

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO  
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”

MESTRADO EM DIREITO

CLAUDIONOR PEREIRA DE CASTRO

**A MÁ-FÉ COMO ELEMENTO ESSENCIAL À CONFIGURAÇÃO DO ATO DE  
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

RIBEIRÃO PRETO  
2019

CLAUDIONOR PEREIRA DE CASTRO

**A MÁ-FÉ COMO ELEMENTO ESSENCIAL À CONFIGURAÇÃO DO ATO DE  
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Ribeirão Preto como exigência parcial para obtenção do título de Mestre, sob orientação do Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho.

RIBEIRÃO PRETO  
2019

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento  
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

C355m Castro, Claudionor Pereira de, 1965-  
A má-fé como elemento essencial à configuração do ato de  
improbidade administrativa / Claudionor Pereira de Castro. - -  
Ribeirão Preto, 2019.  
108 f.

Orientador: Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos S. Coelho.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,  
UNAERP, Direitos Coletivos e Cidadania. Ribeirão Preto, 2019.

1. Improbidade administrativa. 2. Lei nº 8.429/92. 3. Culpa.  
4. Dolo. 5. Má-fé. I. Título.

CDD 340

CLAUDIONOR PEREIRA DE CASTRO

**A MÁ-FÉ COMO ELEMENTO ESSENCIAL À CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto para obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 19 de novembro de 2019

Resultado: Aprovado

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho  
Presidente/UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto



Prof. Dr. César Cardoso de Souza Neto  
USP – Universidade de São Paulo



Prof. Dr. Ricardo dos Reis Silveira  
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

RIBEIRÃO PRETO  
2019

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho à minha preciosa, amada e paciente esposa Maria Antônia, cujos atributos eu não teria espaço aqui para descrever; o ser humano que deu contornos diferenciados à minha vida, inclusive na realização desse sonho. Também aos meus preciosos filhos, Matheus Henrique e Matheus Augusto, por todo amor que me entregam e que me alimenta todos os dias.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus, nosso criador perfeito, pela saúde e pelas graças recebidas. Agradeço ainda a Universidade de Ribeirão Preto, na pessoa do Coordenador deste Curso o Professor Doutor Sebastião Sergio da Silveira, por atuação diferenciada, levando em conta inclusive princípios humanísticos, que têm lugar em todos os momentos de nossas vidas, e, finalmente ao meu professor e orientador, o Doutor Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho, pessoa de fino trato, pela sua dedicação, profissionalismo, respeito e sabedoria, ferramentas importantes que me foram disponibilizadas para a conclusão deste curso de mestrado.

## RESUMO

Este trabalho teve o objetivo de investigar o elemento subjetivo da conduta na improbidade administrativa, notadamente a má-fé, passando pelos conceitos, princípios e posições doutrinárias e jurisprudenciais de maior relevo para o tema. Tenta-se trazer sugestões para maior segurança jurídica, em especial aos julgadores, sempre às voltas com as ambiguidades do instituto. Há posições jurisprudenciais conflitantes a respeito do tema, que fundamentam muitas vezes os seus decretos condenatórios sem destacar a presença da desonestidade ou má-fé do agente público. Encontramos jurisprudências conflitantes no que concerne à presença da má-fé para a configuração do ato ímprobo. A pacificação do tema ainda está distante, acarretando decisões desencontradas em todo o território nacional. Veem-se, inclusive, condenações por ato de improbidade administrativa, sem a presença da má-fé, elemento essencial para a sua configuração desde o ponto de vista constitucional. Neste sentido, a problemática a ser enfrentada é a pacificação da caracterização do ato ímprobo, pela demonstração da presença da desonestidade, ou seja, a má-fé. O estudo também abordou a conduta culposa, que o legislador achou por bem fazer constar do artigo 10 da lei em comento, e que trouxe, nesse particular, um tipo aberto, não abordando qual o grau de culpa do agente público que viola a lei para a configuração do ato ímprobo. Concluiu-se, após o exame dos conceitos de culpa, que, para configurar o ato ímprobo, no mínimo se necessitaria de uma culpa grave ou gravíssima. Muito embora a maioria dos tribunais sustente esse entendimento aqui esposado, a pacificação sobre o assunto também se revela distante. Sendo assim, a problemática enfrentada, neste ponto, consiste em demonstrar se o referido diploma legal deve ser aplicado aos agentes públicos em razão da prática de condutas culposas que resultam em danos ao erário público, até mesmo por simples esquecimento ou mero erro de cálculo, sem examinar o grau de intensidade da culpa. Pela pesquisa realizada pode-se afirmar que há inúmeras decisões nesse sentido. Por esta razão, conclui-se que a culpa descrita no artigo 10 da lei em comento tem que ser mais bem estudada para que parâmetros mais adequados sejam delineados, resultando assim uma contribuição eficaz que traga segurança jurídica para os operadores do direito, notadamente os julgadores. Este trabalho se baseia no método dialético, bem como da pesquisa bibliográfica com a análise de fontes primárias e secundárias, compreendendo o estudo de leis, doutrina, jurisprudência e demais publicações sobre o tema.

**Palavras-chave:** Improbidade administrativa; Lei nº 8.429/92; culpa; dolo; má-fé.

## ABSTRACT

This work investigated the subjective element of conduct in administrative improbity, notably bad faith, examining the most relevant concepts, principles and doctrinal and jurisprudential positions on the theme. In the end, we bring suggestions for greater legal certainty to legal operators, especially judges, always dealing with the ambiguities of the institute. There are conflicting jurisprudential positions on the subject in Brazilian courts, which often justify their condemnatory decrees without highlighting the presence of the public agent's dishonesty or bad faith. There are conflicting positions regarding the presence of bad faith for the configuration of the act. The pacification of the issue is still distant. There are even convictions for an act of administrative improbity, without the presence of bad faith, an essential element for its configuration. Therefore, and especially considering the will of the legislator stamped in the Administrative Improbity Law, there is a lack of dishonesty, that is, proof of the alignment of conduct with the subjective element of bad faith. In this sense, the problem to be faced is the pacification of the characterization of the act of improbity. The study will also address culpable conduct, which the legislator included in article 10 of the law under review, and which brought, in this respect, an open type, not addressing the degree of guilt of the public agent who violates the law. From this, it was concluded, after looking at the concepts of guilt, that a serious or very serious guilt would be needed. Although most Courts support this understanding here, pacification on the subject is also distant. Thus, the problem faced, at this point, consists in demonstrating whether the referred legal diploma should be applied to public agents due to the practice of culpable conducts that result in damages to the public purse, even by a simple forgetfulness or a mere error of calculation, without examining the degree of guilt intensity. From the research conducted, it can be said that there are numerous decisions in this regard. For this reason, it is concluded that the guilt described in article 10 of the law in question must be better studied in order to more appropriate parameters to be outlined – thus resulting in an effective contribution that brings legal certainty to the operators of the law, notably the judges. This work is based on the dialectical method, as well as bibliographic research with the analysis of primary and secondary sources, including the study of laws, doctrine, jurisprudence and other publications on the subject.

**Keywords:** Administrative improbity; Law No. 8,429 / 92; fault; deceit; bad faith.



## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	08
2. IMPROBIDADE .....	12
2.1 Conceito e origem do termo improbidade.....	12
2.2 Antecedentes à Lei de Improbidade Administrativa.....	20
2.3 A Lei de Improbidade Administrativa e sua parte histórica relevante.....	24
3. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....	26
3.1 Classificação .....	26
3.1.1 Atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito.....	32
3.1.2 Atos de improbidade que causam prejuízo ao erário .....	39
3.1.3 Atos de improbidade decorrentes de ofensa aos princípios da Administração Pública.....	53
3.2 Conceito de Sujeitos Ativos Responsáveis do Ato de Improbidade Administrativa.....	57
3.2.1 Conceito de Terceiro responsável do Ato de Improbidade Administrativa.....	59
3.2.2 Conceito de Sujeito Passivo Do Ato de Improbidade Administrativa.....	59
3.2.3 Tratamento da Lei de Improbidade Administrativa ao Agente Público e ao Terceiro.....	61
4. ELEMENTOS SUBJETIVOS DO ATO ILÍCITO .....	66
4.1 Elementos subjetivos do ilícito civil .....	66
4.2 Elementos subjetivos do ilícito penal.....	72
4.3 Elementos subjetivos do ilícito administrativo .....	78
5. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA .....	80
5.1 Conceito e configuração .....	80
6. ELEMENTOS SUBJETIVOS DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....	83
6.1 Dolo.....	83
6.2 Culpa.....	85
6.3 Má-fé.....	86
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	92
REFERÊNCIAS.....	102

## INTRODUÇÃO

O trabalho aqui proposto foi organizado em sete capítulos: o capítulo I é a introdução, trazendo os pontos de discussão do presente estudo, que são notadamente o elemento subjetivo do tipo culpa e seu grau de intensidade, bem como o elemento subjetivo do tipo - a má-fé -, todos voltados para a verificação da possibilidade da caracterização do ato administrativo ímprobo. O capítulo II trata da improbidade administrativa e seus contornos; conceito e origem do termo improbidade, bem como dos antecedentes à Lei de Improbidade Administrativa. O capítulo III traz o estudo dos atos de improbidade administrativa e sua classificação: atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito, atos de improbidade que causam prejuízo ao erário e atos de improbidade decorrentes da ofensa aos princípios da administração pública. No capítulo IV abordaremos os elementos subjetivos do ato ilícito: ilícito civil, penal e administrativo, bem como as suas modalidades. No capítulo V, tratou-se da responsabilidade civil objetiva, abordando seu conceito e configuração. No capítulo VI, por seu turno, foram apresentados os elementos subjetivos do ato de improbidade administrativa como o dolo, a culpa e a má-fé. No capítulo VII, as considerações finais consistentes na proposta de duas súmulas a serem editadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Com a Lei nº 8.429/1992, objeto do nosso trabalho, em vigor há há mais de 27 anos, foi possível perceber os avanços no combate à corrupção em nosso país, restabelecendo-se o comprometimento da organização dos poderes públicos e, mais recentemente, com a denominada “Operação Lava-Jato”, que, atualmente, tem passado por momentos tormentosos, correndo sérios riscos à sua continuidade, apesar dos frutos positivos que colheu. Por outro lado, a Lei de Improbidade Administrativa, traz em seu bojo aspectos que precisam ter uma melhor adequação para a sua aplicação mais eficaz.

A probidade administrativa é um princípio disciplinador das condutas praticadas pelos agentes públicos além de outros princípios básicos que norteiam o funcionamento como um todo da Administração Pública, contidos no artigo 37 da nossa Carta Política de 1988: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, este último introduzido pela Emenda Constitucional n. 19/98. Assevera-se que, uma vez violado qualquer desses princípios previstos no artigo 37, caput, da Constituição, pode se levar à caracterização da improbidade administrativa, que, como já dito, tem sua previsão na lei ordinária sob o nº 8.429/1992, que, em seus artigos 9º, 10, 10-A e 11, delinea as condutas que se amoldam às violações da probidade administrativa. A hipótese aqui trabalhada é a de que, quando se fala em violação dos artigos acima citados, às condutas dos agentes públicos, tanto as dolosas ou culposas, deve

estar atrelado o elemento da má-fé. E, no caso da conduta culposa, exigindo-se a culpa no seu grau no mínimo grave.

Diante dessas premissas se emerge o interesse no desenvolvimento de um estudo voltado para a compreensão de duas questões: I – A presença imprescindível do elemento subjetivo má-fé para a configuração do ato ímprobo, tanto na modalidade culposa, tanto na modalidade dolosa, uma vez que não há uma pacificação em nossos tribunais a respeito desse tema; II- Na modalidade culposa, para a configuração do ato ímprobo a exigência do seu grau no mínimo grave, uma vez que o legislador deixou o tipo aberto, não havendo, da mesma forma, pacificação em nossos tribunais a respeito desse tema.

A presença imprescindível do elemento subjetivo do tipo má-fé para à configuração do ato ímprobo, temos que no estudo aqui abordado, harmoniza-se perfeitamente com a finalidade da lei aqui estudada, uma vez que nela consta a exigência da desonestidade, ou seja, sem a presença da má-fé, tanto na modalidade culposa, tanto na modalidade dolosa, deve ser afastada a incidência da Lei nº 8.429/1992.

E, se isso não bastasse os nossos tribunais tem fundamentado condenações sob a alegação de que o agente agira com dolo, sem, contudo, demonstrar a má-fé, não se harmonizando com a finalidade da lei, que exige a desonestidade, ou seja, não somente um dolo genérico e sim um dolo qualificado pela má-fé.

