

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

MILENA ELITA SÁ

**O DOLO, A CULPA E O DANO AO ERÁRIO PARA A CONFIGURAÇÃO DA
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR AFRONTA A PRINCÍPIOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**CURITIBA
2009**

MILENA ELITA SÁ

**O DOLO, A CULPA E O DANO AO ERÁRIO PARA A CONFIGURAÇÃO DA
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR AFRONTA A PRINCÍPIOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentado como requisito parcial para a conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Evandro Portugal

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

MILENA ELITA SÁ

O DOLO, A CULPA E O DANO AO ERÁRIO PARA A CONFIGURAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR AFRONTA A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. Evandro Portugal.

Avaliador: Prof.

Curitiba, de de 2009.

SUMÁRIO

RESUMO.....	4
1. INTRODUÇÃO	5
2. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	7
2.1 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	10
2.2 ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	25
3. SUJEITOS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	33
3.1 SUJEITO ATIVO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	33
3.2 SUJEITO PASSIVO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	39
4. DANO E ELEMENTO SUBJETIVO RELATIVOS AO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	44
4.1 DANO AO ERÁRIO	44
4.2 DOLO E CULPA DO AGENTE PÚBLICO	49
5. CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS.....	64

RESUMO

O presente trabalho objetivou estudar a necessidade ou não da demonstração do dolo, da culpa e do prejuízo ao erário para caracterizar ato de improbidade administrativa prevista no artigo 11, da Lei nº. 8.429/92. Traçou-se, primeiramente, o conceito de improbidade administrativa e quais os princípios administrativos que a Constituição Federal prevê no artigo 37, § 4º. Em seguida, analisaram-se os atos de improbidade administrativa, aprofundando-se naqueles que atentam contra os princípios da administração pública. Procurou-se definir quais são os sujeitos dos atos de improbidade administrativa. E por último, entrando no problema propriamente dito, verificou-se se o dolo, a culpa e a ocorrência do dano efetivo ao patrimônio público são requisitos para tipificar as condutas indicadas no artigo 11, da Lei nº. 8.429/92. Foi observado que o artigo 11, da Lei de Improbidade Administrativa deve ser aplicado, apenas e somente se, a conduta do réu não se encaixar nos artigos 9º e 10 da mencionada Lei, portanto, referido artigo é subsidiário aos outros dois. Destacou-se também que nem todo ato ilegal é ímprobo. Observou-se que tanto a doutrina como a jurisprudência são unânimes em dizer que não é necessário efetivo dano ao erário público para caracterizar ato de improbidade administrativa que atente contra os princípios da administração pública. Já, por outro lado, no que tange ao dolo e a culpa, a doutrina e a jurisprudência divergem, existindo argumentos para a defesa de todos os posicionamentos.

Palavras-chave: improbidade administrativa; princípios; dolo; culpa; dano.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº. 8.429/92, a qual disciplina os atos de improbidade administrativa, é arma poderosa para auxiliar o controle sobre os atos administrativos e reprimir agressões ao patrimônio público.

Essa lei é inegavelmente um marco no direito público brasileiro, porém ela é muito questionada tanto pela doutrina como pela jurisprudência.

As condutas trazidas na Lei como atos de improbidade administrativa são: a) gerar enriquecimento ilícito; b) causar prejuízo ao erário; c) atentar contra os princípios da administração pública. Todavia essas condutas não são prévia e exaustivamente definidas pela Lei de Improbidade, trazendo os seus artigos 9º, 10 e 11, respectivamente, situações que podem ser concretizadas por um número infinito de condutas, e não um rol taxativo de atos administrativos.

Em razão disto, são levantados inúmeros questionamentos, tais como: quando é que esses atos tornam-se ímprobos, se existem parâmetros seguros para separar as ilegalidades das improbidades, se a culpa é elemento de improbidade, se basta a ocorrência fática desses comportamentos para que haja um ato de improbidade, quais os elementos que concorrem para a existência deste específico tipo de ato de improbidade administrativo.

Na minha prática profissional, em muitos casos já me vi em tal situação, me perguntando em qual ato de improbidade administrativa que a conduta de determinado agente público se encaixava, se era necessário restar demonstrado o elemento subjetivo (dolo e culpa) para caracterizar determinado ato ímprobo, se o dano ao erário era indispensável.

Esses questionamentos surgiam, principalmente, ao me deparar nas hipóteses do artigo 11, da Lei nº. 8.429/92.

Por esse motivo, esse trabalho tem como objetivo a interpretação do artigo 11, da Lei nº. 8429/92, o qual estabelece as ações e omissões que atentam contra os princípios da administração pública.

Primeiramente, será realizado um estudo sobre a expressão improbidade, transcrevendo conceitos, trazidos por estudiosos de Direito, da palavra improbidade. Após isso, serão analisados os princípios previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e os atos de improbidade administrativa.

Em seguida serão realizadas algumas considerações acerca dos sujeitos da improbidade administrativa.

E por último adentrar-se-á ao tema propriamente dito dessa monografia, qual seja verificar a necessidade do dano ao erário e dos elementos subjetivos para configurar ato de improbidade administrativa que afronte os princípios da administração pública.

Não há qualquer pretensão de esgotar o tema, o objetivo desta monografia é apenas colaborar, ainda que modestamente, com as discussões doutrinárias e jurisprudenciais, para a melhor compreensão do instituto aqui exposto.

2. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Antes de adentrar ao estudo específico do artigo 11, da Lei nº. 8.429/92, o qual trata dos atos de improbidade pela violação dos princípios administrativos, faz-se necessário conceituar o que é improbidade administrativa.

A Lei nº. 8.429/92, concebida para dar efetividade ao artigo 37, § 4º da Constituição Federal, não definiu, de forma precisa, o que é uma conduta ímproba, cabendo aos operadores do Direito interpretá-la. Porém, tal interpretação deve ser realizada de maneira cautelosa e prudente, para que não seja utilizada a ação de improbidade administrativa de forma ampla, o que acabaria prejudicando o atuar do administrador, reduzindo, por assim dizer, o seu campo de atuação ou até mesmo o impedindo de atingir o interesse público.

Improbidade, nas palavras de Marcelo Figueiredo significa desonestidade. Para esse autor, essa expressão associa-se, no âmbito do Direito, à conduta do administrador amplamente considerado.¹

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, ao invés de conceituar improbidade, trazem o significado de probidade, que é “retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade.”²

Vera Scarpinella Bueno também conceitua primeiramente probidade. Para ela, trata-se:

(...) do dever que todos os agentes públicos têm de fazer o melhor uso possível da sua competência, justificando a atribuição que lhes foi dada pela ordem jurídica. É também o dever daquele a quem não foi atribuída

¹ FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 4. ed., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 23.

² GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 76.

qualquer competência de não influenciar e de não ser beneficiado pelo desvio dos fins previstos no sistema.³

E, continuando, tal autora descreve improbidade como:

(...) a inobservância do dever de probidade por quem tem o dever de atendê-la, constituindo na forma da Lei 8.429, de 1992, uma ilegalidade qualificada por dois aspectos: (a) por uma conduta intencional, imprudente, imperita ou negligente do agente, conforme o artigo da lei em que se enquadre, e (b) que corresponda a uma das situações indicadas de forma não taxativa nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92.⁴

Já, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, relaciona probidade e moralidade administrativa, entendendo se tratar de expressões que significam a mesma coisa, quando se referem a princípios, posto que ambas se relacionam com a idéia de honestidade na Administração Pública, veja-se:

Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.⁵

Todavia, quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, a autora supracitada entende possuir significado diferente de imoralidade, veja:

(...) deixa de haver sinonímia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais. Na lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 2-6-92), a lesão à moralidade administrativa é apenas uma das inúmeras hipóteses de atos de improbidade previstos em lei.⁶

Figueiredo entende que comete, genericamente, “maus-tratos à probidade o agente público ou o particular que infringe a moralidade administrativa”.⁷

³ BUENO, Vera Scarpinella. O art. 37, § 1º, da Constituição Federal e a Lei de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros Editores, 2001 p. 391.

⁴ Idem.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 743.

⁶ DI PIETRO, M. Ibidem, p. 745.

⁷ FIGUEIREDO, M. Op. cit., p. 23.

Para ele, probidade é espécie do gênero moralidade administrativa, a qual se refere o artigo 37, *caput* e seu § 4º, da Constituição Federal.⁸ O autor ensina que:

O núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade administrativa; verdadeiro norte à Administração em todas as suas manifestações. Se correta estiver a análise, podemos associar, como o faz a moderna doutrina do direito administrativo, os atos atentatórios à probidade como também atentatórios à moralidade administrativa. Não estamos a afirmar que ambos os conceitos são idênticos. Ao contrário, a probidade é peculiar e específico aspecto da moralidade administrativa. Assim, ofensas aos princípios da lealdade, da boa-fé, da boa administração, estão igualmente contidas na lei, ao lado das situações lá descritas como ensejadoras de punição. É dizer, a lei, quando alude à 'probidade', determina ao intérprete sacar seu conteúdo da Constituição e da lei.⁹

Conclui o autor que “a probidade é, portanto, corolário do princípio da moralidade administrativa.”¹⁰

Já, para Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, a observância ao princípio da moralidade se traduz em um elemento de vital importância para a aferição da probidade, todavia, não é ele o único. Para os autores

(...) todos os atos dos agentes públicos devem observar a normatização existente, o que inclui toda a ordem de princípios, e não apenas o princípio da moralidade. Assim, quando muito, será possível dizer que a probidade absorve a moralidade, mas jamais terá sua amplitude delimitada por esta.
[...]
Descumprida a regra ou inobservados os princípios, ter-se-á um relevante indício de configuração da improbidade. Este pensamento pode ser condensado com a assertiva de que os atos do (sic) agentes públicos devem estar em conformidade com o 'princípio da juridicidade', nomenclatura utilizada para englobar todas as regras e os princípios (inclusive a moralidade) a que devem estar circunscritos os atos do Poder Público.¹¹

Garcia e Alves prelecionam ainda que, para configurar improbidade tem-se que fazer uma “ponderação do ato em cotejo com os valores que violou, denotando sua potencialidade lesiva em detrimento dos interesses tutelados...”¹²

⁸ FIGUEIREDO, M. Op. cit., p. 23.

⁹ FIGUEIREDO, M. Ibidem, p. 23-24.

¹⁰ FIGUEIREDO, M. Ibidem, p. 24.

¹¹ GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p. 18.

¹² Idem.

Assim, chega-se a conclusão que agente ímprobo é aquele que é desonesto, de má índole, que não age de acordo com as regras e princípios que está sujeito.

Diante disso, passa-se a análise dos princípios da administração pública.

2.1 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os princípios são importantes neste estudo, uma vez que o Poder Público deve sempre atuar em conformidade com a norma, sendo esta integrada por regras e princípios, devendo assim, os atos de todos os agentes públicos serem valorados em conformidade com eles.¹³

Cabe aqui, uma breve distinção entre regras e princípios. Para tanto, citar-se-á o posicionamento de dois expoentes sobre o assunto.

Para Dworkin **apud** Émerson Garcia e Rogério Pacheco Alves a distinção lógica entre regras e princípios é que:

(...) ambos estabelecem standards que apontam para decisões particulares sobre obrigações jurídicas em circunstâncias determinadas, mas distinguem-se quanto ao caráter de direção que estabelecem. Regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Se ocorrerem os fatos estipulados pela regra, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que em nada contribui para a decisão.¹⁴

Assim, diante dessa explicação dada por Dworkin, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves explicam que:

Dessa distinção deflui que os princípios possuem uma dimensão de peso, o que influirá na solução dos conflitos, permitindo a identificação daquele que irá preponderar. Quanto às regras, por não apresentarem uma dimensão de peso, a colisão entre elas será resolvida pelo prisma da validade, operação que será direcionada pelos critérios fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico: critério hierárquico (lex superior derogat

¹³ GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p. 15.

