes que praticam atos ímprobos, sanções essas que não se pode confundir com o termo “punir” no sentido penal, pois, a Lei de Improbidade Administrativa é uma lei civil.

Na sequência, após o estudo aprofundado das características da Lei de Improbidade Administrativa, verificou-se a necessidade de demonstrar a improbidade da modalidade culposa, caso em que só ocorre se houver efetivo ocorrência do dano e ainda, o entendimento recente do STJ no que se refere ao dano presumido. Neste sentido, buscou-se analisar a convergência existente entre os artigos 10 e 21, I, da Lei 8.429/1992, para isso, no artigo 10 deve haver sempre a ocorrência de lesão ao patrimônio público para se enquadrar em tal artigo. No artigo 21, I, para a aplicação das sanções previstas independe da efetiva ocorrência do dano ao patrimônio público.

Diante do exposto, já se encontra entendimentos do STJ a respeito dessa situação, firmando a orientação de que a configuração dos atos ímprobos que estão previstos no artigo 10 exige o efetivo dano ao erário.

Por fim, considerando que o trabalho de análise reflete uma tomada de posição do analista frente às questões colocadas, às hipóteses que levanta e aos resultados que busca alcançar, resta-nos reconhecer que nenhum trabalho de análise esgota o objeto analisado. Este fica, portanto, sempre aberto a análises futuras, seja do mesmo analista, seja de analistas diferentes que, com certeza, trarão à luz outros dizeres sobre esse mesmo objeto, dizeres esses que foram silenciados neste trabalho, que não deixa de ser, afinal, uma tomada de posição de um sujeito sócio-historicamente localizado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: DF, Senado Federal, 1988.

BRASIL, Tribunal Regional Federal (1º região). Apelação Cível nº 200134000273542 DF – Relator: Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa – Distrito Federal, 13 de agosto de 2013. Disponível em: <http://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24054272/apelacao-civel-ac-200134000273542-df-20013400027354-2-trf1>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 385. Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento. In: VADE MECUM, 19º ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1986.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008

GARCIA, Emerson ; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio_Osorio.html Acesso em: 09 mar. 2015.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.