O tema é recorrente, uma vez que este estudo debruça sobre a Lei de Improbidade Administrativa e se foca no problema da configuração do ato ímprobo, configuração essa que, já adiantamos, depende, inapelavelmente, da presença de um elemento subjetivo.

Nesse sentido, o presente trabalho traz os conceitos de dolo e má-fé e suas diferenças, a partir da revisão da literatura produzida pelos mais renomados doutrinadores de nosso país, bem como o posicionamento dos nossos tribunais a respeito do tema.

Com essas considerações temos que verificar se há possibilidade, ou não, de ser praticado um ato de improbidade sem a presença da má-fé, pelo estudo aqui dirigido a resposta é desenganadoramente negativa.

A investigação se deterá, do mesmo modo, sobre o conceito de culpa e, mais particularmente, na intensidade da culpa para a determinação do ato ímprobo. A dissertação discutirá os problemas de se estabelecer uma modalidade culposa para na configuração dessa forma de ilicitude.

É importante trazer sempre em relevo que sem o exame da intensidade da culpa não se pode, de plano, atribuir ao ato o rótulo de ato de improbidade administrativa, uma vez que o detido exame desse grau de intensidade é forma única de se qualificar a culpa como, no mínimo,

grave, o que, entendemos, é *conditio sinequanon* para se configurar o ato de improbidade administrativa em modalidade culposa, apesar de ainda presenciarmos posições dissonantes quanto ao tema em nossos tribunais.

Sendo assim, pretende-se uma pacificação de uma vez por todas, para que se traga uma sólida interpretação para uma melhor segurança jurídica direcionada aos operadores do direito, no que diz respeito à modalidade culposa, prevista no artigo 10, que o legislador deixou o tipo aberto, ficando por conta da jurisprudência e da doutrina sua adequação. De maneira para que não haja aplicação da lei em comento aos agentes públicos em razão da prática de uma conduta culposa, repita-se, sem que haja uma *rigorosa* verificação de intensidade da culpa.

Nesse sentido, é possível contribuir para que não seja feita nenhuma injustiça, evitando assim, a aplicação inadequada da Lei em razão no ponto em que o legislador disse menos do que deveria. É absurdo cogitar que se possa recair sobre qualquer agente público ato de improbidade administrativa, caso o agente público tenha agido com culpa, sem análise detida desse elemento na conduta tipificada. Objetiva-se nesse trabalho, assim, demonstrar a inaplicabilidade da Lei de Improbidade em sua modalidade culposa, sem que seja examinada a intensidade desse elemento subjetivo do tipo.

Com efeito, o judiciário está abarrotado de ações que tratam em seus bojos, de irregularidades cujas pequenas potencialidades ofensivas desafiam o mero processo administrativo, sem recorrer às razões extremadas do direito penal. Essa banalização punitiva precisa ser condenada com veemência pela doutrina pátria.

Neste sentido faz-se a colagem do Acórdão da relatoria do Desembargador Carlos Von Adamek, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

**ACÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS POR INTERMEDIÁRIOS AUSÊNCIA DE DANO INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ OU DESONESTIDADE MERA IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA** Condenação da ex-prefeita e ex-secretária do turismo de Chavantes por ato de improbidade calcado no art. 10, inc. VIII, da Lei nº 8.429/92 Conjunto probatório dos autos, por outro lado, que demonstra ausência de prejuízo ao erário ou de superfaturamento das contratações Tentativa, pela corrê, de produzir prova pericial a fim de demonstrar a ausência de dano, em nítida intenção de infirmar a presunção de prejuízo capitaneada por alguns julgados do C. STJ, tendo o V. Juízo 'a quo' deferido apenas os pedidos de provas documentais e testemunhais, o que, em última análise, configura cerceamento de defesa Valores dos contratos que não se mostram excessivos, sendo certo que houve prestação do serviço sem demonstração, no acervo probatório, de quaisquer reclamações ou

irregularidades quanto às apresentações artísticas Conduta das corrés, da mesma forma, destituída de má-fé ou desonestidade, requisitos essenciais para justificar o manejo da ação de improbidade Reforma da r. sentença que se impõe, para que os pedidos da ação de improbidade sejam julgados improcedentes, com aproveitamento do recurso à corré que deixou de apelar, a teor do art. 1.005 do CPC Recurso conhecido e provido.”<sup>1</sup>

É evidente que o legislativo deve ir ao encontro dos anseios da sociedade que roga por punições aos agentes públicos corruptos, mas não pode legislar ignorando aos princípios basilares como a razoabilidade, a proporcionalidade e, sobretudo, o devido processo legal, o que, no caso da lei em comento, parece que não o fez. De idêntica forma, deve o judiciário pautar sua atuação pelos mesmos princípios, acrescentando-se ainda, a consciência do peso mais gravoso de suas decisões do que aquelas que têm lugar em processo administrativo.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0000345-80.2013.8.26.0140, da Comarca de Chavantes, Rel. Desembargador Carlos Von Adamek.

## 2. IMPROBIDADE

### 2.1 Conceito e origem do termo improbidade

O termo probidade advém de *probo*, do latim *probus* que significa ser honesto honrado e virtuoso. A probidade é a retidão, a integridade de caráter. A improbidade, portanto, é a antítese da probidade, pressupondo o homem mau, perverso, enganador, corrupto, desonesto e falho.

Segundo Waldo Fazzio Júnior: “Improbidade é palavra derivada do latim *improbitate*, significado falta de probidade, desonestidade e desonradez”.<sup>2</sup>

Segundo De Plácido e Silva, esse agir “traduz a ideia de má qualidade, imoralidade, malícia. Refere-se à qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto ou que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência, por ser amoral”.<sup>3</sup>

Wallace Paiva Martins Júnior, por sua vez, define improbidade administrativa como o ato de:

[...] servir-se da função pública para angariar ou distribuir em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os deveres do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial.<sup>4</sup>

Já o artigo 37, *caput*, da Constituição da República, traz como norte para a atuação da administração pública direta e indireta, bem como de todos os servidores, a moralidade. Enquanto princípio ela não apenas informa e confere sentido a todo ordenamento administrativista, mas reforça o vínculo, já extremado, entre os atos administrativos e a probidade.

---

<sup>2</sup> Improbidade Administrativa e Crime de Prefeitos: Comentários artigo por artigo, da Lei nº 8.492/92 e do DL 201/67. São Paulo: Atlas, 2003, p. 51.

<sup>3</sup> Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 431.

<sup>4</sup> Probidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 113.

Juarez Freitas, citado por Mateus Bertoni, preleciona que: “pratica ato de improbidade administrativa o agente público que **atentar contra as pautas morais básicas** – abrangendo as relacionadas ao princípio conexo da boa-fé nos atos e nos contratos públicos”<sup>5</sup>.

A doutrina pátria, a partir dos conceitos iniciais de probidade e improbidade, se dividiu em duas correntes, uma legalista ou formal e outra que se pode chamar de substantiva. Para os legalistas, a definição de moralidade pública é normativa, jurídica, portanto, não sendo possível recorrer às noções morais, sempre variáveis no tempo e no espaço, para se definir moralidade administrativa. Os substantivistas apregoam que, a partir do dano e de sua gravidade é possível lançar mão de uma moralidade inerente ao agir humano para definir se o ato foi probado ou não.

Marcelo Figueiredo, que pende para a corrente **legalista**, e que também é citado na obra de Mateus Bertoni, ensina que:

[...] o núcleo essencial do que se entenda "improbidade" deve ser jurídico, porque estamos a tratar, segundo a Constituição, de ato de improbidade. Desse modo, não aceitamos que o conteúdo do ato de improbidade possa ser qualquer "noção moral". Será ato de improbidade o que a lei determinar, desde que seu conteúdo seja preenchido pelo legislador ordinário, a partir de critérios objetivos<sup>6</sup>.

A corrente legalista ou formal é, portanto, a que entende que o ato de improbidade administrativa é aquele constante somente da lei.

José Afonso da Silva traz à sua visão **substantiva**,

[...] a improbidade administrativa implica uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem. Assim, este doutrinador identifica no ato de improbidade administrativa uma violação ao princípio da moralidade.<sup>7</sup>

Verifica-se que a improbidade administrativa se constitui no descumprimento, por agentes públicos, dos preceitos legais e morais que regem a Administração Pública. Sendo as correntes de pensamento substantiva e legalista.

---

<sup>5</sup>Ato de improbidade administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 52. (o grifo é nosso)

<sup>6</sup>*Ibid.*, p. 54.

<sup>7</sup> Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 669.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, que assim disciplinam o conceito de improbidade administrativa:

“[...] a improbidade não está superposta à moralidade, tratando-se de um conceito mais amplo que abarca não só componentes morais com também os demais princípios regentes da atividade estatal, o que não deixa de estar em harmonia com suas raízes etimológicas. Justifica-se, pois, sob a epígrafe do agente público de boa qualidade somente podem estar aqueles que atuem em harmonia com as normas a que estão sujeitos, o que alcança as regras e os princípios [...]. Os atos de improbidade administrativa encontram-se descritos em três seções que compõem o capítulo II da Lei nº 8429/1992; estando aglutinados em três grupos distintos, conforme o ato importe em enriquecimento ilícito (art. 9º), cause prejuízo ao erário (art.10) ou tão somente atente contra princípios da administração pública (art. 11)”.<sup>8</sup>

Conforme se vê, os doutrinadores acima estabelecem seu conceito de improbidade administrativa não somente a partir dos princípios da moralidade e da probidade administrativa, ou seja, não somente a partir do texto constitucional, mas também com base nas leis infraconstitucionais que abordam a matéria.

Waldo Fazzio Júnior define improbidade dizendo que:

A improbidade administrativa significa o exercício de função, cargo, mandato ou emprego público sem observância dos princípios administrativos da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência. É o desvirtuamento do exercício público que tem como fonte a má-fé.<sup>9</sup>

O que se extrai da lição acima é que para ter lugar o ato ímprobo, o agente público tem que descumprir atos inerentes à sua função. Neste sentido, não imputando ato ímprobo ao agente público que comete algum ilícito fora do exercício de suas funções, o que, obviamente, não afasta as outras formas de responsabilização que podem incidir sobre ele.

Não se poderia deixar de trazer para este trabalho o magistério do renomado doutrinador Fábio Medina Osório constante do julgado, que segue transcrito, que infere que o vernáculo corrupção deve ser entendido como uma patologia:

O que interessa notar é que a corrupção pública designava e segue designando um fenômeno ético-social muito antigo, ou seja, a grave

<sup>8</sup> Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011. p. 125.

<sup>9</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo, op. cit., p. 51.



desonestidade funcional dos homens públicos. E não cabe dúvida de que sempre existiram condutas proibidas, até desonestas, que, não obstante, tinham umas dimensões intermediárias, que não chegavam ao ponto de qualificar-se como símbolos de podridão moral, mas eram reprováveis. A realidade, em toda sua complexidade, demonstrou, sempre, a necessidade de ponderação e valoração concreta dos comportamentos, observando-se sua real nocividade social, além de outros elementos relevantes para a correta qualificação da conduta. O resultado do balanço, em todo caso, é contundente: as desonestidades assumem formas e conteúdos variáveis, sendo igualmente variáveis seus efeitos e sua valoração no meio social. A expressão ‘corrupção’, nesse terreno, ficaria demasiado estreita para cobrir um fenômeno tão largo quanto aquele relativo às desonestidades funcionais dos homens públicos, porquanto o indicativo de que estaríamos diante de uma patologia repugnante e digna dos mais severos remédios contrastava, frontalmente, com a amplitude do rol de casos encaixáveis, segundo uma literatura de cunho sociológico, naquela categoria. As oscilações dos fenômenos, tanto em sua tipologia quanto em sua gravidade, recomendam a construção e o reconhecimento de uma nova categoria, mais apropriada, didática e analítica, ao efeito de permitir uma compreensão mais direta da natureza das coisas, reposicionando, ao mesmo tempo, a corrupção em seu devido lugar político e cultura.<sup>10</sup>

Já Calil Simão conceitua ato de improbidade administrativa da seguinte forma:

No tocante à improbidade administrativa, a doutrina originária do Ministério Público rapidamente passou a transferir a noção de crime culposo para a infração de improbidade administrativa, com o fito de legitimá-la. Acontece que existem algumas restrições a essa transposição. A primeira dela deriva do próprio conceito de ato ímprobo, como sendo um ato maldoso e impregnado de vícios que a sociedade repugna. A segunda restrição reside na impossibilidade de definir corrupção sem que conjuntamente tenhamos em mente um ato querido ou desejado”<sup>11</sup>.