¹⁴ Ibidem, p. 12.

inferiori), critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) e critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*).¹⁵

Nas palavras de Robert Alexy **apud** Emerson Garcia e Rogério Pacheco

Alves,

Enquanto as regras impõem determinado padrão de conduta, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, ordenando que algo seja realizado na melhor maneira possível, podendo ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida de seu cumprimento dependerá tanto das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Além de encerrarem comandos de otimização que variarão consoante as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes por ocasião de sua aplicação, os princípios apresentam peculiaridades em relação às regras.¹⁶

Explicando melhor o conceito trazido por Robert Alexy, cita-se aqui os ensinamentos de Mateus Bertoncini:

O princípio é “norma jurídica impositiva de otimização”, cuja consequência, logicamente, é um maior grau de abstração, podendo excepcionalmente regular conduta, quando ausente a regra jurídica. A regra, por sua vez, é “norma que prescreve imperativamente uma exigência (impõe, permite, proíbe)”, prescreve conduta, do que decorre o seu diferenciado grau de abstração ou generalidade.¹⁷

Toda essa preocupação em se fazer uma distinção entre regras e princípios, tem o objetivo de demonstrar o âmbito de interpretação que deve ser observado na apuração das condutas que configuram atos de improbidade administrativa, a teor da Lei nº. 8.429/92.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves prelecionam que os atos do Poder Público para serem válidos e legítimos devem observar, com base no ensinamento de Luís Roberto Barroso, os seguintes princípios constitucionais, em razão do princípio da unidade da Constituição:

(...) a) os princípios fundamentais veiculadores da ideologia política fundamental do sistema e que constituem o seu núcleo imodificável, englobando, dentre outros, o princípio republicano (art. 1º, caput), o

¹⁵ GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p. 13.

¹⁶ Idem.

¹⁷ BERTONCINI, Mateus. **Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 149.

princípio federativo (art. 1º, caput), o princípio do Estado democrático de direito (art. 1º, caput), o princípio da separação dos poderes (art. 2º) etc.; b) os princípios gerais, os quais se diferenciam dos princípios fundamentais por terem um menor grau de abstração e por não terem caráter organizatório do Estado, mas sim limitativo de seu poder, resguardando situações individuais, bem como por veicularem um conteúdo mais ético do que político, sendo exemplos o princípio da legalidade (art. 5º, II), o princípio da liberdade (art. 5º, IV, VI, IX, XIII etc.), o princípio de acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV), o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV), o princípio da autonomia estadual e municipal (art. 18); c) princípios setoriais ou especiais, distribuídos por diferentes títulos da Constituição e que se irradiam sobre um número limitado de normas afetas a determinado tema, sendo agrupados de acordo com a respectiva área de atuação – I. Administração Pública (art. 37 – princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade etc.), II. Organização dos Poderes (arts. 95 e 96 – princípios da imparcialidade e da independência dos juízes etc.), III. Tributação e Orçamento (art. 150, I – princípio da legalidade tributária etc.) etc.¹⁸

Como se pode observar do acima transcrito, há inúmeros princípios que defluem do sistema, todavia, o constituinte preocupou-se em elencar, de maneira expressa, aqueles que deveriam ser necessariamente observados pelos agentes públicos. Assim, a Constituição Federal, em seu artigo 37, *caput* estabelece quais são os princípios referentes à administração pública.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)

A Lei de Improbidade Administrativa, em observância ao disposto na Constituição da República, dispõe em seu artigo 4º que “os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”.

Com efeito, o diploma legal em tela procurou encampar e dar efetividade ao dispositivo constitucional mencionado. E, com isso, deve-se fazer uma interpretação sistemática da Lei de Improbidade a fim de que, aos princípios expressamente indicados no artigo 11 - honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às

¹⁸ GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p.16-17.

instituições – acrescenta-se também os denominados princípios básicos da Administração Pública previstos pela Constituição Federal em seu artigo 37, *caput*. E reiterados no art. 4º da Lei nº. 8.429/92.

Esses princípios previstos, tanto na Carta Magna, como na Lei de Improbidade, devem ser observados pelos agentes de todos os Poderes, e não apenas pelo Poder Executivo, assim, por ser norma de observância obrigatória, seu descumprimento importará em flagrante infração aos deveres do cargo, sendo indício de prática de ato de improbidade.¹⁹

Os dois vetores básicos da probidade são os princípios da legalidade e da moralidade. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves entendem que dos princípios que norteiam a atividade do agente público, esses dois são os que merecem maior realce. Assim se posicionam os autores:

Não obstante o extenso rol de princípios, expressos ou implícitos, que norteiam a atividade do agente público, entendemos que merecem maior realce os princípios da legalidade e da moralidade. Aquele condensa os comandos normativos que traçam as diretrizes da atuação estatal; este aglutina as características do bom administrador, do agente probo cuja atividade encontra-se sempre direcionada à consecução do interesse comum. Da conjugação dos dois extrai-se o alicerce quase que integral do princípio da probidade, o qual deflui da observância das regras e princípios próprios do sistema.

A partir dessa construção principiológica, constata-se que os demais princípios assumem caráter complementar, incidindo em um grau de especificidade que presta grande auxílio na verificação da observância dos dois vetores básicos da probidade.²⁰

Embora os princípios da legalidade e da moralidade sejam os princípios de maior relevância ao se tratar de improbidade administrativa, como visto acima há outros princípios que complementam esses dois.

Assim, passa-se a tecer breves considerações a respeito dos princípios que norteiam a Administração Pública.

¹⁹ GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p. 20.

²⁰ Ibidem, p. 20-21.

2.1.1 Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade está previsto no artigo 37, *caput* e § 1º, da Constituição Federal.

Por tal princípio entende-se que o órgão ou a entidade é a autora dos atos estatais e não a pessoa do agente. Além disso, mencionado princípio estabelece que a todos aqueles que se encontrem em uma mesma posição seja dispensado tratamento idêntico, ou seja, os atos praticados devem gerar os mesmos efeitos a todos os administrados que estejam em uma situação similar, demonstrando a imparcialidade do agente público.²¹

Para Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, respeitando mencionado princípio estar-se-á preservando:

(...) o princípio da isonomia entre os administrados e o princípio da finalidade, segundo o qual a atividade estatal deve ter sempre por objetivo a satisfação do interesse público, sendo vedada a atividade discriminatória que busque unicamente a implementação de um interesse particular.²²

Como consta no livro do saudoso Hely Lopes Meirelles "esse princípio também deve ser entendido para excluir a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas (CF, art. 37, § 1º)."²³

²¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 09.

²² GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p. 21.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 92.

2.1.2 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade está disposto no artigo 37, *caput*, da Constituição da República e significa que os atos do Poder Público, com exceção da hipótese prevista no artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição de 1988 – sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado - devem ser de conhecimento do povo e dos demais legitimados, para que possam ser fiscalizados e controlados.²⁴

Mencionado princípio consagra, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello “o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos.”²⁵

Para o autor:

(...) não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.²⁶

No mesmo sentido é o entendimento de José Afonso da Silva, para quem:

A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo.²⁷

Deste modo, a transparência se faz necessária para que seja possível aos administrados verificar se os atos estatais estão adequados com o interesse público, somente assim, é que eles podem zelar por seus direitos.

²⁴ GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit, p. 21.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 96.

²⁶ Idem.

²⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 20. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 649.

2.1.3 Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência vem previsto expressamente no artigo 37, *caput* e § 3º e artigo 41, § 1º, inciso III, da Carta Magna de 1988.

Nas palavras de Garcia e Alves, “esse princípio consagra a tese de que a atividade estatal não deve ser direcionada unicamente à busca de um *bom resultado*, mas sim que deve visar, de forma incessante, ao *melhor resultado* para os administrados.”²⁸ (grifo no original)

Para melhor entender o funcionalismo desse princípio, cita-se o ensinamento de José Afonso da Silva:

(...) a *eficiência administrativa* se obtém pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para melhor satisfazer às necessidades coletivas num regime de igualdade dos usuários. Logo, o *princípio da eficiência administrativa* consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e instrumentais para a prestação de serviços públicos de qualidade em condições econômicas de igualdade dos consumidores.²⁹

Sendo assim, em razão desse princípio a Administração Pública deve satisfazer o interesse público, e para se alcançar esse objetivo o agente público não tem apenas o dever de administrar, mas sim o de melhor administrar, buscando sempre os meios mais adequados e coerentes para a satisfação da finalidade cuja competência confere.³⁰

Todavia, vale ressaltar que Maurício Ribeiro Lopes, em sua obra Comentários à reforma administrativa **apud** Alexandre de Moraes, critica a adoção do princípio da

²⁸ GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit, p. 22.

²⁹ SILVA, J. Op. cit, p. 651/652.

³⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 87.

eficiência, porque ele não considera eficiência um princípio da Administração Pública e sim uma finalidade dela.³¹

O princípio da eficiência e o princípio da legalidade devem caminhar juntos, ou seja, a Administração deve buscar atuar com eficiência, dentro da legalidade.³²

2.1.4 Princípio da Supremacia do Interesse Público

Antes de adentrar no conceito de supremacia, é importante definir o que é interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Mello define interesse público como o “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.**”³³ (grifo no original)

Explica-se melhor essa idéia, para o autor:

(...) existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas *singularmente consideradas* – e que, de par com isto, existe também o interesse *igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos*, tal como nela estiveram os que precederam e nela estão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras.³⁴ (grifo no original)

Assim, não se pode mais confundir interesse público com interesse exclusivo do Estado, posto que como visto, “(...) os interesses públicos correspondem à

³¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 299.

³² MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 130.

³³ MELLO, C. Op. cit., p. 71.

³⁴ Idem.

dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, que consistem no plexo dos interesses dos indivíduos **enquanto partícipes da Sociedade (...)**³⁵ (grifo no original)

Visto o que é interesse público, tem-se que adentrar ao princípio da supremacia do interesse público.

Esse princípio é também chamado de princípio da finalidade pública, posto que, todo agente público deve buscar atingir uma finalidade pública, ou seja, ao agir deve sempre fazer com que o interesse da coletividade se sobreponha ao interesse individual do administrador.³⁶

Apesar de ser um princípio implícito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembra que deve ser observado “tanto no momento da **elaboração da lei** como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o **legislador** e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.”³⁷ (grifo no original)

Portanto, o agente público, sempre que for atuar no caso concreto, deve fazer um exercício de ponderação para verificar se o interesse público está prevalecendo.

2.1.5 Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade

Nas palavras de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, o princípio da razoabilidade é visto “como o indicador de uma relação de natureza lógica entre meios e fins”³⁸, ou seja, para ele um ato será razoável “quando o juízo de valor que

³⁵ MELLO, C. Op. cit., p. 75.

³⁶ GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p. 23.

³⁷ DI PIETRO, M. Op. cit., p. 59.

³⁸ GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p. 25.

motivou sua prática encontra-se adequado aos standards de aceitabilidade existentes em determinado meio.”³⁹

No mesmo sentido preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, juridicamente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.⁴⁰

Portanto, um ato da Administração Pública não será válido se produzir resultados absurdos, pois caso isso ocorra, não poderá ser considerado um ato razoável.

Já, em relação ao princípio da proporcionalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que:

(...) este princípio enuncia a idéia – singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade do interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desdobram do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.⁴¹

Emerson Garcia e Rogério Pacheco conceituam assim o princípio da proporcionalidade:

(...) é atribuído um conceito mais amplo, alcançando a intensidade do ato, que deve ser adequado, necessário e proporcionar benefícios maiores do que os malefícios gerados, terminando por assumir grande relevância na medida em que evita a imposição de restrições aos direitos individuais em intensidade superior à necessária à preservação do interesse público.”⁴²

³⁹ GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p. 24.

⁴⁰ MELLO, C. Op. cit., p. 91.

⁴¹ Ibidem, p. 93.

⁴² GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p. 25.

O princípio da proporcionalidade, embora não esteja previsto expressamente na Constituição Federal, deflui da concepção de Estado Democrático de Direito e da necessidade de proteção aos direitos fundamentais, portanto, é um princípio de defesa da ordem jurídica, o qual restringe o arbítrio e preserva a legitimidade da normatização estatal.

O princípio da proporcionalidade desempenha um papel importante na aferição da legitimidade dos atos do Poder Público, uma vez que permite verificar, além da adequação e a necessidade da medida, se é legítimo que o alcance de determinado princípio constitucional seja mitigado em prol da incidência de outro em razão da natureza dos interesses em jogo.⁴³

É utilizado também, para opor limites na aplicação da Lei nº. 8.429/92, pois o operador de direito pode transmutar uma legitimidade de direito em uma ilegitimidade de fato, ou seja, ele deve realizar uma valoração responsável da situação fática, para que haja uma relação harmônica entre os fins da lei e os fins que serão atingidos com a sua aplicação ao caso concreto.⁴⁴

Assim, respeitando o princípio da proporcionalidade haverá uma relação de congruência entre a conduta do agente, a Lei nº. 8.429/92 e a Constituição Federal, evitando-se a desproporcional restrição dos direitos fundamentais.