O destaque que Calil Simão confere ao elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa não apenas corrobora o que vem a ser a hipótese desta dissertação, mas abre vias que, conduzindo nesse sentido, podem ser exploradas no desenvolvimento do texto. Por enquanto, o conceito de corrupção ainda carece de uma melhor delimitação. Segundo Marçal Justen Filho:

<sup>10</sup> Teoria da improbidade administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 64.

<sup>11</sup> SIMÃO NETO, Calil, Improbidade Administrativa: teoria e prática, Leme: Editora J.H. Mizumo, 2011, p. 81/82.

Corrupção envolve usualmente a obtenção de benefícios puramente patrimoniais, mas também pode manifestar-se de outros modos. Assim, por exemplo, existe corrupção quando um indivíduo é favorecido com a aprovação indevida em concurso público. A corrupção reduz a disponibilidade dos recursos públicos necessários ao atendimento das necessidades coletivas. Potencializada a ineficiência na atuação estatal e impede o crescimento econômico e o desenvolvimento social. Um dos grandes problemas é a associação entre a corrupção e a ausência de qualidade técnica das decisões adotadas, o que pode reduzir a resultados nocivos à comunidade.<sup>12</sup>

Pelo que se verifica pelas lições acima, o fenômeno corrupção, de forma geral, praticado por agentes públicos e que parece arraigado em nossa sociedade, se expressando em variados desvios de conduta, num nível sistêmico e organizado, acaba por tornar-se endêmico, provocando drásticas rupturas na ordem social e moral, insuportáveis para qualquer sociedade.

E o que se extrai, ainda, das lições acima é que não se pode admitir a caracterização do ato ímprobo por um qualquer descuido. Do contrário, chegaria ao impensável para o ser humano: que este não poderia errar.

Paulo de Sousa Queiroz, citado por Rogério Greco, pondera que:

O princípio da reserva legal implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão em seus elementos, bem como ao Judiciário que as interprete restritivamente, de modo a preservar a efetividade do princípio<sup>13</sup>.

Pode se dizer que a aplicação do princípio da reserva legal está intimamente ligada à confecção da lei penal, exigindo cuidados redacionais, com técnica apurada, para que não pare nenhuma dúvida sobre o dispositivo editado, evitando, quanto à sua aplicação, prejuízos à sociedade.

O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, também já assentou sua concepção no sentido de que:

O reconhecimento da possibilidade de instituição de estruturas típicas flexíveis não confere ao Estado o poder de construir figuras penais com utilização, pelo legislador, de expressões ambíguas, vagas, imprecisas e indefinidas. É que o regime de indeterminação do tipo penal implica, em última análise, a própria subversão do postulado constitucional da

---

<sup>12</sup>Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2018, p.24.

<sup>13</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Niterói: Editora Impetus, Volume I, 2009, p. 97.

reserva de lei, daí resultando, com efeito consequencial, imediato, o gravíssimo comprometimento do sistema das liberdades públicas<sup>14</sup>.

A lição de Pazzaglini Filho pondera justamente sobre o peso da má-fé para a qualificação do ato ímprobo, como elemento fundamental para afastar quais ambiguidades e imprecisões na configuração da conduta a ser reprimida:

Improbidade administrativa, pois, é mais que singela atuação desconforme com a fria letra da lei. Em outras palavras, não é sinônimo de mera ilegalidade administrativa, mas de ilegalidade qualificada pela imoralidade, má-fé. Em suma, pela falta de probidade do agente público no desempenho de função pública.<sup>15</sup>

De acordo com os aludidos ensinamentos, o Poder Judiciário, na aplicação da lei e na consideração do ato ímprobo, não só deve se atentar para o elemento subjetivo qualificador da conduta, como se atentar a partir dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, já que, seria temeroso ou se aproximaria mesmo de verdadeira teratologia jurídica, se a lei estabelecesse critérios unicamente objetivos para a lida com um elemento subjetivo no tipo. Nessa linha, pode-se afirmar que o legislador, no caso do artigo 10 da lei de improbidade, falou um pouco menos do que devia, já que a determinação do ato culposos, sem se examinar o seu grau, representaria total afronta aos princípios de proporcionalidade e razoabilidade, que são valores extraordinariamente caros de estatura constitucional.

A esse respeito, Fazzio Júnior esclarece que “a responsabilização por ato de improbidade carece de demonstração de má-fé do agente público, já que ilegalidade e improbidade nem sempre são sinônimos”<sup>16</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.558.038/PE, abordou uma ótica mais contemporânea do conceito de improbidade administrativa, é o que se extrai desse julgado da relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho:

[...] não há improbidade administrativa, ainda que praticado por agente público no exercício de suas funções e que este ato tenha no seu núcleo abuso de autoridade previsto na Lei 4.898/65, quando lhe faltar a lesão aos cofres públicos, tendo em vista a proibição de se estender o conceito

<sup>14</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 633 CH. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de Julgamento: 28/08/1996. Data de Publicação: 06/04/2001.

<sup>15</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal . 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 19.

<sup>16</sup> FAZZIO JÚNIOR. Op. cit. p. 81.

de improbidade administrativa, além das fronteiras constitucionais. Sendo no julgado em comento tem-se que se aproveita a improbidade administrativa apenas quando esta cause lesão ao erário ou enriquecimento ilícito, não cabendo ao aplicador da lei fazer qualquer extensão.<sup>17</sup>

O que se extrai do julgado acima é que não cabe ao julgador fazer um exercício elástico para apanhar o agente público, contra disposição legal.

Destaca-se, também, o julgado a seguir:

Não ensejam o reconhecimento de ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992) eventuais abusos perpetrados por agentes públicos durante abordagem policial, caso os ofendidos pela conduta sejam particulares que não estavam no exercício de função pública. O fato de a probidade ser atributo de toda atuação do agente público pode suscitar o equívoco interpretativo de que qualquer falta por ele praticada, por si só, representaria quebra desse atributo e, com isso, o sujeitaria às sanções da Lei 8.429/1992. Contudo, o conceito jurídico de ato de improbidade administrativa, por ser circulante no ambiente do direito sancionador, não é daqueles que a doutrina chama de elásticos, isto é, daqueles que podem ser ampliados para abranger situações que não tenham sido contempladas no momento da sua definição. Dessa forma, considerando o inelástico conceito de improbidade, vê-se que o referencial da Lei 8.429/92 é o ato do agente público frente à coisa pública a que foi chamado a administrar. Logo, somente se classificam como atos de improbidade administrativa as condutas de servidores públicos que causam vilipêndio aos cofres públicos ou promovem o enriquecimento ilícito do próprio agente ou de terceiros, efeitos inócorrentes na hipótese. Assim, sem pretender realizar um transversal enquadramento legal, mas apenas descortinar uma correta exegese, verifica-se que a previsão do art. 4º, "h", da Lei 4.898/1965, segundo o qual constitui abuso de autoridade "o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal", está muito mais próxima do caso - por regular o direito de representação do cidadão frente a autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos (art. 1º) -, de modo que não há falar-se em incidência da Lei de Improbidade Administrativa."<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.558.038/PE. 1ª Turma – Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento em 27/10/2015. Publicação em 09/11/2015.

<sup>18</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.558.038/PE. 1ª Turma – Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento em 27/10/2015. Publicação em 09/11/2015

Nessa esteira, temos que a improbidade administrativa, entre outras violações, as leis, vulnera também os bons costumes e a moral, este o principal princípio da Administração Pública.

O comentário de André de Carvalho Ramos, no seu o artigo “O Combate Internacional à Corrupção e a Lei da Improbidade”, empresta a este trabalho a sua definição de improbidade, dando os seguintes contornos:

De fato, a improbidade administrativa é a designação técnica da chamada corrupção administrativa, pela qual é promovido o desvirtuamento dos princípios basilares de uma administração transparente, eficiente e equânime, em prol de vantagens patrimoniais indevidas, quer para beneficiar, de modo ilegítimo, servidores ou mesmo terceiros<sup>19</sup>.

Sendo assim, emerge-se dessa publicação citada, que a improbidade administrativa se verifica quando o agente público comete ato contra a Lei de Improbidade Administrativa, mas, sempre no exercício de seu cargo ou função, com desprezo aos princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública, para auferir benefícios para si ou para outrem.

Com sua promulgação, a Constituição de 1988 trouxe no seu art. 37, §4º, uma ampliação do conceito de improbidade administrativa, disponibilizando para os operadores do direito mais um instrumento no combate da endêmica corrupção no nosso país.

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

§ 4ºOs atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível

Não há dúvidas que a responsabilização política e financeira do corrupto, trazida pelo texto constitucional, traz para o combate contra o ato ímprobo, combate que se trava em todos os âmbitos da administração pública direta e indireta e também nos poderes legislativo e

---

<sup>19</sup> RAMOS, André de Carvalho. O combate internacional à corrupção e a lei da improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. (org.). Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 19.

judiciário, perspectivas bastante positivas. Não se deve, contudo, converter o combate à corrupção em *jihad* contra a classe política em que os combatentes se disponham, eles mesmos, a violar o devido processo legal e as garantias essenciais que limitam a persecução penal para atingir seus objetivos. Qualquer leitura da Lei de Improbidade Administrativa que ignore o texto do artigo 37 da Constituição corre esse risco.

## 2.2 Antecedentes à Lei de Improbidade Administrativa

Verifica-se que os nossos legisladores têm atuado para impedir o ato ímprobo muito antes da entrada em vigor da Lei n. 8.429/92, que trouxe ferramentas mais eficazes, organicidade legislativa e também uma maior capacidade punitiva contra os agentes que se utilizam da coisa pública para fins privados.

A Constituição de 1824, também chamada de Imperial, trazia no seu bojo as decisões invioláveis do Imperador, ou seja, adotava, como a quase totalidade dos ordenamentos de sua época, a teoria da irresponsabilidade, que, no caso, abarcava apenas os atos do Imperador; notadamente o seu Art. 15, inciso X, já disciplinava sobre gastos do dinheiro, tratando, de uma forma geral, de um controle dos gastos do erário público.

Por outro lado, ela previa a responsabilidade dos Ministros de Estado e secretários por *peita*, *suborno* ou *concessão*. Aludida responsabilização teve a sua regulamentação em 15 de outubro de 1827, com a previsão das punições dos secretários e ministros por dolo manifesto, inclusive prevendo como pena máxima a morte natural, conforme artigo que se descreve a seguir:

Art. 1º Os Ministros e Secretários de Estado são responsáveis por traição: § 1º Attentando por tratados, convenções, e ajustes, dentro ou fôra do Império, ou por outros quaesqueractos do seu officio, ou prevalecendo-se delle com dolo manifesto: 1º Contra a fórmula estabelecida do Governo. 2º Contra o livre exercicio dos poderes politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio. 3º Contra a independencia, integridade, e defesa da nação. 4º Contra a pessoa ou vida do Imperador, da Imperatriz, ou de algum dos Principes, ou Princezas da imperial familia. § 2º Machinando a destruição da religião catholicaapostolica romana. § 3º São applicaveis aos delictos especificados neste artigo as penas seguintes. Maxima: morte natural. Média: perda da confiança da nação, e de todas as honras; inhabilidade perpetua para ocupar empregos de confiança, e cinco annos de prisão. Minima: perda da confiança na nação, inhabilidade perpetua, restricta

ao emprego, em que é julgado, e cinco anos de suspensão do exercício dos direitos políticos.<sup>20</sup>

Calil Simão diz: “A Carta Constitucional de 1824 estabeleceu o primeiro combate à improbidade administrativa de que se tem notícia no Brasil”.<sup>21</sup>Evidentemente, esse combate se dava dentro das limitações próprias de uma estrutura monárquica adstrita, ainda, às teorias da irresponsabilidade do soberano, advindas da sacralidade de sua pessoa.

Prossegue o doutrinador, nas suas passagens históricas sobre a Constituição de 1824:

Entretanto, com relação ao Imperador a Carta Constitucional de 1824, estabeleceu a sua irresponsabilidade por qualquer ato, inclusive os qualificados como ímprobos: “Art. 99. A. A Pessoa do Imperador é inviolável e Sagrada. Ele não está sujeito à responsabilidade alguma”.<sup>22</sup>

Com a promulgação da Constituição Federal de 1891, veio, com acerto a previsão de crimes de responsabilidade do Presidente da República por atos que violassem a probidade Administrativa, ainda, criou o Tribunal de Contas, como órgão auxiliador do Poder Legislativo.

Na Constituição de 1934, foram definidos, no artigo 57, os atos do mandatário maior que atentassem contra a probidade da administração pública.

Importante trazer também a este trabalho, nessa passagem histórica, a improbidade administrativa em nosso ordenamento jurídico, o Decreto 3.240/41, que passou a prever o sequestro de bens de pessoas que causassem dano à Fazenda Pública, que na Lei 8.429/92, que é o nosso objeto de estudo, fez constar como danos ao erário. Aludido Decreto foi editado em meio à vigência da Constituição de 1937, que trouxe a distinção de moralidade administrativa e a integridade do erário e definiu a punição dos crimes de responsabilidade administrativa.

Na Constituição Federal de 1946 houve a previsão do instituto processual do sequestro, que trouxe a perda de bens por enriquecimento ilícito em decorrência de influência ou abuso frente ao cargo ou função pública, no seu art. 141, § 31.

Foi editada também, com grande importância, a Lei 3.164, de 1957, conhecida como a (*Lei Pitombo-Godói Ilha*) que trouxe a tutela extrapenal do combate à improbidade administrativa, sem prejuízo da responsabilidade penal criminal, ou seja, poderia haver punição

<sup>20</sup> BRASIL. Lei de 15 outubro de 1827.

<sup>21</sup>SIMÃO NETO, Calil, op. cit., p. 45.

<sup>22</sup>SIMÃO NETO, Calil, op. cit., p. 45.

independente em qualquer dessas esferas. E, trouxe a regulamentação do instituto processual do sequestro, no seu Art. 1º, no sentido que a referida medida cautelar teria seu trâmite no Juízo Cível e, no seu § 2º, o autor dessas medidas seria o Ministério Público.

Cumpre salientar que essa lei foi revogada com advento da Lei de Improbidade Administrativa 8.429/92.

Com o advento da Lei conhecida como *Bilac Pinto, Lei n. 3.502, de 1958*, veio o reforço ao instituto processual do sequestro e o perdimento de bens no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função.

Com a promulgação da Lei n. 4.717/1965, foi regulamentada em nosso ordenamento jurídico, a ação popular.

Fernando Capez discorre sobre a Constituição de 1946:

Restaurou a autonomia das entidades federadas, criou novamente o cargo de vice-presidente da República, que fora extinto nas Constituições de 34 e 47, e reintroduziu os remédios do mandado de segurança e da ação popular.<sup>23</sup>

Seguindo o advento da Constituição Federal de 1967, a Lei Popular foi revigorada, uma vez que passou a tratar de hipóteses de cabimento e forma de utilização da ação popular para a anulação ou declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público.

A Constituição de 1967 representou, também, um profundo atraso nas garantias do povo brasileiro, notadamente com entrada em vigor do ato Institucional nº. 5, que concedeu poderes absolutos ao Presidente da República., Entre outras medidas que constaram do referido ato, o confisco de bens daqueles que tivessem enriquecido ilicitamente, sem necessidade de apreciação do Judiciário, ou seja, sem respeito ao devido processo legal, uma verdadeira ditadura. No seu Artigo 150, § 11, trouxe a possibilidade de perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício da função pública.

Salienta-se que a Constituição de 1967, preservou a definição das penas referentes aos atos de irresponsabilidade.

Conforme visto, sempre esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro intenções de combate à corrupção estampadas nas previsões legais. No entanto, tais previsões estavam eivadas de caráter genérico.

---

<sup>23</sup>CAPEZ, Fernando, Direito Constitucional, São Paulo: Edições Paloma, 1999, p.16.



Com entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, a Constituição deu sustentação ao artigo acima mencionado e previu, no seu artigo 154, que:

“... o abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarado pelo STF, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal que couber assegurada ao paciente ampla defesa.”.

Verifica-se que o Brasil vivia numa total desesperança na década de 80, com a eleição indireta do Presidente Tancredo Neves, surge um lampejo de esperança na moralização do nosso país, porém, o presidente não viveu para cumprir a sua promessa de tempos melhores. Por outra banda, o seu vice-presidente José Sarney assumiu a presidência, mas nada de muito diferente se fez para que o povo brasileiro sentisse alguma melhora em suas vidas. Contudo, a inércia do governo Sarney aumentou no povo brasileiro o sentimento de que tudo podia melhorar, apostando, dessa feita, na chegada ao poder de Fernando Collor de Mello, em março de 1990, com a promessa de “Caça aos marajás” e a moralização do país, prometendo melhorar a vida dos brasileiros em todos os aspectos. Todavia, essa esperança dos brasileiros durou pouco, com a pecha da corrupção em seu governo, foi instaurado pela Câmara Federal o processo de impeachment do Presidente Fernando Collor de Melo, em 1992, que culminou em sua renúncia no final daquele mesmo ano.

A Constituição de 1988 trouxe no seu bojo o importante artigo 37, que disciplinou o dever de obediência aos princípios que regem a Administração Pública, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, para todos os órgãos e agentes da administração pública direta ou indireta. Vale lembrar que o princípio da eficiência, foi trazido para esta Constituição pela Emenda Constitucional n. 19/1998.

O texto da referida Constituição Federal previu também o princípio da probidade, estabelecendo sanções aplicáveis, caso haja inobservância do mesmo.

Referido dispositivo constitucional estabeleceu um norte para o funcionamento das instituições públicas. Portanto, com uma Constituição de Estado Democrático de Direito, o Brasil, desde 1988, reafirma que o povo é soberano, já que é dele que emana todo poder político, não podendo faltar a esse ordenamento democrático princípios fundamentais, como a segurança jurídica e o respeito ao devido processo legal. Em que pese, nesse sentido, a essencialidade da atuação estatal para prevenir e reprimir a prática de atos ímprobos, essa atuação pode privar a sociedade brasileira de garantias mínimas. É importante lembrar, e a situação atual de alguns processos da operação lava-jato exemplificam isso muito bem, que à violação das garantias do

acusado podem acarretar a nulidade do processo, retornando o combate à corrupção e à improbidade administrativa ao estado inócuo que se encontrava nas décadas de 80 e 90 no país.

### **2.3 A Lei de Improbidade Administrativa e sua parte histórica relevante**

A Lei nº 8.429/1992 que disciplinou a improbidade administrativa praticada por agentes públicos veio a dar sustentação ao artigo 37 da Constituição Federal.

No período de sua promulgação, a população já estava cansada da corrupção endêmica que assolava o país, que acabou, inclusive, por retirar do poder o então presidente Fernando Collor de Mello, com sua renúncia durante processo de *impeachment*. Ironicamente, foi Collor o mandatário que sancionou a lei em comento. Esse diploma legal regras para a punição de agentes públicos corruptos, incluindo a devolução dos bens vulnerados ou seu ressarcimento.

Entretanto, a Lei da Improbidade Administrativa não deve ser lida ou aplicada em desconformidade aos parâmetros democráticos que estruturam nosso ordenamento. De fato, é preciso considerar a lei como uma tentativa de responder a anseios históricos da população brasileira, vitimada há muito pela sanha cobiçosa de seus representantes políticos de outros agentes públicos, mas não se deve ignorar, sequer por um momento, que essa resposta precisa ser dada dentro das mesmas perspectivas democráticas que permitem à sociedade perceber a dimensão do problema da corrupção.

Podemos, tendo em mente a construção democrática do combate à corrupção, lançar mão do magistério de Habermas:

A legitimidade do direito apoia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controversa encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis afetados<sup>24</sup>.

Não custa lembrar que quando ausente esse arranjo comunicativo, o país experimentou a forma mais violenta de autoritarismo político, com a vigência do Ato Institucional n. 5, durante a Constituição de 1967, que violava de maneira acintosa todas as garantias constitucionais e toda a sistemática do devido processo legal, em que bens eram

---

<sup>24</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994. p. 138.

confiscados daqueles acusados de violarem as normas em tese, sem que se oportunizasse a eles a ampla de defesa e o contraditório.

Com efeito, com entrada em vigor da nossa Carta Política de 1988, os princípios constantes no Art. 37 e o advento da Lei n. 8.429/92, houve avanços consideráveis para punição dos agentes públicos, mas, junto com isso o dever de obediência aos princípios constitucionais como o devido processo legal, a ampla defesa e a coisa julgada, dando melhor segurança jurídica ao nosso ordenamento jurídico, ainda que reste muito ainda a avançar.

A Lei de Improbidade Administrativa contribui, ainda para a estruturação das relações entre o agente público e os interesses que, por lei, deve gerir e servir, não só inserido em uma relação patrimonial material, mas também dentro dos parâmetros da moralidade administrativa, que, se não pode ser considerado um norte novo para as a atuação dos agentes públicos é, sem dúvida, o que deve vincular, de maneira inarredável, a atuação profissional do agente a serviço do interesse público. Conclui-se, portanto, que decorridos mais de vinte anos, de um regime tenebroso, que foi o regime militar, a promulgação da Constituição cidadã em 05 de outubro de 1988, redemocratizando o Brasil.

Importante salientar que o art. 37, § 4º, já comentado nessa dissertação, presente na Carta Magna, é expediente constitucional de eficácia limitada, ou seja, necessita, para sua entrada plena em vigor, de uma norma regulamentadora.

A Lei n. 8.429/92 atua como esse dispositivo regulamentador, significando avanços em nada insignificantes nas modalidades dos atos de improbidade administrativa, notadamente no seu art. 11, entre outros, em que sagra a equiparação de dirigente ou empregado de autarquia.

### 3. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

#### 3.1 Classificação

As espécies de improbidade administrativa trazidas pela lei mencionada devem ser exploradas de forma detalhada para possibilitar o entendimento necessário.

A Lei nº 8.429/92 estabelece três classes de atos de improbidade administrativa, que passamos a enumerar: I) os que importam em enriquecimento ilícito; II) os que causam danos ao erário; e III) e os que violam os princípios da Administração Pública.

Faz-se necessário enfatizar que não se busca, com esse humilde trabalho, se alinhar a penalidade por qualquer atitude ilícita, mas, sim quando houver provas substanciais de condutas de agentes públicos e equiparados, que se amoldam aos atos ímprobos descritos nos art. 9º, 10º, 10º-A e 11º. E, ainda, que estas condutas estejam revestidas da desonestidade, com consequente configuração do elemento subjetivo do tipo má-fé, que é um dos temas principais do trabalho aqui proposto.

Iniciemos com as previsões contidas no artigo 9º, onde estão assentados os atos que importam enriquecimento ilícito que já no seu “*caput*” diz “auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função ou emprego, ou atividades nas entidades mencionadas no artigo 1º desta Lei”. E, em seguida, traz em todos os seus incisos o recebimento de vantagem por agente público e o enriquecimento ilícito por consequência: “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”.

Verifica-se que se a má-fé é comum para configuração de qualquer ato improprio praticado por agente público, não poderia assim deixar de estar presente também no Art. 9º, acima tratado, considerando-se tratar de uma conduta impropria repugnante que é por enriquecimento ilícito.

No que se refere o artigo 10, se constatarem os atos que importam em danos ao erário e o seu *caput* traz as presenças das modalidades culposa e dolosa, para a configuração do ato ímproprio. “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, nos seus incisos, traz um rol exemplificativo para caracterização do ato improprio: “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 assistenciais, 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 Legal. 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; XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou. influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular”.

Salienta-se que no caso do art. 10 não se cogita da presença de vantagem econômica e que para se configurar as condutas previstas neste artigo faz-se necessário o elemento “dano”.

Nesse diapasão, pela literalidade do Art. 10, poderia se cogitar que a responsabilização de agente público fundada em uma mera culpa, ou seja, uma culpa leve ou levíssima, estaria presente o ato ímprobo, uma vez que o legislador, em flagrante carência técnica, deixou em aberto o grau de culpa para configuração do referido. Mas, por outro lado, esta interpretação não se coaduna com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e, é claro, com o princípio da segurança jurídica. Por isso, a maioria dos nossos tribunais tem entendido que para ter lugar o ato ímprobo, no mínimo culpa tem que estar no seu grau grave, afastando assim a punição de agentes públicos por culpa leve ou levíssima.

*In verbis* o artigo 10-A, que entrou em vigor a partir da Lei Complementar n. 157/2016: “Art. 10-A Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003”. Pelo que se verifica em toda a sistemática do instituto, o legislador se equivocou por completo, uma vez que poderia ter sido objeto de inclusão nos incisos do próprio artigo 10. Há uma grande possibilidade de ter havido uma intromissão do legislador nessa nova modalidade, trazendo outras características dos atos de improbidade que constam nos artigos 9º e 11 da lei. Não se achando razão alguma para não ter sido incluído na modalidade de ato de improbidade administrativa que cause dano ao erário. De fato, a incongruência no texto é gritante e capaz de gerar interpretações marcadas pela desconexão entre o artigo 10-A e o restante da Lei de Improbidade Administrativa.