Verifica-se do acima transcrito que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade se complementam, pois quem é razoável é proporcional e quem é proporcional é razoável.

⁴³ GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p. 67.

⁴⁴ Ibidem, p. 72.

2.1.6 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade, como visto, é norma fundamental do Direito Administrativo.

Esse princípio é específico do Estado de Direito, posto que, é o que o qualifica e lhe dá a identidade própria. A concepção de Estado de Direito encontra-se estritamente atrelada à necessidade de obediência por parte da administração, da norma de conduta a todos imposta.⁴⁵ Portanto, a Administração Pública não tem liberdade para agir, ela só pode fazer o que for permitido por lei, ou, nos casos que essa silencie, apenas quando o seu ato não prejudique o particular.

Nesse sentido ensina Alexandre de Moraes:

O tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5, II, da Constituição Federal [...], aplica-se normalmente na Administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitida a realização de tudo que a lei não proíba. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de *executor* do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica.⁴⁶ (grifo no original)

Todavia, surge aqui uma questão importante, que é saber quais atos o princípio da legalidade alcança.

Como bem prelecionam Garcia e Alves:

(...) o princípio da legalidade não pode ser estendido a ponto de alcançar todo e qualquer ato que imponha determinado comportamento ao Poder Público, pois concepção como essa desvirtuaria a própria natureza das coisas, rompendo com os alicerces do Estado Democrático de Direito.⁴⁷

⁴⁵ MELLO, C. Op. cit., p. 83.

⁴⁶ MORAES, A. Op. cit., p. 295.

⁴⁷ GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p.31.

Consequentemente cabe a administração obedecer às normas produzidas pelo Poder Legislativo, eis que a Constituição Federal outorgou a esse órgão a produção normativa, sendo assim, o princípio da legalidade tem seus contornos traçados pela lei em sentido material.⁴⁸

Porém, ressalta Garcia e Alves, que:

(...) a adoção da posição restritiva em relação ao princípio da legalidade não deve ser interpretada como negação da existência de outras normas além das produzidas pelo Poder Legislativo (v.g.: regulamentos), que servirão como parâmetros de aferição da legitimidade dos atos administrativos.⁴⁹

Outrossim, deve-se fazer a análise de como uma lei pode ser violada, pois com a violação desta, haverá inobservância ao princípio da legalidade.

Rafael Bielsa, **apud** Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, ensina que:

(...) uma lei pode ser violada em seu texto (violação grosseira e visível), em seu espírito (violação tortuosa e sutil), na verdade de seus desígnios sociais, econômicos, administrativos etc. (falsa motivação). Deve-se compreender, além disso, como violação de lei, toda interpretação arbitrária das normas aplicadas em detrimento do interesse geral ou do patrimônio ou erário do Estado, bem como a errônea ou falsa motivação, seja nos desígnios de fato, seja na determinação dos motivos; isto é, tanto na apreciação dos motivos anteriores ao ato (caso de inexistência desses motivos ou de não justificação para agir), quanto nos motivos determinantes, que se dão na decisão. (...)⁵⁰

Além disso, não se pode esquecer que a lei e os demais atos estatais recebem seu fundamento de validade na Constituição. Sendo assim, o administrador deve obediência à norma; o legislador, ao elaborar a norma, deve obediência à Constituição; e o juiz deve zelar pelo respeito à Constituição, o que inclui os princípios e regras que dela surgem, os quais a todos obrigam: Executivo, Legislativo e Judiciário.⁵¹

Assim, conclui Garcia e Alves:

⁴⁸ GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p. 31-32.

⁴⁹ Ibidem, p. 32.

⁵⁰ GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p. 36.

⁵¹ Ibidem, p. 37.

(...) a ilegalidade ou a inconstitucionalidade do ato apresenta-se como relevante indício de consubstanciação da improbidade, já que o agente não observou o principal substrato legitimador de sua existência e norteador da atividade estatal.⁵²

Entretanto, não se pode afirmar que o Poder Público deve agir apenas em estrita conformidade com a lei, mas também, como se verá adiante, deve obedecer ao “senso médio superior da moralidade vigente numa determinada comunidade”, pois, caso contrário, estará agindo de maneira ímproba.⁵³

2.1.7 Princípio da Moralidade Administrativa

Primeiramente, conceituar-se-á moral. Segundo Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

(...) entende-se por moral o conjunto de valores comuns entre os membros da coletividade em determinada época; ou, sob uma ótica restritiva, o manancial de valores que informam o atuar do indivíduo, estabelecendo os seus deveres para consigo e sua própria consciência sobre o bem e o mal.⁵⁴

Essa moral é a comum, é aquela que direciona o homem em sua conduta externa, permitindo-lhe distinguir o bem do mal.

Mas há também a moral administrativa, a qual, segundo Garcia e Alves, “é extraída do próprio ambiente institucional, condicionando a utilização dos meios (*rectius*: poderes jurídicos) previstos em lei para o cumprimento da função própria do Poder Público, a criação do bem comum.”⁵⁵

⁵² GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p. 37.

⁵³ FREITAS, Juarez. O princípio jurídico da moralidade e a lei de improbidade administrativa. IN: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 135-136.

⁵⁴ GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p. 38.

⁵⁵ Ibidem, p. 42.

Portanto, a moral administrativa direciona o homem em sua conduta interna, a partir das idéias de boa administração e de função administrativa, segundo os princípios que regem a atividade administrativa. Ela é obra dos valores de um grupo restrito ocupado pelos agentes públicos. Deste modo, assumindo o agente, espontaneamente, o ônus de gestor da coisa pública, tem o dever de atuar em harmonia com as finalidades institucionais próprias do órgão que ocupa.

Segundo esse mesmo pensamento, Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona que o princípio da moralidade administrativa compreende os princípios da lealdade e da boa-fé, os quais determinam que:

(...) a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.⁵⁶

Assim, o princípio da moralidade pode ser definido como a obrigação do agente atuar visando um objetivo que esteja em harmonia com o dever de bem administrar.

Então, como ensinam Garcia e Alves, “ainda que os contornos do ato estejam superpostos à lei, será ele inválido se resultar de caprichos pessoais do administrador, afastando-se do dever de bem administrar e da consecução do bem comum.”⁵⁷

Os atos dos agentes públicos, em virtude da moralidade administrativa, não podem reprimir os valores que derivam dos direitos fundamentais dos administrados, o que permitirá a valorização e o respeito à dignidade da pessoa humana. Além disso, mencionado princípio confere aos administrados o direito subjetivo de exigir

⁵⁶ MELLO, C. Op. cit., p. 102.

⁵⁷ GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p. 44.

do Estado que os atos administrativos sejam direcionados a busca do bem comum, visando sempre a melhor solução para o caso concreto.⁵⁸

Não é suficiente que o agente respeite apenas o princípio da legalidade, mas sim deve obediência à ética administrativa, estabelecendo uma relação de adequação entre seu agir e o alcance do interesse público⁵⁹, posto que, a legalidade e a moralidade integram-se e complementam-se, ocupando o mesmo grau hierárquico na estrutura principiológica que rege os atos estatais.

2.2 ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

As leis nº. 3.164/57 e nº. 3.502/58, precursoras no combate à improbidade no Brasil, censuravam apenas o enriquecimento ilícito dos agentes públicos. Com a Lei nº. 8.429/92 passou-se a alcançar, além destes, também os atos que causam prejuízo ao erário e aqueles que atentem contra os princípios de regência da administração pública.

Porém, como bem preleciona Vera Scarpinella Bueno, a Lei de improbidade administrativa não diz quais atos administrativos são de improbidade. A norma apenas estabelece alguns parâmetros casuísticos que auxiliam na identificação da improbidade de um ato jurídico. A Lei nº. 8429/92 apenas limitou-se a descrever comportamentos em seus artigos 9º, 10 e 11, os quais não se confundem entre si, e

⁵⁸ GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p. 44.

⁵⁹ Ibidem., p. 42.

que podem ser concretizados por uma infinidade de ações e omissões administrativas.⁶⁰

O artigo 9º indica os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito:

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 mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, 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 servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

⁶⁰ BUENO, V. Op. cit., p. 389.

O artigo 10 cuida dos atos ímprobos que causam prejuízo ao erário:

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;

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;

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

O artigo 11 trata dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública:

Art. 11. Constitui 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, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Da leitura dos referidos dispositivos legais, extrai-se que o *caput* utiliza-se de conceitos jurídicos indeterminados e é independente dos incisos, ou seja, o *caput* tem o seu texto bem delimitado, encontrando-se nele todas as condutas ímprobas capazes de importar enriquecimento ilícito, causar prejuízo ao erário ou violar princípios administrativos.⁶¹

O legislador apenas fez constar os incisos objetivando explicitar algumas condutas que entendeu mais gravosas, portanto, chega-se a conclusão de que os incisos são meramente exemplificativos, o que pode-se verificar da própria utilização da expressão “notadamente”.⁶²

Para Fábio Medina Osório tanto o *caput* dos artigos como seus incisos são normas em branco. Assim, explica o autor:

A idéia de considerar os dispositivos do *caput* espécies de normas em branco, com alto nível de generalidade, inclusive servindo de referência residual aos incisos, agrega segurança jurídica ao modelo. De igual modo, os incisos serão normas em branco, porém com um detalhamento normativo mais intenso do que aquele estampado nas normas do *caput*.⁶³

Além disso, pela simples leitura dos artigos, nota-se que eles se relacionam intimamente, ou seja, uma conduta que se encaixa em um dos tipos do artigo 9º acaba ferindo o artigo 10, como também agride, necessariamente, o artigo 11, posto que, como bem preleciona Medina “(...) toda improbidade administrativa pressupõe

⁶¹ GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p. 189.

⁶² Idem.

⁶³ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 255.

uma lesão imaterial aos princípios e regras que presidem a Administração Pública, em conjunto com a agressão às normas setoriais e aplicáveis ao caso.”⁶⁴

Como uma conduta ímproba acaba sempre violando os princípios que regem a administração pública, esse trabalho tem como objetivo se ater aos atos de improbidade administrativa previstos no artigo 11, os quais se preocupam justamente com condutas lesivas aos princípios da administração pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro preleciona que no artigo 11 alguns atos de improbidade administrativa estão definidos da seguinte maneira:

(...) especificamente em 7 incisos; mas o *caput* deixa as portas abertas para a inserção de qualquer ato que atente contra “os princípios da administração pública ou qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”.⁶⁵

Ainda, mencionada autora entende que “(...) para ser ato de improbidade, não é necessária a demonstração de ilegalidade do ato; basta demonstrar a lesão à moralidade administrativa.”⁶⁶

A amplitude da lei constitui sério risco para o intérprete porque pode levar a radicalismos interpretativos capazes de tratar como ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, cometidas sem a má-fé, que afronta os princípios éticos ou critérios morais. Práticas sem maiores repercussões no universo administrativo, ditadas, eventualmente, pela ausência da habilidade do agente público, se examinadas à luz de legalismo extremado, podem assumir a configuração de atos de improbidade, quando, de fato, não contêm tanta gravidade. As deficiências pessoais, culturais e profissionais do agente público podem

⁶⁴ OSÓRIO, F. Op. cit., p. 255.

⁶⁵ DI PIETRO, M. Op. cit., p. 672.

⁶⁶ Idem.

promover irregularidades e até mesmo, ilegalidades formais, mas é só o desvio de caráter que faz o ilegal sinônimo de ímprobo.⁶⁷

Cabe aqui mencionar o entendimento de Bertoncini ao discordar de que um ato ilegal é sempre ímprobo:

É um exagero imaginar que qualquer ilegalidade possa ser causa de improbidade administrativa, conforme se induz de uma interpretação gramatical da linguagem prescritiva do *caput* do art. 11. A ilegalidade por si só não é causa de ato de improbidade administrativa. O que é causa de ato dessa natureza é a ilegalidade que viola a honestidade, a imparcialidade e a lealdade às instituições. A ilegalidade que é causa de ato de improbidade é a decorrente de desvio de finalidade e de incompetência, conforme o inc. I do art. 11.⁶⁸

Seguindo esse entendimento, acreditamos ser temerário caracterizar como ímprobo qualquer ato que afronte os princípios, que, apesar de firmarem pilares da atuação administrativa, não podem significar aplicação irrestrita de sanções, pois isso colocaria em vala comum todos os atos e omissões dos agentes, sejam aqueles originários de intenções desonestas ou não.