No que tange o artigo 11, estão elencados os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública e também não importam em obtenção de vantagens econômicas. E no seu *caput* assim disciplina o artigo: “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” e trazendo em seus incisos, todo um rol exemplificativo de condutas: “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; VIII- descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; IX- deixar de cumprir a exigência de requisitos acessibilidade previstos na legislação; X- transferir recurso à entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congêneres, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990”.

Segue a lição de Wallace de Paiva Martins Júnior:

A improbidade administrativa tem a função instrumentalizada a da moralidade administrativa e, no aspecto repressivo, significa a imoralidade administrativa qualificada ou agravada pelo resultado, que pode ser qualquer uma das três espécies indicadas na Lei Federal n. 8.429/92<sup>25</sup>.

O doutrinador, de maneira sintética, ainda esclarece sobre a figura do agente do ato ímprobo: “Partícipes ou coautores – influencia, auxilia, colabora, participa mesmo que secundariamente. Pode ser pessoa jurídica; b) beneficiário – a pessoa que se favorece do ato de improbidade administrativa”<sup>26</sup>.

Marino Pazzaglini Filho dá a sua contribuição para a classificação dos atos de improbidade administrativa discorrendo sobre a natureza do tema:

Os atos de improbidade teriam natureza político-civil-administrativa. Isto porque, o autor, a suspensão de direitos políticos consiste em pena política; a proibição de contratar e receber benefícios corresponde à pena administrativa; a multa civil corresponde a uma pena civil<sup>27</sup>.

Em sentido análogo, Walter Claudius Rothenburg leciona sobre a classificação dos atos de improbidade:

É importante notar, porém, que, a despeito de tal classificação, existe possibilidade de subsunção plúrima em alguns atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito e, analogamente, provocam prejuízo ao erário – mais especificamente nos incisos III, IV, XI e XII do art. 9º.

<sup>25</sup> MARTINS JÚNIOR, op. cit. p. 111.

<sup>26</sup> MARTINS JÚNIOR, op. cit. p. 302.

<sup>27</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. Op. cit. p. 237.



Já as hipóteses de atentados contra os princípios da Administração Pública (art. 11) não ensejam essa concorrência, devendo ser consideradas hipóteses subsidiárias, isto é, para quando a conduta não se enquadrar nas hipóteses anteriores de enriquecimento ilícito (art.9º) e prejuízo ao erário (art. 10). Se não fosse assim, ter-se-ia um despciendo concurso necessário, na medida em que todo ato de improbidade administrativa configura, sempre, atentado aos princípios da Administração Pública<sup>28</sup>.

O julgado que segue, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia, dispõe sobre a exigência da má-fé:

“I. SANCIONADOR. AGRAVO REGIMENTAL EM ARESP. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DEIMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROMOVIDA PELO MUNICÍPIO DE CAMBORIÚ/SCCONTRA O SEU EX-PREFEITO, POR TER O ENTÃO ALCAIDE EFETUADO A COMPRADE AMBULÂNCIA EM NOME DE TERCEIROS, COM RECURSOS DA MUNICIPALIDADE. II. ABSOLVIÇÃO ADVENIENTE DA CORTE CATARINENSE, POR NÃO TER IDENTIFICADO NEM CONDUTA LESIVA AOS COFRES PÚBLICOS, NEM REVESTIDADE DOLO PARA OFENDER O PRINCÍPIO DA PROBIDADE. HERMENÊUTICA JUDICIAL CONSTRUTIVA DA EXCLUSÃO DE ATO ÍMPROBO, QUANDO A CONDUTA DO AGENTENÃO VEICULA DANO AO ERÁRIO, ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU OFENSA DOLOSA - A PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.III. PRETENSÃO DO MPF, NESTE AGRAVO REGIMENTAL, EM VER REFORMADA ADECISÃO UNIPESSOAL DO RELATOR QUE CONFIRMOU A ABSOLVIÇÃO DO TRIBUNALDE ORIGEM. SE AUSENTES AS ELEMENTARES DA LESÃO AOS COFRES PÚBLICOS, DO PROVEITO PESSOAL ILÍCITO E DA OFENSA A PRINCÍPIOSADMINISTRATIVOS, NÃO HÁ O TIPO ÍMPROBO. IV. NESTE CASO, NÃO SEIDENTIFICA A MÁ-FÉ DO ACIONADO, CONSOANTE AFIRMOU O TRIBUNAL DEORIGEM NO CASO PRESENTE. AGRAVO REGIMENTAL DO PARQUET FEDERAL DESPROVIDO”<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Ação por Improbidade Administrativa. In: José Adércio Leite Sampaio et al., Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 477.

<sup>29</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 628173 / SC - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2014/0316185-0 - Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133) - Órgão Julgador - T1 - PRIMEIRA TURMA - Data do Julgamento - 15/08/2019 - Data da Publicação/Fonte- DJe 05/09/2019.

Sendo assim, não restam dúvidas que pelos princípios gerais de direito, notadamente o da indisponibilidade do interesse público, da eficiência, da proporcionalidade e da razoabilidade a medida que mais se revela adequada é a exigência, para a configuração jurídica dos atos ímprobos, que causem danos ao erário público, quando em modalidade culposa, que se comprove a culpa em grau grave, no mínimo. Não havendo essa comprovação não há que se falar de ato ímprobo ou se buscar a responsabilidade do agente. Não podemos nos esquecer de que neste caso também tem que estar presente a desonestidade, que é conhecida como má-fé, que é elemento essencial da Lei de Improbidade Administrativa.

A classificação acima revela a multiplicidade de condutas ímprobas que são passíveis de apanhar agentes públicos corruptos. Mas, insuficiente ainda se apresenta a lei em comento, considerando-se a mente preparada dos agentes público em se desviar, se antecipar através de manobras ilícitas, com fim de se distanciar dos princípios norteadores da administração para assaltarem os cofres públicos, colocando principalmente os mais desafortunados em situação de penúria, enquanto esses agentes e particulares que também agem em conluio ilicitamente enriquecem, causando danos ao erário público.

A população tem ficado perplexa, uma vez que a todo momento ela se depara com notícias de ato vil praticados por agentes públicos, que ao contrário deveriam primarem pela melhoria de vida da mesma.

A sociedade anseia por uma Administração mais eficiente e que tenha como norte o cumprimento criterioso dos princípios constitucionais da administração pública.

### **3.1.1 Atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito**

Com o fito de delinear novos contornos para a probidade administrativa, a Lei de Improbidade Administrativa trouxe instrumentos mais eficazes no combate endêmico da corrupção em nosso país. Entre esses instrumentos, aborda-se, nesse momento, a comprovação de aumento patrimonial do agente público em descompasso com seus rendimentos, o que revela indícios de atividade ilícita. Verifica-se que a interpretação constante do inciso que trata da subespécie de enriquecimento ilícito tem causado desconfortos na comunidade dos juristas em nosso país. A identificação do enriquecimento ilícito é uma das medidas mais importante no combate à corrupção, se mostrando essencial e eficaz para punição dos agentes ímprobos.

Nicolau Maquiavel compara a corrupção a patologias como a tuberculose, cujo tratamento é menos eficaz, ou mesmo inócuo, com o passar do tempo.

Com o passar do tempo, não tendo sido reconhecida nem medicada, se torna fácil o diagnóstico e difícil sua cura. Nos assuntos de Estado acontece a mesma coisa. Prevendo os males que nascem o que só é permitido a um sábio, estes são curados rapidamente. Mas quando se permite que cresçam, por não havê-los previsto, todos os reconhecem, porém não há mais remédio.<sup>30</sup>

O rol de violações previstos no artigo 9º é exemplificativo, e, de plano, o seu inciso I, dão relevo à conduta ilícita no recebimento pelo agente público para si ou para outrem, de qualquer tipo de vantagem econômica indevida, direta ou indireta a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente, pagos por quem tenha interesse direto ou indireto na ação ou omissão funcional. O que se extrai do aludido inciso é que o legislador tentou abarcar situações que o agente público de forma escamoteada enriquece à custa do Estado.

Para a configuração do ilícito previsto nesse inciso, tem que estar presente o elemento subjetivo do tipo, o dolo, uma vez que o agente tem que ter agido conscientemente visando o recebimento de qualquer vantagem indevida. No que se refere ao inciso II, ele inibe nesse particular o recebimento de vantagem econômica, direta ou indireta com o intuito de facilitar a aquisição, permuta ou locação de um bem móvel, imóvel ou de serviço por quantia maior que o valor de mercado, sendo que o valor é destinado a uma vantagem indevida para o particular.

O agente público não pode agir de forma contrária às prescrições legais, de forma a permitir o enriquecimento ilícito de terceiros, causando prejuízos ao Estado. No que se refere ao inciso III, este estabelece o ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, o recebimento de vantagem econômica indevida, infringindo preceitos legais, 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; o inciso IV aborda a utilização de veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou a disposição da Administração Pública, bem como o trabalho de servidores públicos, de empregados ou de terceiro contratado pelas entidades da Administração Pública.

Estará presente o ato de improbidade administrativa no uso indevido de quaisquer bens ou trabalho das pessoas elencadas pela lei neste inciso; verifica-se no inciso V a previsão

---

<sup>30</sup> MAQUIAVEL, Nicolai. O príncipe. trad. de Maria Lúcia Cumo. 2. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 22.

de uma violação de contornos inclusive penais, de natureza gravíssima, ensejando no caso aqui abordado a prática da improbidade administrativa que resulta no enriquecimento ilícito, as seguintes condutas: o recebimento de vantagem econômica pelo agente público, permitindo em função disso, uma prática delituosa de natureza penal.

Assevera-se que, no ato de improbidade, o agente público deve ter como requisito o dever profissional de inibir as práticas delituosas dessa natureza, notadamente na exploração ou prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou o aceite de promessa de tal vantagem, práticas que, não é necessário frisar, estão na contramão dos deveres que devem ser obedecidos pelos agentes públicos; o inciso VI disciplina a violação de ato de improbidade administrativa pelo agente público em função do recebimento de vantagem econômica para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras ou serviços públicos, informações acerca de quantidade, peso, medida, qualidade ou característica referentes a mercadorias e outros bens fornecidos à Administração Pública.

Cumpra salientar que a configuração do enriquecimento ilícito, em razão da prática acima descrita, o agente público deve ser competente para emitir documento acerca da medição, avaliação das obras, serviços ou mercadorias, receber vantagem econômica para a prática de aludido ato e ter a plena consciência do ato falso gravíssimo que comete contra a administração pública, abalando a credibilidade desta.

No inciso VII, o legislador preconizou o cometimento do ato de improbidade pelo agente que avoluma o seu patrimônio de forma comprovadamente incompatível com seus ganhos, uma vez que a condição financeira do agente público é visivelmente distante do patrimônio ostentado pelo mesmo, neste temos as lições dos doutrinadores a seguir citados.

Pazzaglini Filho salienta que:

Incube na ação civil de improbidade a seu autor provar que o agente público adquiriu valores incompatíveis com a evolução de seu patrimônio e rendimentos em decorrência do exercício abusivo, corrompido, subvertido de seu mandato, cargo, emprego ou função pública<sup>31</sup>.

Calil Simão faz as seguintes considerações:

---

<sup>31</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino, op. cit., p. 71.

O enriquecimento ilícito é o aumento patrimonial obtido pelo agente público em ofensa a uma norma jurídica. Importante destacar que a função pública só deve beneficiar a coletividade; em razão disso, o princípio da impessoalidade impede que o agente público realize atos em proveito próprio. Agindo dessa forma, cometerá ato de improbidade administrativa. O enriquecimento que a norma procura impedir e punir é aquele que ocorre ao arrepio da lei, porque não havia autorização legal ou havia vedação legal (CF, art. 37)".<sup>32</sup>

Segundo Aluizio Bezerra Filho:

O enriquecimento ilícito projeta uma construção patrimonial calcada na ilegalidade de recursos financeiros, cuja natureza não tem como respaldá-la perante os órgãos competentes à sua origem e evolução no decorrer do tempo. O trabalho honesto, a herança ou a sorte lotérica são fontes legais de recursos capazes de garantir o enriquecido das pessoas, seja física ou jurídica. Os meios idôneos mais comuns para a demonstração do enriquecimento natural são a declaração de imposto de renda com seus devidos comprovantes, além da movimentação financeira, quer corrente, quer de aplicação em fundos, etc. Quando o sujeito não tem como comprovar a origem de seu patrimônio, há suspeita de enriquecimento ilícito, quer pelo aumento sem fonte que justifique a sua aquisição e manutenção, quer pela via da sonegação fiscal, visto que, não tendo meios para comprovar renda ou fundos de origem saudável, incorre forçosamente também no crime de sonegação fiscal.<sup>33</sup>

No que se refere ao inciso VIII, extrai-se a proibição do agente público aceitar no exercício de emprego, comissão ou atividade de consultoria ou de assessoramento para pessoa física ou jurídica, em contraprestação ou favorecimento por ação ou omissão em decorrência das atribuições inerentes ao cargo ou função.