Em razão dessa generalidade da Lei, o agente público acaba deixando de atuar, de muitas vezes melhorar a vida dos administrados, por medo de acabar sendo punido por prática de ato de improbidade administrativa.

Medina, para solucionar essa questão preleciona que:

A improbidade administrativa pressupõe violência necessária e inarredável contra normas subjacentes a seus tipos sancionadores. Deve-se valorar os comportamentos proibidos à luz das regras e princípios subjacentes à LGIA. Não basta uma violação dos princípios da Administração Pública, e muito menos uma conduta diretamente enquadrável nos tipos formalizados na LGIA, sem uma prévia agressão a regras legais, concretamente relacionadas com as ações ou omissões dos agentes públicos.
[...] toda improbidade administrativa traduz uma ilegalidade de comportamento que não se limita a violar princípios ou deveres abstratos contemplados na Lei Federal 8.429/92. Sendo uma norma sancionadora em branco, quaisquer dos tipos da LGIA são contemplados por legislações

⁶⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo; PAZZAGLINI FILHO, Marion; ROSA, Márcio Fernando Elias. **Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 179-180.

⁶⁸ BERTONCINI, M. Op. cit., p. 168.

setoriais, instituindo regras que se sistematizam e se incorporam aos princípios.⁶⁹

Também, é importante mencionar que o artigo 11 será, quase sempre, um artigo subsidiário e a simples violação a princípios, quase inexistente, pois esta violação estará geralmente absorvida pela ocorrência dos eventos ímprobos descritos na lei. Desse modo, é como se o artigo 11 fosse apenas subsidiário em relação aos artigos 9º e 10.

Assim, ensina Pazzaglini Filho:

Logo, a figura da improbidade administrativa por transgressão a princípio constitucional que rege a Administração Pública está contida nas normas principais que definem tipos mais graves de improbidade (arts. 9º e 10). E, por isso, sua aplicação subordina-se à não-aplicação daquelas.⁷⁰

Outrossim, cabe mencionar que a improbidade administrativa caracteriza um ilícito de natureza civil e política, embora possa ter conseqüências na esfera criminal, com a concomitante instauração de processo criminal e na esfera administrativa, esse entendimento decorre das sanções aplicáveis ao caso, quais são: suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário.⁷¹

Para que possam incidir essas medidas sancionatórias previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, exige-se que estejam presentes, no ato de improbidade administrativa, determinados elementos, que são: sujeito passivo e ativo, ocorrência do ato danoso e o elemento subjetivo (dolo ou culpa).

Porém quando se fala em violação direta aos princípios da administração pública, conduta esta prevista no artigo 11, da Lei de Improbidade Administrativa,

⁶⁹ OSÓRIO, F. Op. cit., p. 256.

⁷⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada:** aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. Legislação e Jurisprudência Atualizadas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 112.

⁷¹ DI PIETRO, M. Op. cit., p. 678.

que como já mencionado é a preocupação desse trabalho, surge uma divergência quanto à necessidade da existência de todos esses elementos.

Portanto, passa-se agora a análise separada de cada um desses elementos.

3. SUJEITOS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Os sujeitos da improbidade administrativa são divididos em dois grupos: os ativos, aqueles que por ação ou omissão praticam atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito, que causem prejuízo ao erário ou, que atentem contra os princípios da administração pública; e os passivos, que arcam com os resultados dos atos na lei dispostos como ilícitos.

3.1 SUJEITO ATIVO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A lei de improbidade administrativa considera como sujeito ativo o agente público e o terceiro 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. Veja-se:

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.

[...]

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele 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.

O conceito de agente público, para incidência da Lei nº. 8.429/92, vem prescrito no artigo 2º:

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.

Marcelo Figueiredo analisando esse conceito preceitua que são sujeitos ativos das condutas previstas nos artigos 9º, 10 e 11 as seguintes figuras:

- a) os agentes públicos, servidores públicos (estatutários, celetistas ou remanescentes de regime pretéritos) das entidades públicas (Administração direta, autarquias e fundações públicas) (...);
- b) os servidores públicos (servidores celetistas) dos entes governamentais privados (fundações governamentais privadas, sociedades de economia mista e empresas públicas);
- c) os contratados, particulares exercendo transitoriamente funções estatais, sem vínculo profissional (dentre outros, v.g., representações da sociedade civil em conselhos ou comissões de licitação, jurados, mesários em eleição etc.);
- d) os agentes políticos, respeitadas as disposições constitucionais;
- e) aqueles que não são servidores ou agentes públicos, mas que, todavia, “induziram ou concorreram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiaram sob qualquer forma direta ou indireta” (v. art. 3º da lei). Terceiros portanto, servidores ou não; daí por que a dicção do art. 1º c/c o art. 3º: “no que couber”. Aquele que não é servidor ou agente público não pode, v.g., perder o cargo ou emprego, como é obvio. As punições são de outra ordem (...)⁷²

Percebe-se do conceito de agente público, trazido pelo artigo 2º, que o legislador o deixou superabrange, superando o conceito de funcionário público previsto no artigo 327 do Código Penal.

Carlos Frederico Brito dos Santos explica a abrangência do conceito trazido pela Lei de Improbidade Administrativa dando um exemplo, no qual se responsabilizará um empregado de uma empresa privada que preste serviços a qualquer órgão público e demais pessoas jurídicas elencadas no artigo 1º da lei em comento, em razão do vínculo indireto existente entre aquele e a Administração:

Na hipótese de apropriação de dinheiro ou qualquer outro bem móvel público, por exemplo, embora não possa responder por crime de peculato, o preposto de empresa, que exerça função terceirizada perante uma das entidades constantes do art. 1º da LIA, responderá pelo ato ímprobo descrito no seu art. 9º, inciso XI, por não haver dúvida de tratar-se de agente que exerce *transitoriamente e por vínculo indireto* (note-se que, quando a lei fala em *qualquer forma de vínculo*”, não faz distinção se direto

⁷² FIGUEIREDO, M. Op. cit., p. 27.

ou indireto) atividade ou *função* perante uma das mencionadas pessoas jurídicas.⁷³

Com isso, nota-se que o legislador visou proteger a moralidade administrativa e o patrimônio público da ação daqueles que, mesmo não sendo considerados agentes públicos pelo Direito Administrativo, trabalham para a Administração Pública, em razão da contratação, via licitação, para a prática de serviços terceirizados.

Carlos Frederico Brito dos Santos classifica os sujeitos ativos em próprios e impróprios, sendo aqueles os elencados no artigo 2º e esses os definidos no artigo 3º da lei.⁷⁴

Com relação aos agentes públicos impróprios, o autor afirma que o legislador também ampliou o conceito, posto que, a Lei de Ação Popular prevê no artigo 6º apenas o sancionamento dos beneficiários diretos do ato lesivo impugnado, enquanto a Lei de Improbidade Administrativa além de dispor que é aplicável aos beneficiários diretos, também considera sujeito ativo os beneficiários indiretos e aquele que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade administrativa.⁷⁵

Cabe aqui mencionar a definição trazida por Pazzaglini Filho de indução, concurso e auferir benefícios:

Indução é o ato de instigar, sugerir, estimular, incentivar agente público a praticar ou omitir ato de ofício caracterizador de improbidade administrativa. O concurso é atividade de auxílio, de participação material na execução por agente público de ato de improbidade administrativa. Auferir benefício é tirar proveito patrimonial, direto ou indireto, de ato ímprobo cometido por agente público, seja ajustado previamente com este, seja sem associação ilícita, agindo, nesse caso, o terceiro, de má-fé, ciente da improbidade cometida, dela se locupletando.⁷⁶

⁷³ SANTOS, Carlos Frederico Brito dos, **Improbidade administrativa**: reflexões sobre a Lei nº 8.429/92. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 8.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 7-12.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 10.

⁷⁶ PAZZAGLINI FILHO, M. *Op. cit.*, p. 27.

No entender de Marcelo Figueiredo “o terceiro, o particular, aquele que não é servidor ou agente público, segundo a lei, somente poderá ser co-autor ou participante na conduta ilícita.”⁷⁷

Explica o autor supracitado que

De fato, o agente ou servidor público é quem dispõe efetivamente de meios e condições muito mais eficazes de realização das condutas materiais (positivas ou negativas), porquanto é dele o poder de praticar o ato estatal lesivo. Isso não impede que o particular ou terceiro seja o mentor intelectual da ação de improbidade, seja o verdadeiro “gerente” dos atos ilícitos. Contudo, a lei é clara: as figuras para terceiro circunscrevem-se a duas ações: “induzir” ou “concorrer”.⁷⁸

Além do terceiro, pessoa física, deve-se entender também como sujeito ativo as pessoas jurídicas de direito privado que induzam, concorram ou beneficiem sob qualquer forma direta ou indiretamente dos atos de improbidade. Bertoncini explica tal situação citando um caso prático:

(...) superfaturamento de preços em processo de compra da Administração Pública, embora não se deva ignorar a responsabilidade da pessoa física ou das pessoas físicas representantes da pessoa jurídica, do ponto de vista do direito quem induz, concorre ou se beneficia – enfim, quem comete o ato de improbidade – é a empresa fornecedora e vencedora do processo de licitação.⁷⁹

Outro ponto importante, quando se trata de sujeito ativo, diz respeito aos agentes políticos.

Há divergência tanto doutrinária como jurisprudencial quanto a possibilidade de aplicação aos agentes políticos das sanções previstas na Lei nº. 8.429/92, uma vez que, tal diploma legal consagraria crime de responsabilidade.

Todavia, Medina entende não ser possível descartar a incidência da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, posto que, “há categorias que não se subordinam ao regime dos crimes de responsabilidade, como é o caso dos

⁷⁷ FIGUEIREDO, M. Op. cit., p. 34.

⁷⁸ Ibidem, p. 35.

⁷⁹ BERTONCINI, M. Op. cit., p. 258.

magistrados e membros do Ministério Público, sem falar nos membros dos Tribunais de Contas.”⁸⁰

Para o autor, “a discussão que se há de admitir é sobre os ritos punitivos endereçados a certas autoridades.”⁸¹

Ainda, o doutrinador supracitado justifica a possibilidade de aplicar aos agentes políticos a Lei de Improbidade Administrativa, pois ela tem alcance e natureza distinta da Lei de Crimes de Responsabilidade, veja:

A aplicabilidade a LGIA independe, por óbvio, do concurso de outras legislações específicas, de natureza e alcance distintos, como a Lei dos Crimes de Responsabilidade, porque a lei posterior, ainda que disso tratasse, derogaria a lei anterior, no que coubesse. Deve-se dizer, em realidade, que se trata de legislações distintas, a Lei de Crimes de Responsabilidade e a LGIA, com objetos diversos, cuja compatibilidade somente pode ser discutida pontualmente, no tocante à incidência do princípio constitucional do *non bis in idem*, correlato ao postulado da proporcionalidade, afastando-se ou atenuando-se uma ou outra medida punitiva. Nos crimes de responsabilidade, é de direito penal que se cuida. Na improbidade, é de direito administrativo sancionador. Tal distinção, não bastassem outras considerações, já seria suficientemente esclarecedora.⁸²

Embora a doutrina entenda ser possível a aplicação da Lei nº. 8.429/92 aos agentes políticos, foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal a Reclamação 2138, a qual acabou sendo julgada procedente, entendendo a maioria dos Ministros que a ação de improbidade é uma ação por crime de responsabilidade, sendo de competência da Suprema Corte julgar os casos que atentem contra a probidade na administração quando o sujeito ativo for uma daquelas pessoas prevista no artigo 102, I, c, da Constituição Federal.⁸³

⁸⁰ OSÓRIO, F. Op. cit., p. 208.

⁸¹ Idem.

⁸² Ibidem, p. 209.

⁸³ EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. [...] II. MÉRITO. II.1.Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2.Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e

Porém, tal controvérsia não se encerrou com o julgamento dessa Reclamação, posto que referida decisão não possui efeito vinculante e *erga omnes*, decidindo, ainda hoje, os Tribunais de modo contrário a ela, como se observa nesses julgados:

Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, atuada nesta Corte como Petição, proposta pelo Ministério Público do Estado do Amazonas, contra Alfredo Pereira do Nascimento, Senador da República e Ministro de Estado dos Transportes e outros. [...] Com efeito, a Constituição Federal, nos termos do artigo 102, I, atribui ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, 'Art. 102. [...] I ' [...] b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios ministros e o Procurador-Geral da República. c) Nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros de Tribunais Superiores, os do Tribunal de contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente'. Como se vê, trata-se de um rol taxativo de possibilidades para que esta Corte venha a ser competente para processar e julgar os agentes políticos. E, ao que me parece, os atos ilícitos que ensejam a propositura da ação de improbidade não se enquadram nesse exíguo rol. **Não é possível equiparar o ilícito a que faz alusão a Lei 8.429/92 aos chamados crimes de responsabilidade ou infrações penais. Esses, por sua vez, configuram ilícitos de natureza político-administrativa, cujo alcance é diferente do ilícito de improbidade, caracterizado como ilícito civil.** Menos se pode dizer da equiparação entre o ilícito civil previsto no diploma legal aludido e as infrações penais comuns, a que faz alusão o texto constitucional. Dar um tratamento privilegiado a outras condutas passíveis de condenação pelo Poder Judiciário, quando o Constituinte originário assim não o fez é, sem dúvida, desrespeitar o princípio da isonomia (...) (STF, Pet 4498, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 25/03/2009, publicado em DJe-061 DIVULG 30/03/2009 PUBLIC 31/03/2009) (g.n)

o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição. II.3.Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c"; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II.4.Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, "c", da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.5.Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (Rcl 2138, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES (ART.38,IV,b, DO RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007, DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-01 PP-00094)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. INAPLICABILIDADE DA LEI 1.070/50.(...)

O "ex-prefeito não se enquadra dentre aquelas autoridades que estão submetidas à Lei nº 1.070/1950, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade, podendo responder por seus atos em sede de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa" (STJ, RESP 764.836/SP, Relator Ministro José Delgado, Relator p/ acórdão Ministro Francisco Falcão, DJ 10.03.2008). (...) (STJ, REsp 511.095/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 27/11/2008)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO PREJUDICADO. ADIN JULGADA PELO STF. PERDA DE OBJETO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. CABÍVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE RECEBE A INICIAL. RECURSO NÃO CONHECIDO. [...] APLICAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 2138, NO SENTIDO DE QUE A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO É APLICÁVEL AOS AGENTES POLÍTICOS DETENTORES DE MANDATO ELETIVO. INEXISTÊNCIA DE EFEITO VINCULANTE. RECLAMAÇÃO É MEDIDA PROCESSUAL QUE SOMENTE OPERA EFEITOS INTER PARTES. (...) (TJPR - 4ª C.Cível - AC 0461510-1 - Londrina - Rel.: Des. Salvatore Antonio Astuti - Unânime - J. 25.11.2008)

Sendo assim, ainda pairam-se dúvidas quanto à possibilidade dos agentes políticos serem considerados sujeito ativo do ato de improbidade administrativa punido pela Lei nº. 8.429/92.

Vale ressaltar ainda, que a Lei de improbidade administrativa previu no artigo 8º, a hipótese dos sucessores daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente estar sujeito às sanções da LIA até o limite do valor da herança.

3.2 SUJEITO PASSIVO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

As entidades que podem ser atingidas por atos de improbidade administrativa estão elencadas no artigo 1º da Lei nº. 8.429/92.

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.

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.

Todavia, é de suma importância o entendimento de Bertoncini, de que quem é realmente vítima dos atos de improbidade administrativa é a coletividade. Para o autor:

(...) os atos de improbidade administrativa são cometidos contra o interesse público, contra o interesse da coletividade, contra o interesse do povo brasileiro, de cuja força ou poder emana o próprio Estado, como sociedade politicamente organizada (Preâmbulo da Constituição de 1988). O Estado brasileiro somos nós todos, e, portanto, quando ele é atingido em seus fundamentos não é a pessoa jurídica do Estado que é vilipendiada, mas cada brasileiro que, conscientemente ou não, integra essa coletividade. A pessoa jurídica de direito público que nos representa não passa de uma abstração do direito, criada e organizada para zelar e administrar esses interesses de ordem coletiva (art. 1º. Da CF).⁸⁴

Porém, o que é comumente dito a respeito dos sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa é de que esses atos são cometidos contra as pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), contra as pessoas jurídicas de direito público de capacidade administrativa, ou seja, as autarquias e as fundações públicas, contra as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público ou, ainda, exploradoras de atividades econômica, e que compõem, juntamente com as autarquias e fundações públicas, a Administração indireta do Estado.

A lei prevê também como vítimas de atos de improbidade administrativa as empresas incorporadas ao patrimônio público, as entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra, com mais de 50% do patrimônio ou da

⁸⁴ BERTONCINI, M. Op. cit., p. 255.

receita anual, as pessoas jurídicas de direito privado que recebam subvenção, benefícios ou incentivos, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como aquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nesses casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. Podem ser incluídas nessa modalidade as entidades do tipo dos serviços sociais autônomos (Sesi, Senai, Sesc), as chamadas organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público.

Como ocorre com os sujeitos ativos, Carlos Frederico Brito dos Santos, também divide os sujeitos passivos em próprios e impróprios. Os próprios seriam as entidades previstas no *caput* do artigo 1º da Lei nº. 8.429/92. Enquanto os impróprios são as do parágrafo único do artigo 1º.⁸⁵

Diante disso, percebe-se que a Lei de improbidade administrativa protege praticamente as mesmas entidades elencadas no artigo 1º combinado com o artigo 6º da Lei nº. 4.717/65, que trata da ação popular, mas, é bem mais abrangente que o artigo 327, do Código Penal, o qual apenas equipara as entidades estatais e paraestatais, deixando de considerar as pessoas jurídicas privadas, que recebem a injeção de recursos públicos via subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício.⁸⁶

Há que se prestar atenção aos sujeitos passivos arrolados no parágrafo único do artigo 1º, uma vez que a lei limita a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. Caso a lesão ultrapasse o montante da contribuição dos cofres públicos, a entidade terá que pleitear por outra via que não a

⁸⁵ SANTOS, C. Op. cit., p. 14/15.

⁸⁶ Ibidem, p. 15.

ação de improbidade administrativa. Frederico Brito explica referida hipótese por meio de um exemplo, veja:

(...) se apenas 20% (vinte por cento) do capital da empresa for constituído por recursos públicos, a sentença que condenar os agentes ímprobos ao ressarcimento por infração a algum dos preceitos da Lei nº. 8429/92, por exemplo, terá de se limitar aos valores correspondentes a tal percentual, não podendo abranger recursos de origem privada, que deverão ser objeto de outra ação de ressarcimento a ser proposta pela pessoa jurídica prejudicada.⁸⁷

Outrossim, a Lei nº. 8.429/92 não se aplica apenas à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes, ela vai além, incidindo também nas situações previstas no artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 70. [...]

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária.

Portanto, por força deste dispositivo constitucional todos os responsáveis pelas entidades referidas no artigo 1º, da Lei de improbidade administrativa têm o dever de prestar contas, inclusive aqueles que não integram a administração pública, mas apenas se beneficiam do dinheiro dos contribuintes.

Garcia e Alves prelecionam a importância de mencionado preceito constitucional para preservação da transparência dada ao destino do dinheiro público:

A tão alvitrada transparência, por sua vez, somente será preservada com a apresentação dos projetos que serão empreendidos pela pessoa jurídica beneficiada, a exigência de prestação de contas e a realização de uma fiscalização adequada, possibilitando o controle do destino dada (sic) ao dinheiro público.⁸⁸

⁸⁷ SANTOS, C. Op. cit., p. 15.

⁸⁸ GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p. 157.

Assim, nota-se que o objetivo fundamental da Lei de improbidade administrativa consiste em proteger o dinheiro público onde quer que se encontre⁸⁹, por isso, a delimitação do sujeito passivo tem um caráter amplo para englobar todas as entidades que trabalhem com algum recurso público.

⁸⁹ PRADO, F. Op. cit., p. 58.

4. DANO E ELEMENTO SUBJETIVO RELATIVOS AO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

4.1 DANO AO ERÁRIO

A configuração de ato de improbidade administrativa por ação ou omissão que atenta contra os princípios da administração pública provoca uma importante discussão acerca da necessidade do dano efetivo ao patrimônio público decorrente da conduta praticada. A questão reside em saber se a ocorrência de prejuízo ao erário é requisito para se tipificar uma das condutas indicadas no artigo 11, da Lei nº. 8.429/1992 como ato de improbidade administrativa.

Primeiramente, vale lembrar que o ato de improbidade administrativa compreende três modalidades, tendo o artigo 11 caráter residual em relação aos atos de improbidade indicados nos artigos 9º e 10 da aludida lei, eis que, ao praticar as condutas que geram enriquecimento ilícito ou causam lesão ao erário, o agente público acaba por violar algum dos princípios constitucionais implícitos ou expressos, relativos à conduta ímproba.⁹⁰

Deste modo, nota-se a existência de uma corrente doutrinária a qual se posiciona no sentido de que “a figura da improbidade administrativa por transgressão a princípio constitucional que rege a Administração Pública está contida nas normas principais que definem tipos mais graves de improbidade (arts. 9º e 10).”⁹¹ Portanto, desse ensinamento extrai-se que as condutas ímprobas

⁹⁰ PAZZAGLINI FILHO, M. Op. cit., p. 112.

⁹¹ Idem.

descritas no artigo 11 da Lei nº. 8.429/92 somente são punidas de forma autônoma quando não restar caracterizada as demais hipóteses de atos de improbidade.

No que diz respeito à necessidade da ocorrência do dano efetivo ao erário, com base no artigo 21, inciso I, da Lei nº. 8.429/1992, a doutrina e a jurisprudência se posicionam no sentido de que o dano constitui elemento prescindível à configuração da improbidade, posto que a incidência das sanções previstas no artigo 12 independem da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, portanto, não é o dano substrato legitimador da sanção.⁹²

A lei, no artigo 21, inciso I, é explícita no que se refere à desnecessidade de ocorrência de dano ao erário para que haja a responsabilização por improbidade administrativa, veja-se:

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:
I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público;
(...)

Diante do transcrito por esse artigo, os autores entendem que basta à violação dos princípios para que esteja caracterizado ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, da referida Lei.

Nesse sentido preleciona Di Pietro:

A rigor, qualquer violação aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, do interesse público, da eficiência, da motivação, da publicidade, da impessoalidade e de qualquer outro imposto à Administração Pública pode constituir ato de improbidade administrativa.⁹³

Complementando o entendimento supramencionado a referida autora ensina que “(...) o que quis dizer o legislador, com a norma do artigo 21, I, é que as sanções podem ser aplicadas mesmo que não ocorra dano ao patrimônio econômico.”⁹⁴

⁹² GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p. 211.

⁹³ DI PIETRO, M. Op. cit., p. 760.

⁹⁴ Ibidem, p. 761.

No mesmo sentido ensina Carlos Frederico Brito dos Santos:

(...) hoje, a condenação do agente público e de terceiros conluiados pela prática de improbidade administrativa por pura e simples violação de qualquer dos princípios da Administração Pública, através da ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições, dentre outros, consoante prevê o art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/1992, cuja caracterização independe de qualquer *lesividade* ou *dano concreto* ao patrimônio público.⁹⁵ (grifo no original)

Pedro da Silva Dinamarco é adepto a essa corrente. Para o autor, o artigo 11 da referida Lei não faz “(...) menção a respeito da necessidade de existência de dano ao erário ou enriquecimento ilícito de alguém para a caracterização desse ‘tipo’”.⁹⁶

Nesse mesmo sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO – LEGITIMIDADE ATIVA DA PREFEITURA MUNICIPAL – COISA JULGADA – FUNDAMENTO INATACADO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO-CONFIGURADO – INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO – SINGULARIDADE DA NATUREZA DO SERVIÇO PRESTADO – SÚM. 7/STJ – LEI 8.429/1992 – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DESNECESSIDADE DE DANO MATERIAL AO ERÁRIO.

[...]

5. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que se configura ato de improbidade a lesão a princípios administrativos nos termos do art. 11 da Lei 8.249/1992, o que, a priori, independe da ocorrência de dano ou lesão material ao Erário.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

(STJ, REsp 915.881/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL QUE REALIZOU COMPRAS DE MOBILIÁRIO DA EMPRESA MODILAC, DE PROPRIEDADE DO CUNHADO E DA IRMÃ DO ENTÃO PREFEITO, SEM REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. EMISSÃO DE DIVERSAS NOTAS DE EMPENHO DE MANEIRA FRACIONADA. ALEGAÇÃO DE BURLA AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E

⁹⁵ SANTOS, C. Op. cit., p. 4.