Nesse contexto, é bom que se pondere que o simples aceite de consultoria ou de assessoramento já se revela ato de improbidade administrativa, estando presente desta forma o elemento subjetivo do tipo que é o dolo, não necessitando do exaurimento da conduta que é contraprestação ou favorecimento por ação ou omissão do agente, ou seja, a simples presença da expectativa de receber a vantagem ilícita é o bastante para estar presente a desonestidade exigida pela vontade do legislador.

---

<sup>32</sup> SIMÃO NETO, Calil, op. cit., p.199.

<sup>33</sup>BEZERRA FILHO, Aluizio, Atos de Improbidade Administrativa, Lei 8.429/92, Anotada e Comentada, Curitiba: Editora Curitiba, 2012, p.58.

Essa rigorosa vontade do legislador traz temor ao agente que não deve comprometer a prestação do serviço público, mesmo que em sede apenas da promessa de contraprestação assessoramento, prejudicando a boa prestação dos serviços perante a Administração Pública; neste inciso o legislador preceitua que perceber qualquer vantagem econômica, ainda que indiretamente, para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza, o legislador destaca o poder que existe nas mãos do agente público, por esta razão, que prescreve a punição que viola os preceitos acima enumerados de forma bastante rigorosa, uma vez que sobre o agente é depositado o poder da liberação ou não de verbas ou rendas públicas e o mesmo tem o dever de cumprir às exigências legais.

As verbas públicas, ou recursos públicos, são provenientes do orçamento legal. Portanto, a liberação e a aplicação destas devem, necessariamente, observar e obedecer à previsão orçamentária e às respectivas normas legais, técnicas e contábeis, conforme previsão contida na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), fiscalizadora da responsabilidade da gestão fiscal. Desta forma, é vedada a intermediação de agente público na liberação e aplicação das verbas públicas sob pena de configuração de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito; no inciso X, o recebimento de vantagem para que o agente omita ato de ofício, se revela grave na medida em que pode trazer pessoas inidôneas para usar aparato que envolve a Administração pública, trazendo prejuízos à Administração. Cumpre salientar que estará presente a violação deste dispositivo se o ato de ofício a ser realizado seja sem sombra de dúvidas a providência a ser tomada seja de obrigação do agente público.

O inciso XI trata da improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito quando o agente público incorpora a seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores públicos integrantes do acervo patrimonial da Administração direta, indireta e fundacional.

É de se observar que este dispositivo dispõe de forma clara que o agente que assim opera também fere dispositivo do Código Penal, praticando o tipo peculato (artigo 312 do Código Penal), com penas rigorosíssimas, que podem chegar a doze anos de reclusão. Por outro lado, para que ocorra o ato de improbidade administrativa é necessário que a conduta seja ilícita, o agente seja público ou equiparado (artigo 327 do Código Penal), que o bem adquirido seja público e que esteja presente a apropriação efetiva da coisa pública pelo agente público ou equiparado.

Neste inciso final, que é o XII, se revela o uso de bens, rendas, verbas ou valores, iminentemente das pessoas constantes do Art. 1º, da Lei em comento. Neste inciso o legislador achou por bem inibir a locupletação do agente público, usando bens das entidades constantes

do referido artigo. Não estando neste inciso a apropriação e sim o uso indevido dos bens públicos. Assim agindo os agentes públicos estarão de forma desonesta e imoral enriquecendo ilicitamente.

Na bem lançada ponderação de Martins Júnior:

A lei presume a inidoneidade do agente público que adquire bens ou valores incompatíveis com a normalidade do seu padrão de vencimentos, bastando provar que exercia função pública e que os bens e valores (mobiiliários ou imobiliários) adquiridos são incompatíveis ou desproporcionais à evolução de seu patrimônio ou renda. A lei também censura os sinais exteriores de riqueza e a obtenção de bens ou valores para outrem e pune igualmente artifícios empregados para dissimular o enriquecimento ilícito, de modo que atinge a aquisição direta ou indireta (simulação, triangularização, utilização de esquema de lavagem de dinheiro, de testas-de-ferro, membros da família etc.)<sup>34</sup>.

Dispõe sobre o tema também Eurico Bitencourt Neto corrobora dizendo que:

O enriquecimento ilícito é a forma mais grave de improbidade administrativa, em especial quando se trata de atentado praticado contra a Administração Pública mergulhada em caldo de profundas desigualdades sociais, em que cada porção do patrimônio público desviado de suas finalidades, a par de contribuir para a manutenção da crise social, ao incorporar-se ao patrimônio do ímprobo, constitui verdadeiro escárnio à miséria que nos cerca<sup>35</sup>.

Calil Simão faz as seguintes considerações:

O enriquecimento ilícito é o aumento patrimonial obtido pelo agente público em ofensa a uma norma jurídica. Importante destacar que a função pública só deve beneficiar a coletividade; em razão disso, o princípio da impessoalidade impede que o agente público realize atos em proveito próprio. Agindo dessa forma, cometerá ato de improbidade administrativa. O enriquecimento que a norma procura impedir e punir é aquele que ocorre ao arrepio da lei, porque não havia autorização legal ou havia vedação legal (CF, art. 37).<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> MARTINS JÚNIOR. Op. cit. p. 227.

<sup>35</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. Improbidade administrativa e violação de princípios. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 112.

<sup>36</sup> SIMÃO NETO, Calil, op. cit. p.199.

Nesse sentido, nos atos de improbidade que ensejam o enriquecimento ilícito a vantagem que absorveu tem que ser necessariamente patrimonial, ou seja, apreciável do ponto de vista econômico. Cumpre assinalar que, para a tipificação do ato de improbidade administrativa na modalidade enriquecimento ilícito é imprescindível a comprovação do dano ou prejuízo aos cofres públicos.

Para configuração de qualquer conduta contida neste artigo em destaque é, da mesma forma, imprescindível a presença do elemento subjetivo do tipo, o dolo, ou seja, tem que ser provado de forma cabal a violação da moralidade e da probidade do agente público, e, essa conduta tem que ser desonesta, com a presença da má-fé.

Na visão do Professor Fernando Capez, há uma desproporcionalidade das penalidades impostas ao agente por ato de improbidade administrativa, notadamente na sua modalidade culposa, frente às penas impostas na esfera penal. Nesse sentido, assevera:

O ato de improbidade possui hoje a mesma carga sancionadora, impondo ao agente público idêntica nódoa à da imputação penal, infligindo os mesmos constrangimentos e trazendo equivalente aflição”. Logo, “não se pode admitir que exista maior exigência para a configuração de um crime, do que de um ato de improbidade”. Urge, portanto, o aprofundamento da doutrina em relação aos limites da Lei de Improbidade Administrativa, entre eles o elemento anímico dos atos ímprobos (requisito de natureza subjetiva para a configuração do tipo), inclusive mediante a aproximação de seus critérios punitivos aos da responsabilização penal, com a proteção de institutos solidamente edificados no bojo do direito penal, “a fim de conter o arbítrio na satisfação da pretensão de punir.<sup>37</sup>

Segundo o professor Marcelo Figueiredo:

Entendemos que infringe a norma todo agente que obtenha, receba, perceba, direta ou indiretamente, um interesse que afronte o padrão jurídico da probidade administrativa, também como encartada na Constituição Federal e nas leis. Sua conduta deve estar impregnada de ilicitude e de elementos antijurídicos. Façamo-nos mais claros. Dizer que apenas o agente que recebeu vantagem econômica infringe o comando legal parece insuficiente. Isso porque, ao examinar os incisos, verifica-se a tônica do legislador em cercar-se de situações que de uma forma ou de outra, possam configurar atritos concretos à moralidade administrativa. Não se trata apenas e tão-somente de receber, direta ou indiretamente, dinheiro, recursos, comissões, propinas.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup>Curso de direito penal, Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 298, 316-317 e 326.

<sup>38</sup>Probidade Administrativa, Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 112.



Na lição de Mauro Roberto Gomes de Mattos:

Basta estar presente o enriquecimento ilícito em razão do cargo ou função pública exercido pelo agente público, independentemente das hipóteses exemplificativas dos incisos do art. 9º, para existir o delito, sem que haja ofensa ao princípio da reserva legal, em razão da determinação da Carta Magna.<sup>39</sup>

As ponderações acima revelam que o legislador não teve a pretensão de exaurir as situações ímprobas em que os agentes e equivalentes podem se envolver, reforçando, assim, a doutrina majoritária, de que o rol previsto no art. 9º, da lei em comento é simplesmente exemplificativo.

Conclui-se, então, que o agente que recebe vantagens em razão do exercício do cargo, função, mandato, emprego ou atividades, seja ele agente público ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional, pratica o ímprobo previsto no Art. 9º, da Lei de Improbidade Administrativa. Verifica-se que os particulares se sujeitam à Lei de Improbidade Administrativa, se por qualquer motivo auferir benefícios ou concorrer para a prática de atos contra administração pública.

### **3.1.2 Atos de improbidade que causam prejuízo ao erário**

O dano ao erário exige uma lesão efetiva ao erário público para sua configuração, partindo dessa premissa se houver uma lesão sem repercussão patrimonial há de ser afastada a pecha de ato ímprobo contra o agente, prevista no Art. 10. Por outro lado, pode ser caracterizado o ato ímprobo previsto nos Artigos 9º ou o previsto no artigo 11, uma vez que no primeiro há enriquecimento ilícito e na última violação dos princípios da Administração Pública.

Verifica-se que o artigo 10, *caput*, da Lei nº 8.429/1992 traz em seu bojo a exigência para a sua configuração a presença de atos lesivos ao erário ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que cause prejuízo ao patrimônio público (Art. 1º).

---

<sup>39</sup>Limite da improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p.138.

De acordo com o referido artigo, o prejuízo ao erário é, portanto, elemento objetivo do tipo de improbidade administrativa, a literalidade do referido artigo no seu *caput*, recomenda essa interpretação.

Nessa esteira, às elementares ali contidas levam à interpretação que os seus incisos trazem um comando cuja exegese aponta para tipos autônomos de violação de condutas com uma ligação com a cabeça do artigo, revelando, nessa interpretação, a exigência do dano ao erário público. Acerca do artigo em comento, Pazzaglini Filho se posiciona, conceituando erário público:

O erário é a parcela do patrimônio público de conteúdo econômico-financeiro direto. Enquanto o conceito de patrimônio público é mais abrangente, pois compreende o complexo de bens e direitos públicos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico, o de Erário, como parte integrante do patrimônio público, limita-se aos bens e direitos de valor econômico, ou seja, aos recursos financeiros do Estado, ao Tesouro Público”<sup>40</sup>.

Consta desse dispositivo que qualquer ação ou omissão do agente público, dolosa ou culposa, no efetivo exercício da função pública, que cause prejuízo efetivo ao patrimônio público, consistindo em perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens em geral, configura ato de improbidade administrativa.

Passo a trazer a contribuição para tentar remediar os atritos por que passa a nossa tormentosa jurisprudência acerca do elemento subjetivo culpa, esculpido no artigo em comento.