⁹⁶ DINAMARCO, Pedro da Silva. Requisitos para a procedência das ações por improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 335.

ENQUADRAMENTO NO ARTIGO 10, I, VII E XII E ARTIGO 11, I DA LEI Nº. 8.429/92. PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO DOS RÉUS NAS SANÇÕES DO ARTIGO 12, II E III DA MESMA LEI DE IMPROBIDADE. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS PEDIDOS. APELAÇÃO. 1. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXIGIBILIDADE DE EFETIVO DANO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. OCORRÊNCIA DO ATO ÍMPROBO. EXEGESE DO ARTIGO 21, I DA LEI Nº. 8.429/92. APELAÇÃO PROVIDA NESTE ASPECTO. O objetivo maior da Lei de Improbidade Administrativa é resguardar a moralidade administrativa, punindo o administrador público desonesto e ímprobo. Por essa razão, independentemente da ocorrência ou não de efetivo dano aos cofres públicos, o que deve ser alvo de detida análise, é se o ato praticado pelo administrador público foi imoral, donde se extrai que, o efetivo prejuízo a ser aquilatado não é só aquele de ordem patrimonial, mas, também, aquele que afete a moralidade pública e maltrate a coisa pública. [...] (TJPR - 4ª C.Cível - AC 0388440-6 - Toledo - Rel.: Des. Marcos de Luca Fanchin - Unânime - J. 03.12.2007)

Vera Scarpinella Bueno preleciona que o dano, nas hipóteses do artigo 11, é presumido e só será aplicada a sanção de ressarcimento prevista no artigo 12 se houver prejuízo:

(...) a redação do art. 11, *caput*, da Lei 8.429, de 1992, não faz referência direta à ocorrência de dano efetivo ao erário público como condição para aplicação das sanções. Acreditamos que nas hipóteses do art. 11 a lei pressupõe a existência de dano ao patrimônio público, presumindo a lesão à moralidade administrativa, a exemplo do que se dá no art. 4º da Lei da Ação Popular. Tanto assim que o art. 12, III, fala em ‘ressarcimento integral do dano, se *houver*’.⁹⁷ (grifo no original)

Marcelo Figueiredo ao tratar sobre esse assunto, segue o mesmo caminho, ou seja, entende que no artigo 11, a lei pressupõe a existência de dano presumido, punindo assim, não apenas o dano material à Administração, mas também qualquer lesão ou violação à moralidade administrativa, ocorrendo ou não prejuízo no sentido econômico.⁹⁸

Ainda, explica o autor que:

O dispositivo, ainda, ao não exigir “a efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público”, pode levar o intérprete a imaginar que o juiz será obrigado a aplicar as sanções da lei independentemente de dano. Não parece a melhor exegese, como vimos. (...) Nota-se que, ausente qualquer tipo de prejuízo, mesmo moral, seria um verdadeiro *nonsense* punir-se o agente. É dizer, a lei pretendeu afirmar que as várias modalidades de improbidade administrativa serão punidas. Ausente qualquer sorte de

⁹⁷ BUENO, V. Op. cit., p. 393.

⁹⁸ FIGUEIREDO, M. Op. cit., p. 284.

prejuízo ou lesão, de toda e qualquer natureza, faltaria interesse jurídico para punir.⁹⁹

Na mesma direção caminham os ensinamentos de Wallace Paiva Martins, veja:

A tutela específica do art. 11 é dirigida às bases axiológicas e éticas da Administração, realçando o aspecto da proteção de valores imateriais integrantes de seu acervo com a censura do dano moral. Entretanto, essa tutela específica não permite resumir que o art. 11 da Lei Federal n. 8.429/92 protege exclusivamente os valores morais da Administração Pública. Havendo lesão patrimonial, também nessa hipótese dar-se-á, além das outras cominações previstas no art. 12, III, o ressarcimento integral do dano, mostrando que os valores patrimoniais estão protegidos nessa espécie, se bem sejam dispensáveis para a caracterização dessa modalidade de improbidade administrativa.¹⁰⁰

Diante dessas explicações fica claro que para configurar a hipótese de ato de improbidade administrativa prevista no artigo 11 não é necessária à ocorrência de dano material, porém para se aplicar a sanção de ressarcimento integral do dano, prevista no artigo 12, inciso III, da Lei nº. 8.429/92, o dano material é imprescindível.

Seguindo os ensinamentos da doutrina, o Superior Tribunal de Justiça assim tem se posicionado:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO.

[...] omissis.

3. Em princípio, a lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Caso reste demonstrada a lesão, e somente neste caso, o inciso III, do art. 12 da Lei nº 8.429/92 autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário.

4. A conduta do recorrido, ao contratar e manter servidores sem concurso público na Administração, amolda-se ao caput do art. 11 da Lei nº 8.429/92, ainda que o serviço público tenha sido devidamente prestado, bem como não tenha havido má-fé na conduta do administrador.

5. Não havendo prova de dano ao erário, não há que se falar em ressarcimento, nos termos da primeira parte do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/92. As demais penalidades, inclusive a multa civil, que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos).

⁹⁹ FIGUEIREDO, M. Op. cit., p. 284.

¹⁰⁰ MARTINS JÚNIOR, W. Op. cit., p. 225.

6. Acórdão reformado, fixando-se a multa civil em três vezes o valor da remuneração recebida no último ano de mandato.
7. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte" (STJ, REsp nº 988.374/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe de 16.05.2008).

Apesar de o Tribunal Superior entender que a multa civil não tem feição indenizatória, Juarez Freitas doutrina que a Administração Pública sofre dano moral quando há violação dos princípios administrativos e nesse caso o autor preleciona que não se aplicaria a sanção de reparação de dano, todavia o dano moral não pode ficar sem reparação, sendo nesse caso “sancionado pela aplicação da multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente”, cumulável com as demais sanções.¹⁰¹

Conclui-se então que a análise do dano causado pelo ato é importante para uma razoável e proporcional quantificação da pena, e não para a caracterização do ato em si.¹⁰²

4.2 DOLO E CULPA DO AGENTE PÚBLICO

Antes de adentrar especificamente a análise do artigo 11, da Lei nº. 8.429/92, é imprescindível fazer algumas considerações sobre o dolo e a culpa no âmbito do direito administrativo.

¹⁰¹ FREITAS, Juarez. O princípio jurídico da moralidade e a lei de improbidade administrativa. IN: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito administrativo contemporâneo**: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 153.

¹⁰² BUENO, V. Op. cit., p. 393.

O conceito de dolo não está presente nos textos legais que tratam do direito administrativo, ele é extraído do artigo 18, do Código Penal. No entanto, sua aplicação não se faz igual e da mesma forma que se utiliza no direito penal.¹⁰³

É levado em consideração, para a aplicação do dolo, no âmbito do direito administrativo, o conceito de interesse público. A lei que irá eleger que tipos de condutas qualificam a incidência do elemento doloso.¹⁰⁴

A análise do dolo, na ceara do direito administrativo somente acontecerá quando houver a obtenção positiva do resultado pretendido, ou seja, administrativamente, não cabe tentativa.¹⁰⁵

Passando ao conceito de dolo, trazemos a definição dada por Fábio Medina Osório:

(...) o dolo, em direito administrativo, é a intenção do agente que recai sobre o suporte fático da norma legal proibitiva. O agente quer realizar determinada conduta objetivamente proibida pela ordem jurídica. Eis o dolo. Trata-se de analisar a intenção do agente especialmente diante dos elementos fáticos – mas também normativos – regulados pelas leis incidentes à espécie.¹⁰⁶

Rita Tourinho também define dolo para o direito administrativo:

“Dolo e culpa são espécies de vínculo de aspecto psicológico que liga o autor ao fato por ele praticado. [...] Age com dolo quem atua visando que seu ato contrarie o direito ou quer contrariar o direito e atua para isso. [...] Transportando esta noção para o direito administrativo, age com dolo o agente que voluntariamente realiza determinada conduta proibida pela ordem jurídica.”¹⁰⁷

Trazendo o conceito de dolo para a improbidade administrativa, Mateus Bertoncini entende que:

¹⁰³ CHOINSKI, Carlos Alberto Hohmann. **Estudo sobre o dolo no direito administrativo**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/19868/19432>> Acesso em: 22 set 2009.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 135.

¹⁰⁷ TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa. Ação de Improbidade & Controle Princiológico**. Curitiba: Ed. Juruá, 2004, p. 173.

(...) o dolo do agente público é marcado pela quebra dos deveres de honestidade, imparcialidade e lealdade, ou seja, pela violação do princípio da moralidade administrativa, juntamente com o atentado a outra norma fundamental do sistema: o princípio da legalidade, intimamente relacionado com a conduta censurada pelo legislador.¹⁰⁸

Hugo Nigro Mazzilli afirma que “o dolo (para fins de aplicação da lei de improbidade) que se exige é o comum; é a vontade genérica de fazer o que a lei veda ou não fazer o que a lei manda.”¹⁰⁹

Já, no que tange a culpa, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, prelecionam que “o ato será culposo quando o agente não empregar a atenção ou a diligência exigida, deixando de prever os resultados que adviriam de sua conduta por atuar com negligência, imprudência ou imperícia”.¹¹⁰

Adentrando ao tema propriamente dito dessa monografia, isto é, realizar a análise da exigência do dolo e da culpa por parte do sujeito ativo nos atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da administração pública, surgem na doutrina posicionamentos diversos.

Di Pietro entende ser necessário “verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto.”¹¹¹

José Augusto Delgado defende o mesmo entendimento de que o artigo 11 exige, de maneira expressa, uma ação dolosa e culposa.¹¹²

Nesse mesmo sentido preleciona Wallace Paiva Martins Júnior, para o qual:

(...) Não se comunga a tese de que, em razão da explícita admissão do dolo e da culpa no art. 10, a lei tenha exigido o dolo nos arts 9º e 11 e

¹⁰⁸ BERTONCINI, M. Op. cit., p. 171.

¹⁰⁹ MAZZILI, Hugo Nigro, **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 162.

¹¹⁰ GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p. 317.

¹¹¹ DI PIETRO, M. Op. cit., p. 762.

¹¹² DELGADO, José Augusto. Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 226.

tornado impunível o ato culposo nessas espécies de improbidade administrativa. Efetivamente, não. O art. 11 preocupa-se com a intensidade do elemento volitivo do agente, pune condutas dolosas e culposas (aqui entendida a culpa grave). De outra parte, deve-se considerar, ainda, que é mister a ocorrência de grave e inequívoca violação aos princípios e deveres administrativos, notadamente legalidade e moralidade, que revele a falta de ética e não meras irregularidades que não configurem dano aos princípios e deveres administrativos.¹¹³

De maneira contrária, posiciona-se Marçal Justen Filho. O autor ao avaliar a responsabilidade por improbidade administrativa, afirma que:

(...) a configuração da improbidade depende da consciência e da intenção de promover as condutas ímprobas. Não há improbidade culposa, o que não significa exigir dolo específico nem equivale a negar a diversidade de graus de consciência e reprovabilidade.¹¹⁴

Para Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves a prática dos atos de improbidade administrativa previstos no artigo 11 pressupõe o dolo do agente, uma vez que para que haja responsabilidade objetiva deve-se ter uma normatização expressa neste sentido, não bastando assim, o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito para a configuração de improbidade.¹¹⁵

Os autores supracitados descartam a possibilidade da prática de ilícitos culposos, previstos no artigo 11, em razão de dois fatores:

De acordo com o primeiro, a reprovabilidade da conduta somente pode ser imputada àquele que a praticou voluntariamente, almejando o resultado lesivo, enquanto que a punição do descuido ou da falta de atenção pressupõe expressa previsão legal, o que se encontra ausente na hipótese. No que concerne ao segundo, tem-se um fator lógico-sistemático de exclusão, pois tendo sido a culpa prevista unicamente no art. 10, afigura-se evidente que a *mens legis* é restringi-la a tais hipóteses, excluindo-a das demais.¹¹⁶

Corroborando com tal entendimento encontra-se o autor Paulo Henrique dos Santos Lucon, para o qual o artigo 11, ao elencar atos que importam ofensa a princípios da administração, não prevê a culpa no elemento subjetivo das condutas

¹¹³ MARTINS JÚNIOR, W. Op. cit., p. 230.

¹¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 687.

¹¹⁵ GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p. 215-216.

¹¹⁶ Ibidem, p. 216.

lá descritas. Lucon entende que o legislador não previu a conduta culposa intencionalmente, objetivando excluí-la do tipo.¹¹⁷

Assim explica o autor supracitado:

A Lei de Improbidade, por seu nítido caráter sancionador deve ser interpretada restritivamente, até mesmo por força do comando constitucional esculpido no art. 5º, XXXIX. Seguindo essa linha de raciocínio, só se fala em infrações, sejam penais ou administrativas, por conduta meramente culposa quando expressamente prevista tal modalidade, como o fez o legislador no art. 10 e não nos arts. 9º e 11. Afinal, a lei tem o intuito de alcançar “o administrador desonesto, não o inábil.”¹¹⁸

Pedro da Silva Dinamarco preleciona no mesmo sentido, isto é, exige-se “(...) a prova de conduta dolosa das pessoas envolvidas na ação ou omissão, já que não há qualquer disposição a respeito da forma culposa.”¹¹⁹

Verifica-se pelo transcrito acima que o artigo 11, da Lei nº. 8.429/92, prevê também a prática de atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da administração pública, decorrentes de omissão dolosa. Bertoncini visualiza tal situação na hipótese de responsabilidade do superior hierárquico por ato de improbidade administrativa praticado pelo seu subordinado, veja:

(...) Essa perspectiva é fundamental na análise da responsabilidade por ato de improbidade administrativa, de modo a não se excluir a responsabilidade da autoridade superior por ato de improbidade administrativa de seus subordinados, em função da mera alegação de desconhecimento. Não se trata de responsabilidade objetiva, mas, diversamente, na cobrança do exercício de um dever-poder de controle sobre os atos das autoridades inferiores, sob o comando imediato do superior hierárquico, e que haveria de resultar, como sabido, na retificação e correção desses atos ilegais e lesivos, com a punição, por iniciativa da autoridade superior, de seus comandados.
[...] Se há o dever de conhecimento e a autoridade não quer tomar conhecimento, podendo e devendo fazê-lo, é evidente que estará se omitindo dolosamente e não apenas culposamente, devendo responder em conjunto com os seus subordinados (...) ¹²⁰

¹¹⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Litisconsórcio necessário e eficácia da sentença na Lei de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 311.

¹¹⁸ Ibidem, p. 312.

¹¹⁹ DINAMARCO, P. Op. cit., p. 335.

¹²⁰ BERTONCINI, M. Op. cit., p. 172.

Porém, com relação aos posicionamentos supra transcritos de que apenas a conduta dolosa caracterizaria ato ímprobo previsto no artigo 11, outro é o entendimento de Fabio Medina Osório. Para o autor, pela redação dada ao *caput* do artigo 11, admite-se conduta dolosa, porém pela redação conferida a alguns dispositivos do artigo citado foi conferida a forma culposa. Assim explica o autor:

Assim, entendemos que o *caput* do dispositivo constante do art. 11 da LGIA efetivamente contempla, a título de cláusula geral, apenas condutas dolosas. A transgressão ali descrita conduz, razoavelmente, a essa assertiva. É natural que assim seja, em busca de limitações mais rígidas ao direito punitivo. Porém, os incisos desse mesmo bloco normativo admitem várias condutas culposas, dentro de uma idéia de excepcionalidade e fragmentariedade, respeitadas as peculiaridades sancionatórias de cada tipo setorial e também a perspectiva de colaboração das legislações extravagantes, com inserções pontuais de condutas tipificáveis no universo do art. 11 da LGIA.¹²¹

Medina sustentando essa possibilidade de se imputar a alguém a prática de um ato de improbidade administrativa na modalidade culposa, trazendo como exemplo a situação de uma gestão grosseiramente culposa, em que se gera uma omissão de prestação de contas. Para ele é possível ocorrer tal hipótese em razão do silêncio da lei:

(...) o silêncio abre portas à lógica sistêmica do direito administrativo sancionador, qual seja, a de que se admitem modalidades dolosas e culposas de atos ilícitos, dependendo da estrutura das normas proibitivas concretamente analisadas. No sistema da LGIA, não há uma regra geral de que o silêncio deva gerar presunção de que o ilícito só se pune a título doloso. Ao revés, tudo indica que o silêncio permite uma análise mais aprofundada da redação do dispositivo, de modo a perceber seu real alcance.¹²²

Ainda, o autor defende esse entendimento com base na Constituição Federal.

Para ele:

Os tipos culposos da improbidade descendem já da própria Constituição Federal. Nesta, não há restrição alguma à improbidade culposa. Ao contrário, há reforço no sentido da necessária proteção dos valores “eficiência” ou “economicidade”, ao abrigo da moral administrativa e de princípios expressos nos arts. 37 ou 70 da CF. Forte no princípio

¹²¹ OSÓRIO, F. Op. cit., p. 258.

¹²² Ibidem, p. 265.

democrático, a LGIA optou pela eleição da improbidade culposa como modalidade de ilícito. Não desrespeitou o comando do art. 37, § 4º, da CF, que prevê uma série de sanções aos atos ímprobos, porque o castigo reservado ao ilícito culposo haverá, como ocorre nos demais tipos de ilícitos, de ser balanceado e ponderado, em consonância com o postulado ou princípio da proporcionalidade.¹²³

Porém, para o autor supracitado, por se tratar de ilícito culposo, nos quais a censurabilidade é menor, deve-se reforçar ainda mais as garantias oferecidas aos sujeitos, valorando-se adequadamente esse elemento, tanto na tipificação da conduta quanto na fixação da pena, respeitando-se o princípio da proporcionalidade.¹²⁴

Um posicionamento mais radical é o adotado por Marcus Vinícius Corrêa Bittencourt, o qual doutrina que:

(...) não há a necessidade de se aprofundar na intenção do administrador público para se verificar a violação ao princípio da moralidade. Não se encontra restrita a violação à probidade apenas à vontade interior do agente, pois não poucas vezes o próprio conteúdo do ato administrativo ofende tão claramente o senso comum de honestidade e justiça da sociedade que basta verificar a proporcionalidade entre o fim almejado e os meios utilizados para se violar o princípio da moralidade.¹²⁵

Como na doutrina, os Tribunais também não têm um posicionamento unânime no que diz respeito ao dolo e a culpa nos atos de improbidade administrativa previstos no artigo 11 da Lei nº. 8.429/92.

No Superior Tribunal de Justiça são encontrados entendimentos diversos, veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO-COMPROVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INADEQUAÇÃO DE ANÁLISE EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA

¹²³ OSÓRIO, F. Op. cit., p. 270.

¹²⁴ Ibidem, p. 272.

¹²⁵ BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Moralidade administrativa: evolução e conteúdo IN: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito administrativo contemporâneo**: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 224.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 11 DA LEI 8.429/92). ELEMENTO SUBJETIVO. MODALIDADE CULPOSA. ATIPICIDADE CONFIGURADA. LESÃO AO ERÁRIO (ART. 10 DA LEI 8.429/92). REQUISITO ESSENCIAL PARA A CONFIGURAÇÃO DA CONDUTA. DANO PRESUMIDO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE CONHECIDOS E, NESSAS PARTES, PROVIDOS.

(...)

7. A configuração de qualquer ato de improbidade administrativa exige a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público, pois não é admitida a responsabilidade objetiva em face do atual sistema jurídico brasileiro, principalmente considerando a gravidade das sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa. Portanto, **é indispensável a presença de conduta dolosa ou culposa do agente público ao praticar o ato de improbidade administrativa, especialmente pelo tipo previsto no art. 11 da Lei 8.429/92**, especificamente por lesão aos princípios da Administração Pública, que admite manifesta amplitude em sua aplicação. Por outro lado, **é importante ressaltar que a forma culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado à lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (arts. 9º e 11 da LIA).**

8. No exame do caso concreto, há manifesto equívoco do Tribunal de origem na qualificação da conduta dos réus da ação civil de improbidade administrativa, pois a "indesculpável ligeireza", "ausência de zelo", "incúria", "erro crasso" e, até mesmo a "culpa", expressamente reconhecidos nas instâncias ordinárias, não configuram o ato de improbidade administrativa por violação de princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11 da Lei 8.429/92, o qual exige a presença de dolo. Assim, apesar das inúmeras hipóteses traçadas nos julgados impugnados, em nenhum momento foi demonstrado no que consistiria a conduta dolosa que caracterizaria o ato de improbidade administrativa.

[...]

10. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessas partes, providos, a fim de julgar improcedentes os pedidos da presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

(STJ, REsp 805.080/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009) - grifo nosso.

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSOS ESPECIAIS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. CONTRATAÇÃO E MANUTENÇÃO DE PESSOAL SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DOLO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADO. RECURSOS PROVIDOS.

1. "A improbidade administrativa consiste na ação ou omissão intencionalmente violadora do dever constitucional de moralidade no exercício da função pública, tal como definido por lei" (Marçal Justen Filho in Curso de Direito Administrativo, 3ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 828).

2. Para que se configure a improbidade, devem estar presentes os seguintes elementos: o enriquecimento ilícito, o prejuízo ao erário e o atentado contra os princípios fundamentais (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

3. **O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso**, à luz da natureza sancionatória da Lei 8.429/92.

4. No caso dos autos, as instâncias ordinárias afastaram a existência de dolo, bem como de prejuízo ao erário, razão por que não há falar em ocorrência de ato de improbidade administrativa.

5. Recursos especiais providos. (STJ, REsp 654.721/MT, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 01/07/2009) - grifo nosso.

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. LEI 8.429/92. LICITAÇÃO. NECESSIDADE DE CONFIGURAÇÃO DO DOLO DO AGENTE PÚBLICO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ.

1. Nem todo o ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para os fins da Lei 8.429/92. A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador.

2. As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sendo que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa. Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas, **conclui-se que o silêncio da Lei tem o sentido eloqüente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9.º e 11.**

3. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 07 desta Corte.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (STJ, REsp 940.629/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2008, DJe 04/09/2008) - grifo nosso

ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO.

1. **A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92, em princípio, não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade.** Caso reste demonstrada a lesão, o inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92 autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário.

2. A conduta do recorrente de contratar e manter servidores sem concurso público na Administração amolda-se ao caput do art. 11 da Lei nº 8.429/92, ainda que o serviço público tenha sido devidamente prestado.

3. Não havendo prova de dano ao erário, não há que se falar em ressarcimento, nos termos da primeira parte do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/92. As demais penalidades, inclusive a multa civil, que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos).

4. Acórdão reformado para excluir a condenação ao ressarcimento de danos e reduzir a multa civil de dez para três vezes o valor da última remuneração recebida no último ano de mandato em face da ausência de prejuízo ao erário.

5. Recurso especial provido em parte.

(STJ, REsp 737.279/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe 21/05/2008) – grifo nosso.

Apesar do entendimento majoritário dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça ser no sentido de que é necessária a demonstração do elemento subjetivo para que reste configurado ato de improbidade administrativa que atente contra os

princípios da administração pública, há julgados no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que estão em sentido contrário:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL. CESSÃO DE SALA EM RODOVIÁRIA PÚBLICA (COM EQUIPAMENTOS E ACESSO PAGO À INTERNET), PARA PARTICULAR, COM INTENÇÃO ELEITORAL. FATOS COMPROVADOS. JUSTIFICATIVAS NÃO AGASALHADAS NO CONJUNTO PROBATÓRIO. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE E MORALIDADE. CORRETO ENQUADRAMENTO DA HIPÓTESE NO ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE (LEI 8429/92). SANÇÕES APLICADAS DE FORMA EQUILIBRADA. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO. 1 - Os princípios administrativos expressos se constituem nas diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só se poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles. 2 - **"A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente** nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade" (STJ, REsp 880.662/MG). (TJPR - 5ª C.Cível - AC 0498705-7 - Nova Esperança - Rel.: Juiz Subst. 2º G. Rogério Ribas - Unânime - J. 18.11.2008) – grifo nosso.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CUSTEIO, PELO ERÁRIO, DE GASTOS DE ENERGIA ELÉTRICA DE AGREMIÇÃO RELIGIOSA. ATO ÍMPROBO IDENTIFICADO. PENAS APLICADAS CUMULATIVAMENTE. 1. A utilização do erário para quitar gastos de energia elétrica de entidade religiosa é contra a Constituição Federal, o que ofende, sem dúvida pelo menos os princípios da Administração Pública. 2. **A ocorrência de dano, o dolo, culpa e má-fé são irrelevantes para a caracterização do ato de improbidade.** 3. As penas da lei de improbidades devem ser aplicadas cumulativamente, sendo aplicável a proporcionalidade apenas na sua mensuração. Apelação Cível provida. (TJPR - 5ª C.Cível - AC 0437180-8 - Maringá - Rel.: Des. Rosene Arão de Cristo Pereira - Unânime - J. 16.12.2008) – grifo nosso

Vale a pena reproduzir trecho do acórdão proferido pelo Desembargador Rosene Arão na parte em que explica o dolo e a culpa:

Dolo ou culpa não integram os elementos necessários para a prática de ato de improbidade, vale dizer, pouco importa se houve intenção ou não; em havendo desrespeito à LIA, pratica-se ato de improbidade. É cediço que o administrador público deve agir sempre dentro dos limites da lei, diferente do particular, a quem é conferido fazer o que a lei permite e o que ela não proíbe. É o que a doutrina e a jurisprudência chamam de princípio da estrita legalidade. O ato praticado pelos apelados não observou o a lei - porque lei não há que os autorizasse a pagar contas particulares de energia elétrica de entidade religiosa particular! -; ao contrário, trata-se de ato contrário à Constituição Federal, que impossibilita entes públicos de subvencionar entidades religiosas.