Nesse sentido traz-se a colagem do julgamento da relatoria do Ministro Herman Beijamin:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO NAS RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. ART. 288 DO RISTJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, IX, DA LEI 8.429/1992. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ERROR IN PROCEDENDO. OCORRÊNCIA. PENALIDADE APLICADA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. 1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública, contra ato de improbidade administrativa formulada, pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco, visando condenação do ex-prefeito de Brejinhos/PE à devolução aos cofres públicos dos valores de R\$ 77.581,87, alegando ato ímprobo de dispensar ilicitamente procedimento licitatório, bem como pagamento sem autorização legal ou regulamentar, no valor de R\$ 2.500,00, na emissão de segundas vias de documentos públicos (certidão de

<sup>40</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. Op. cit. p. 78.

casamento e nascimento). 2. Inicialmente impossível analisar o pedido de efeito suspensivo ao Recurso Especial quando pleiteado nas razões do Apelo Nobre. A Medida Cautelar, prevista no art. 288 do RISTJ, é a via adequada para demandar a tutela antecipada com o objetivo de conferir efeito suspensivo ao Recurso Especial, devendo ser requerida de forma apartada, desde que satisfeitos os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. 3. Em se tratando de ato ímprobo, mesmo sendo caso de pronta rejeição da ação (artigo 17, § 8º, da Lei 8.429/1992) em que o magistrado se encontra plenamente convencido da inexistência do ato e improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita ou sendo caso de regular instrução processual em que se poderá concluir pela existência ou não de atos de improbidade administrativa configurados nos artigos 9, 10 e 11 da Lei 8.429/1992, deve o juiz/tribunal fundamentar suas decisões. 4. Não obstante, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar do elemento subjetivo. No caso do artigo 10 da Lei 8.429/1992, para a sua consumação, é necessário se perquirir quanto ao dolo ou a culpa. 5. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé; e por isso, necessário o dolo genérico na conduta do agente e, no caso de dano ao erário, dolo ou culpa. 6. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a improbidade é o ato ilegal qualificado pelo elemento subjetivo do agente, sendo indispensável a correta identificação do dolo quando caracterizadas condutas tipificadas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou pelo menos eivadas de culpa grave, nas hipóteses do artigo 10 da lei. Cito precedentes: (REsp 939.118/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.2.2011, DJe 1º.3.2011; AgRg no REsp 1.125.634/MA, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 16.12.2010, DJe.2.2011; EREsp 479.812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 25.8.2010, DJe 27.9.2010; REsp 758.639/PB, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 28.3.2006, DJ 15.5.2006) 7. Configura *error in procedendo* a decisão judicial que, embora afirme a ilegalidade da conduta, não reconhece a presença de conduta dolosa ou culposa indispensável à configuração de atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/92, além de não fazer a parametrização das sanções impostas na condenação. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.399.825/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5.2.2015, DJe 12.2.2015; AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 24.2.2015, DJe 5.3.2015) 8. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça julga necessário anular o acórdão recorrido para que nova decisão seja proferida. Precedente: REsp 507.574/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15.9.2005, DJ 20.2.2006) 9. Recurso Especial provido.<sup>41</sup>

<sup>41</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. Nº 1512047/ PE, Recurso Especial 2015/0009544-0, T2 Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em: 21/05/2015.

Nesta esteira, é de bom alvitre exteriorizar o entendimento de que a culpa está posta nesse diploma legal de forma genérica, que nesse particular o legislador falou menos do que deveria, ou seja, não trouxe os elementos necessários para informar os operadores do direito, notadamente o julgador, em que grau de culpa estaria presente o ato de improbidade administrativa, no caso do Art. 10. Frisa-se mais uma vez que, considerando a lei de improbidade em cotejo com os princípios basilares de nosso ordenamento não é possível chegar a outra conclusão de que é preciso, no mínimo, a culpa grave para a configuração do ato de improbidade administrativa.

O artigo 10 da Lei de improbidade Administrativa, estabelece que, ocorrendo dano ao erário público, para se responsabilizar o agente público por atos de improbidade administrativa basta que ele haja dentro de quaisquer das vertentes genéricas da culpa: imperícia, imprudência ou imperícia. Ele estaria, então, sujeito às penalidades previstas no artigo 12 dessa lei.

O que não se pode admitir, pelas ponderações já lançadas neste trabalho, é que a culpa seja leve ou levíssima, ou seja, a culpa deve ser no mínimo grave para ter lugar ao ato ímprobo, e, ainda, a presença do dano e também a presença indispensável da desonestidade, também conhecida como má-fé.

Neste sentido o Recurso Especial, da relatoria da Ministra Assusete Magalhães, no sentido da exigência da presença ao menos da culpa no seu grau no mínimo grave para a configuração dos atos ímprobos previstos no Art. 10, na modalidade culposa:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 9º, 10 E 11 DA LEI 8.429/92. IRREGULARIDADESEM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. ACÓRDÃO QUE, EM FACE DOS ELEMENTOS DE PROV DOS AUTOS, CONCLUIU PELA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATO ÍMPROBO E DO ELEMENTO SUBJETIVO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Agravo Regimental aviado contra decisão monocrática que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73. II. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem manteve sentença que, por sua vez, julgara improcedente o pedido, em Ação Civil Pública ajuizada pelo agravante, na qual postula, com fundamento nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, a condenação dos ora agravados pela prática de atos de improbidade administrativa, consubstanciados em irregularidades em procedimentos licitatórios, realizados pelo

Município de Assunção/PB, para execução de obras custeadas com verbas oriundas de convênio firmado com o Ministério das Cidades. III. Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10" (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011). Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2014; REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/09/2014; AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2014. IV. No caso, o acórdão recorrido, mediante exame do conjunto probatório dos autos, concluiu que "deve-se realçar ser incontroverso que as irregularidades descritas, em linhas passadas não ensejaram dano ao erário, fato inclusive admitido pelo MPF em seu recurso (fl.544, v. 3). Note-se que o objeto do contrato de repasse pavimentação da Rua Pio Salvador) foi atingido sem que os dispêndios superassem os recursos destinados à sua execução (v. fls. 121-135 do apenso 1, v. 1). Sendo assim, verifica-se, de plano, que não há como imputar a conduta dos demandados nas hipóteses previstas no art. 10 da LIA, que pressupõe dano ao erário. Vê-se, outrossim, que não restou demonstrada, nem de longe, a ocorrência de enriquecimento ilícito de nenhum dos suplicados (art. 9º da LIA) (...) embora seja incontroversa a ocorrência de irregularidades no bojo dos certames (licitações nºs 19/2004 e 28/2006), não ficou comprovada à má-fé dos recorridos, muito menos o conluio entre eles", de modo que inexistente o dolo de fustigar os princípios da administração. Incidência da Súmula 7/STJ. V. Nos termos em que a causa foi decidida, infirmar os fundamentos do acórdão recorrido - para acolher a pretensão do agravante e reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa e do elemento subjetivo doloso, na conduta dos réus - demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.457.608/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2014; AgRg no AREsp 279.581/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/12/2013. VI. Agravo Regimental improvido.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 409591 / PB AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0342513-0 - Relator(a) Ministra ASSUSETE MAGALHÃES (1151) - Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento 07/11/2017- Data da Publicação/Fonte DJe 16/11/2017.

Cumpra salientar que todos os incisos do artigo 10, para a configuração do ato de improbidade, estão atraídos para a cabeça do artigo, que pontua que, para configuração do ato de improbidade administrativa, é necessária a presença do dano ao erário.

Verifica-se, ainda, sobre o ato de improbidade descrito nesse artigo, especialmente na particularidade da exigência da culpa, que os nossos tribunais têm aceitado, muitas das vezes e de forma desproporcional, qualquer tipo de culpa, desconsiderando o seu grau (lembramos, no mínimo, o grave). Se isso não bastasse, também nossos tribunais têm muitas vezes entendido que na modalidade culposa é desnecessária a presença da má-fé, o que fere de morte a vontade do legislador, que previu a desonestidade, em todos os dispositivos que norteiam os atos ímprobos da lei em comento. Resta evidente que o papel de pacificação jurisprudencial exercido pelo STJ não tem gerado os melhores efeitos em relação ao tema, pois persiste a desconsideração ao elemento da má-fé em muitos julgados.

Reforça-se neste sentido, o dito na seguinte colagem do julgado de relatoria do Ministro Humberto Martins, que além de entender que a simples culpa seria necessária para configurar do ato ímprobo ainda, não fez qualquer exigência à presença da desonestidade, também conhecida como má-fé:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESCUMPRIMENTO DE CONVÊNIO. FUNASA. APLICAÇÃO IRREGULAR DE VERBAS. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO OBJETO DO ACORDO. ATO ÍMPROBO POR DANO AO ERÁRIO CARACTERIZADO. DOLO CARACTERIZADO. ARTIGO 10 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PENALIDADES DA LEI N. 8.429/92. CABIMENTO. 1. A jurisprudência atual desta Corte é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Logo, para a tipificação das condutas descritas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do art. 10. 2. No caso dos autos, ficou comprovada a má utilização de recursos públicos oriundos de convênio com a FUNASA. Assim, além de proceder à alteração unilateral do objeto conveniado, também não comprovou a utilização do percentual de 51% das verbas em finalidades públicas no município, ficando, portanto, demonstrado o dolo do agente e o prejuízo ao erário, seja pelo descumprimento do pactuado, seja pela má gestão administrativa. 3. Caracterizado o ato de improbidade administrativa por dano ao erário, nos termos do art. 10 da Lei n. 8.429/92, já que, para enquadramento de conduta no citado artigo, é dispensável a configuração do dolo, contentando-se a norma com a simples culpa. O descumprimento do convênio com a não aplicação das verbas ao fim

destinado foi, no mínimo, um ato negligente. 4. Evidenciada no acórdão recorrido, à luz das circunstâncias fático-probatórias descritas pelo tribunal de origem, a culpa por parte do recorrente, cabe à condenação com base no art. 10 da Lei n. 8.429/1992 e a aplicação das penalidades previstas no art. 12 do mesmo diploma, como bem determinou o tribunal de origem. Agravo regimental improvido.<sup>43</sup>

Nesta esteira, o aludido acórdão vai ao encontro das críticas apresentadas, desconsiderando a necessidade de mais segurança jurídica para os nossos operadores do direito, principalmente os julgadores, uma vez que o que se extrai do julgado acima é o que os nossos tribunais, notadamente os superiores, que servem de norte para as demais instâncias, ainda não pacificaram seu entendimento sobre o tema. Disso decorre que decisões incongruentes estão sendo prolatadas no que concerne a Lei de Improbidade Administrativa, em especial no que e refere à exigência da má-fé e a culpa no mínimo grave para os casos previstos no artigo 10 da Lei em destaque.

Com efeito, o que se extrai deste dispositivo em estudo é que qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que configure perda patrimonial, desvio, apropriação, preço inferior ao de mercado ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º, aliada ao vocábulo genérico previsto no *caput*, o agente público estará sujeito às penalidades previstas no artigo 12, sem prejuízo de outras sanções que o caso requerer, desde que a culpa esteja presente pelo menos no seu grau grave e também a presença imprescindível da desonestidade, compreendida como má-fé.

Não é redundante destacar as condutas previstas como ímprobas. O inciso I disciplina que o agente que, no exercício da função pública, facilitar ou concorrer para que haja incorporação de bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio público ao patrimônio do particular.

No caso do inciso II, a permissão ou concorrência por parte de agente público no exercício da função pública, para que pessoa física ou jurídica privada use indevidamente bens ou valores públicos. Esse ilícito se caracteriza em função de um ato comissivo ou de omissão, do agente público que tem sob sua guarda os bens ou valores do Estado ou de qualquer das entidades descritas no artigo 1º. Não se podendo permitir que bens públicos, sejam transferidos para particulares sem as rigorosas exigências legais.

---

<sup>43</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp: 532421 PE 2014/0142733-0, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 21/08/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJE 28/08/2014.

O inciso III trata da proibição de doação de bens públicos à pessoa física ou jurídica realizada por agente público, que esteja no exercício de suas funções, sem que observe todas as exigências legais, com a devida avaliação e comprovação da finalidade pública, etc., que norteiam a doação, inclusive atendendo o que preconiza a Lei de Responsabilidade Fiscal.

O inciso IV prevê que o agente do estado que praticar as ações de alienação, permuta ou locação de bem público, menosprezando as formalidades prescritas na lei, inclusive com preço fora do mercado, estará praticando ato de improbidade administrativa.

O inciso V prevê como ato de improbidade administrativa conduta lesiva ao patrimônio público. A permissão ou facilitação da aquisição de permuta, aluguel de um bem ou contratação de um serviço particular por um agente público, por quantia superior ao de mercado, ou seja, por preço acima do mercado, com o fim de lesar o patrimônio público.

No caso do inciso VI tem previsão a realização de contratação financeira ou qualquer operação que manipule dinheiro público, como empréstimos, aporte de crédito em geral, emissão de títulos da dívida pública, aplicação de recursos públicos e assunção de obrigações, garantia insuficiente ou inidônea. O agente público não deve se afastar das normas legais e nem menosprezar os princípios constitucionais, que recaem sobre ele.

No inciso VII- - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais. O agente neste caso não obedece à finalidade da administração e também descumpre normas previstas no direito tributário e ainda, na lei de responsabilidade fiscal.