Outra situação em que se discute a necessidade de demonstrar o dolo para a configuração do ato de improbidade que viole princípios administrativos, diz respeito à responsabilidade dos terceiros que se beneficiaram do ato ímprobo. Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior **apud** Carlos Frederico Santos entendem que para o terceiro ser responsabilizado pelo ato de improbidade administrativa praticado por qualquer agente público, basta o beneficiamento, ou seja, independe da demonstração do dolo.¹²⁶

Porém, Carlos Frederico Brito dos Santos critica esse posicionamento, aduzindo que:

(...) o legislador da Lei nº 8.429/92 não previu a *responsabilidade objetiva* do próprio agente, que terá de atuar *dolosamente* nas hipóteses de ato de improbidade administrativa que importem em *enriquecimento ilícito* (art. 9º) e nas que *atentam contra os princípios da Administração Pública* (art. 11), bem como ao menos *culposamente* naquelas que causam *prejuízo ao erário* (art. 10), não teria qualquer lógica a responsabilização de terceiro sem o equivalente nexu ou liame subjetivo previsto para cada modalidade de ato de improbidade administrativa, além de ofender o princípio constitucional da isonomia esculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.¹²⁷ (grifo no original)

Nesse sentido também é o posicionamento de Garcia e Alves, para os quais ao terceiro somente poderão ser aplicadas as sanções cominadas no artigo 12 em tendo atuado com dolo, afastando-se a responsabilidade objetiva.¹²⁸

Diante do exposto, com todo o respeito ao posicionamento daqueles que entendem não ser necessária à exigência do elemento subjetivo ou que deve ser demonstrado o dolo e a culpa, pensamos que os fundamentos apresentados por aqueles que defendem apenas a necessidade da comprovação do dolo do agente público para se imputar a prática do ato de improbidade administrativa que atente contra os princípios da administração pública possuem maior coerência lógica.

¹²⁶ SANTOS, C. Op. cit., p. 12-13.

¹²⁷ Ibidem, p. 13.

¹²⁸ GARCIA, E. e ALVES, R. Op. cit., p. 217.

5. CONCLUSÃO

Consoante as anotações colhidas no curso desta monografia que suscitou algumas discussões a respeito do artigo 11, da Lei nº. 8.429/92, algumas conclusões podem ser indicadas.

Primeiramente, que a Lei nº. 8.429/92, foi concebida para dar efetividade ao artigo 37, § 4º da Constituição Federal.

Referida Lei dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de prática de ato de improbidade administrativa no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Prevê três modalidades de atos de improbidade administrativa, quais sejam: enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e afronta aos princípios da administração pública.

O artigo 11, que disciplina os atos de improbidade administrativa que afrontam os princípios da administração pública é de suma importância, posto que, aludido artigo possui um caráter residual em relação aos atos de improbidade indicados nos artigos 9º e 10 da Lei. Sendo assim, caso a conduta do agente não se encaixe em nenhuma das situações previstas nos artigos antecedentes, será tipificada no artigo 11.

Isso é possível porque ao praticar as condutas que geram enriquecimento ilícito ou causam lesão ao erário, o agente público acaba por violar algum dos princípios constitucionais implícitos ou expressos, relativos à conduta ímproba.

Restará caracterizada o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, quando o agente público ou a pessoa que mesmo não sendo agente público,

mas induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta agir ou se omitir violando os princípios da honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições. Todavia, deve-se acrescer a esses princípios, os princípios básicos da administração pública previstos pela Constituição Federal em seu artigo 37, *caput* – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Porém, é arriscado caracterizar como ímprobo qualquer ato que afronte os princípios, que, apesar de firmarem pilares da atuação administrativa, não podem significar aplicação irrestrita de sanções, pois isso igualaria todos os atos e omissões dos agentes, não importando se são originários de intenções desonestas ou não.

Essa amplitude da lei constitui sério risco para o intérprete porque pode levar a radicalismos interpretativos capazes de tratar como ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, cometidas sem a má-fé, que afronta os princípios éticos ou critérios morais. Práticas sem maiores repercussões no universo administrativo, ditadas, eventualmente, pela ausência da habilidade do agente público, se examinadas à luz de legalismo extremado, podem assumir a configuração de atos de improbidade, quando, de fato, não contêm tanta gravidade. As deficiências pessoais, culturais e profissionais do agente público podem promover irregularidades e até mesmo, ilegalidades formais, mas é só o desvio de caráter que faz o ilegal sinônimo de ímprobo.

Em razão dessa aplicação incondicional da Lei nº. 8.429/92, o agente público acaba deixando de atuar, de muitas vezes melhorar a vida dos administrados, por medo de acabar sendo punido por prática de ato de improbidade administrativa.

Compete ao Poder Judiciário verificar se o valor principiológico, a exigência ou o *Standard* previsto especificamente na Lei nº. 8.429/92, foi descumprido dolosamente pelo agente. Se a resposta for positiva, o ato de improbidade administrativa estará caracterizado, autorizando a aplicação das sanções correspondentes. Agora, diferentemente, se o princípio previsto na disposição legal não foi violado, ou, então, se a norma-princípio atingida pelo agente não se encontrar predisposta na Lei de regência, o ato de improbidade administrativa não terá sido cometido.

Como visto no trabalho, há uma divergência doutrinária e jurisprudencial no tocante a necessidade de demonstração da ocorrência de culpa ou dolo do agente público para se configurar o ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública.

Acolhemos nesse estudo o entendimento de que para caracterizar a conduta do artigo 11 não é suficiente o mero descumprimento dos deveres legais, pois o bem maior protegido por esse dispositivo legal é a honestidade, portanto, somente o agente desonesto, com deliberada intenção de proveito pessoal, é que pode ser sancionado pelo artigo 12, inciso III, da Lei de Improbidade Administrativa.

Logo, para que incidam as pesadas sanções previstas no artigo 12, inciso III, se faz necessário a comprovação da intenção desonesta do agente público, ou seja, a demonstração do dolo, não bastando a mera culpa, portanto, um erro legal do agente, sem desonestidade, não pode ser enquadrável como improbidade administrativa.

No que tange ao dano, não se encontraram posicionamentos contrários, sendo assim, para configurar o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, da Lei nº. 8.429/92 não é necessária a ocorrência de dano ao erário. Todavia, se

não houver dano material a ser ressarcido, não se pode aplicar a sanção prevista no artigo 12, inciso III, de reparação de dano.

A análise do dano causado pelo ato é importante para uma razoável e proporcional quantificação da pena, e não para a caracterização do ato em si.

Logo, como a jurisprudência e a doutrina divergem quanto ao tema, ele deve ser analisado com muita cautela pelos Magistrados, representantes do Ministério Público e demais estudiosos da área jurídica.

REFERÊNCIAS

BERTONCINI, Mateus. **Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Moralidade administrativa: evolução e conteúdo IN: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. Organização do texto: Anne Joyce Angher. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2008. (Coleção de Leis Rideel).

BRASIL. Lei n. 8.429/92, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2008. (Coleção de Leis Rideel).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 940.629/DF. Ministério Público Federal e Ozório José De Menezes Fonseca. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Julgamento do Acórdão em 16 ago 2008, DJe 04 set 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 737.279/PR. Arcidíneo Félix Gulin e Ministério Público do Estado do Paraná. Relator Ministro Castro Meira. Julgamento do Acórdão em 13 maio 2008. DJe 21 maio 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 988.374/MG. Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Vicente de Faria Paiva. Relator Ministro Castro Meira. Julgamento do Acórdão em 06 maio 2008. DJe 16 maio 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 654.721/MT. Leônidas Clementino da Silva, Edilson Baracat e Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Julgamento do Acórdão em 23 jun 2009. DJe 01 jul 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 805.080/SP. Eufrásio Pereira Meira, Cbpo Engenharia Ltda. e Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora Ministra Denise Arruda. Julgamento do Acórdão em 23 jun 2009. DJe 06 ago 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 915.881/SP. Paulo Ramos de Oliveira e Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora Ministra Eliana Calmon. Julgamento do Acórdão em 23 jun 2009. DJe 06 ago 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 511.095/RS. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Iron Louro Baldo de Albuquerque e Geraldo Luiz dos Santos Zibetti. Relator Ministro Luiz Fux. Julgamento do Acórdão em 04 nov 2008. DJe 27 nov 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2138. União, Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e Relator da Ac nº 1999.34.00.016727-9 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator Ministro Nelson Jobim, Relator p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mendes (ART.38,IV,b, DO RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 13 jun 2007, DJe-070 Divulgação 17 abril 2008 Publicado em 18 abril 2008 Ementa Vol-02315-01 pp-00094.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 4498. Ministério Público do Estado do Amazonas, Alfredo Pereira do Nascimento e Ministro de Estado dos Transportes e outros. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 25/03/2009, publicado em DJe-061 Divulgado em 30 mar 2009 Publicado em 31 mar 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível 0388440-6/Toledo. Ministério Público do Estado do Paraná e Derli Antonio Donin e Outros. Relator Desembargador Marcos de Luca Fanchin. Julgamento do Acórdão em 03 dez 2007. DJ: 7517. Unânime.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível 0437180-8. Ministério Público do Estado do Paraná, Said Felício Ferreira, Jairo Morais Gianoto, Mitra Arquidiocesana de Maringá. Relator: Desembargadora Rosene Arão de Cristo Pereira. Julgamento do Acórdão em 16 dez 2008. DJ: 75. Unânime.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível 0498705-7. Alvarino Faccin e Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Juiz Substituto em 2º grau Rogério Ribas. Julgamento do Acórdão em 18.11.2008. DJ: 7764. Unânime.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível 0461510-1/Londrina. Ministério Público do Estado do Paraná, Paulo Mitio Nakaoka, Plínio Pereira de Araujo Junior, Vagner Nunes do Nascimento e Farmácia Tamarana Ltda. Relator Desembargador Salvatore Antonio Astuti. Julgamento do Acórdão em 25 nov 2008. DJ: 88. Unânime.

BUENO, Vera Scarpinella. O art. 37, § 1º, da Constituição Federal e a Lei de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CHOINSKI, Carlos Alberto Hohmann. Estudo sobre o dolo no direito administrativo. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/19868/19432>> Acesso em: 22 set 2009.

DELGADO, José Augusto. Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.).

Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

DINAMARCO, Pedro da Silva. Requisitos para a procedência das ações por improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade administrativa:** questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias. **Improbidade Administrativa:** aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa:** comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 4. ed., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FREITAS, Juarez. O princípio jurídico da moralidade e a lei de improbidade administrativa. IN: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito administrativo contemporâneo:** estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Litisconsórcio necessário e eficácia da sentença na Lei de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade administrativa:** questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MARTINS JÚNIOR. Wallace Paiva. **Probidade administrativa.** São Paulo: Saraiva, 2001.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 10. ed. rev., atual. e ampl, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 14. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 1998.

_____. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. Legislação e Jurisprudência Atualizadas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade administrativa: reflexões sobre a Lei nº. 8.429/92**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa. Ação de Improbidade & Controle Principiológico**. Curitiba: Ed. Juruá, 2004.