O que se extrai do inciso VIII: o agente público provoca a frustração de processo licitatório determina dispensa indevida, em desconformidade com as leis aplicáveis à espécie, notadamente a Lei nº 8.666/93, a lei de licitações.

O inciso IX prevê como ato ilícito a ordenação ou permissão para executar despesas públicas não autorizadas em lei. Mais uma vez neste caso, para a configuração do ato de improbidade administrativa pelo agente público, deve haver, por esse, o descumprimento das normas previstas no Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, distanciando-se do que dispõe a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Preceitua o inciso X que o agente do estado que negligenciar na função arrecadatória em sede de receitas tributárias, em total desobediência aos princípios da administração pública comete ato de improbidade administrativa.

No inciso XI, a liberação de verba pública, sem a devida observância às normas pertinentes à rubrica liberada e total descumprimento às normas que preconizam a liberação aqui mencionada.



O inciso XII disciplina a permissão ou a concorrência para que terceira pessoa enriqueça licitamente, em descumprimento e total afastamento das normas legais.

No caso do XIII – a conduta aqui é a utilização em obra ou serviço particular, de veículos, de máquinas, de equipamentos ou de quaisquer materiais de propriedade ou à disposição da Administração Pública, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados pelas entidades da Administração Pública, enumerados no artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa.

A Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que disciplina normas gerais de contratação de consórcios públicos, inseriu junto ao artigo 10 os incisos XIV e XV.

Dispõe inciso XIV que é ímprobo o ato de “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”.

Disciplina o inciso XV o ato de “celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei”.

A Lei nº 13.019/2014 trouxe mais seis incisos que disciplinam as condutas ilícitas advindas de parcerias firmadas entre a administração pública e entidades privadas, conforme se elenca a seguir:

O inciso XVI prevê a conduta de facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie.

Prescreve o inciso XVII, permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie.

O que se extrai do inciso XVIII celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie.

O inciso XIX estabelece como ato ímprobo agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

Consta do inciso XX liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

O inciso XXI liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

Verifica-se, portanto, que se justifica plenamente a tentativa deste trabalho de emprestar maior segurança jurídica aos jurisdicionados e aos operadores do direito de forma geral, diante dos inúmeros entendimentos jurisprudenciais divergentes, inclusive em nossos tribunais superiores. O jurisdicionado deve ter a segurança de que só será punido após julgamento que, seguindo o devido processo legal, considere os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade ao tratar dos atos de improbidade administrativa. Infelizmente, é o que não acontece em muitos dos casos aqui colacionados, tanto por pobreza exegética de parte de nossos tribunais, que ignora o pertencimento da lei a um ordenamento complexo e sistematizado, quanto pelo fato que não cansamos de frisar que, em deslize técnico, o artigo 10 da lei em regência, traz modalidade culposa, sem mencionar o seu grau de intensidade. Pela mera literalidade do aludido dispositivo pode se aventar que até mesmo por culpa leve pode o agente público sofrer condenação por ato de improbidade administrativa, o que seria algo totalmente descabido, verdadeira violência contra garantias fundamentais do jurisdicionado.

Se isso não bastasse, há correntes jurisprudenciais no Superior Tribunal de Justiça admitindo, para a configuração do ato de improbidade administrativa, a figura do dano *in re ipsa*, em singela tradução, o dano presumido, notícia trazida pelo sítio eletrônico do mencionado tribunal, no dia 02 de fevereiro de 2017, com a seguinte descrição: [...] mantida multa aplicada a ex-prefeito de Ubatuba (SP) por compra de automóvel sem licitação”. Segundo a publicação, “a defesa do ex-prefeito alegou que a compra do automóvel não causou prejuízo ao erário, de forma que a conduta não se enquadraria na hipótese do art. 10, VIII”, mas “o relator Ministro Gurgel de Faria não acolheu o argumento”, uma vez que “a jurisprudência do STJ é firme no sentido de considerar que “o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido, consubstanciado na impossibilidade da contratação da melhor proposta”<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup>Superior Tribunal de Justiça, BRASIL. **Mantida multa aplicada a ex-prefeito de Ubatuba (SP) por compra de automóvel sem licitação**. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-02-20\\_09-31\\_Mantida-multa-aplicada-a-exprefeito-de-Ubatuba-SP-por-compra-de-](http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-02-20_09-31_Mantida-multa-aplicada-a-exprefeito-de-Ubatuba-SP-por-compra-de-)

Sobre o tema, que se entende que o dano *in reipsa* em matéria de improbidade administrativa passou por criação dentro do STJ, trazendo a interpretação do ano de 2016, com aquela composição dos integrantes daquela Corte, através dos julgamentos proferidos pela Segunda Turma no julgamento do AgRg nos EDcl no AREsp 419.769/SC (2ª Turma – Relator Ministro Herman Benjamin. Julgamento em 18/10/2016: “[...] a fraude à licitação tem como consequência o chamado dano *in reipsa*, reconhecido em julgados que bem se amoldam à espécie”, conforme voto do Eminentíssimo ministro Mauro Campbell Marques no REsp 1.280.321/MG, DJe 09.03.2012 e REsp 1.190.189, DJe 10.09.2010.

Não é necessário demonstrar de forma ainda mais enfática a incongruência das teorias que consideram a possibilidade do *dano in reipsa* em relação aos dispositivos da lei de improbidade administrativa, aqui já, fartamente, comentados. Resta retornar ao elemento subjetivo da má-fé para, explicitado, lance ainda mais luzes sobre esses entendimentos controversos.

O professor Damásio de Jesus leciona sobre a má-fé, nos seguintes termos:

A má-fé também foi associada ao conhecimento da ilicitude, compondo, junto com o dolo, o elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa. Em consequência, a acumulação remunerada de cargos públicos, devidamente amparada por pareceres jurídicos sustentando a juridicidade da contratação, consubstanciaria mera irregularidade, não ato de improbidade administrativa, isso em razão da ausência de dolo ou má-fé por parte do contratado. Igual entendimento prevaleceu em relação a professores que requereram, administrativamente, progressão profissional com base em diplomas de mestrado ainda não convalidados no Brasil, isso porque, no seu entender, a exigência somente seria necessária para fins acadêmicos. E, ainda, contratações temporárias, ao arripio da Constituição e da legislação federal de regência, mas realizadas com base em lei municipal autorizadora, denotariam a ausência de dolo ou má-fé. Esses exemplos, como se percebe, se ajustam à teoria extremada do dolo, que, no direito penal, incluía sob sua epígrafe a efetiva consciência da ilicitude. Afinal, como o dolo é um fator psicológico, todos os seus elementos teriam natureza similar, de modo que a ausência de real conhecimento da ilicitude o excluiria. Face à dificuldade em se demonstrar a atual consciência da ilicitude, foi desenvolvida a teoria limitada do dolo, exigindo tão somente o potencial conhecimento da ilicitude, que também foi abandonada com o surgimento da teoria

finalista da ação, que deslocou a análise dessa consciência do dolo para a culpabilidade<sup>45</sup>.

A questão passou a ser contextualizada na reprovabilidade da conduta.

Segundo Aluizio Bezerra Filho,

Este dispositivo legal disciplina a imputação da responsabilidade pessoal do agente público ou político que venha proporcionar lesividade ao nível de riqueza estatal pela sua conduta de enquadramento com a especificada atitude pela sua ação nefasta, mediante ao positivo, sem o qual que a sua participação não seria realizada, ou pela sua omissão, sem a qual não se alcançaria o resultado lesivo apurado. A perda patrimonial enfocada neste dispositivo exprime uma mutação depreciativa que importa na redução valorativa, conseqüentemente, o seu material, financeira, econômica ou moral. Observe-se que a ilegalidade há de ser conjugada com a lesividade efetiva ao erário para caracterizar o tipo descrito nesta norma, conquanto só antijuricidade do ato remeteria a conduta para a tipificação preceituada pelo art. 11, da desta Lei.<sup>46</sup>

Com efeito, não se pode imputar uma pecha de agente ímprobo, alegando-se que o prejuízo seria presumido, imputação que não harmoniza com o direito pátrio, uma vez que a jurisprudência em nossos tribunais é firme no sentido de que a condenação, nesse particular, só se concretiza com a prova do efetivo prejuízo. Não se pode concordar, repita-se, com a condenação de agente público por ocorrência de dano presumido, o que dispõe o artigo 21, da lei em comento.

O artigo 21 da Lei 8.429/92 preceitua que a aplicação de sanções impostas por esta Lei independe de efetiva comprovação de dano ao patrimônio público, salvo quanto à imposição de ressarcimento quando a efetiva comprovação do dano se impõe.

O aludido dispositivo deixa claro que a aplicação das sanções, não depende da efetiva ocorrência do dano. Por outro lado, não se pode deixar de tecer críticas à redação em desconformidade com a melhor técnica, sobretudo na aplicação dos vocábulos patrimônio e erário público, usados como sinônimos nas hipóteses previstas no art. 10, em que deve estar comprovada a ocorrência do dano.

A doutrina tem tecido duras críticas ao legislador que, no caso do art. 10, deveria ter excepcionado regra aos atos de improbidade que causam prejuízo ao erário.

---

<sup>45</sup> JESUS, Damásio de. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 475-477.

<sup>46</sup> BEZERRA FILHO, Aluizio, op. cit., p.105.

Por esta razão, é que aqui se defende que, para a tipificação do ato de improbidade administrativa de agente público, tem que haver a necessária qualificação da conduta, não bastando que se descumpra uma norma jurídica.

Sendo assim, provados os prejuízos aos cofres públicos, há uma ruptura da legalidade, mas essa ruptura, se isolada, não tem a potencialidade para imputação ao agente público de ato de improbidade administrativa.

Traz-se à baila neste momento o posicionamento do Eminentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, que dispõe sobre o assunto assentando que não é qualquer conduta, que pode imputar ato de improbidade administrativa ao agente público.

É evidente que caso se trate de mover ação de conteúdo meramente reparatório, não precisa o Ministério Público valer-se da ação de improbidade. Há uma plethora de procedimentos e providências previstos na ordem jurídica com essa finalidade. A própria Constituição outorga ao Ministério Público a atribuição para „promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio-ambiente e outros interesses difusos coletivos' (art. 129, III). (...) O que parece absurdo é tentar estabelecer uma equação no sentido de que todo e qualquer ato ilegal imputável à administração pública implica um ato de improbidade de um agente público.<sup>47</sup>

Aliado a isso, podemos afirmar que é condição indispensável para à configuração do ato de improbidade administrativa a prova da responsabilidade subjetiva do agente público, que causou o dano.

Entende-se necessário uma vez mais, esclarecer que mesmo na modalidade culposa tem que estar presente a desonestidade do agente, requisito primordial da lei em comento, inclusive grande parte de nossos tribunais tem entendido a desonestidade como sinônimo de má-fé, mas, a pacificação do tema ainda está distante.

A Lei Complementar 157/2016, que inseriu na Lei 8.429/1992 o artigo 10-A, que disciplinou sobre os “atos de improbidade decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário” uma vez aliado aos demais previstos nos artigos 9º, 10 e 11, todos do mesmo diploma legal e, podemos citar também o art. 52 da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) corroboram o que foi dito até aqui.

Verifica-se que aludido dispositivo abarcando a ocorrência de uma conduta que viole a Lei de Improbidade Administrativa está ligada a uma configuração de benefícios

---

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário – ADI 2797/DF – Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Publicado em 19/12/06.

financeiros ou de ordem tributária. Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

Para a tipificação do ato de improbidade administrativa, previsto no artigo 10-A da Lei nº 8.429/1992, é necessário estarem presentes os seguintes requisitos:

- a) concessão, aplicação ou manutenção de benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da LC 116/2003; b) dolo do agente ou terceiro; c) nexo de causalidade entre a ação/omissão e a respectiva concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário<sup>48</sup>.

O que se verifica é que a alteração, do ponto de vista formal, suavizou as sanções anteriormente previstas na redação primitiva do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, para a hipótese atualmente prevista no artigo 10-A. Por outra banda, como compensação, aumentou a possibilidade de imposição da multa civil em patamares mais elevados, em até três vezes do benefício irregularmente concedido.

Nessa esteira, Garcia e Alves lecionam:

Ainda que a conduta seja enquadrada no art. 10-A, não há qualquer óbice a que os legitimados ao ajuizamento da ação postulem a aplicação das sanções previstas no inciso IV do art. 12 e, cumulativamente, formulem o pedido de reparação dos danos causados ao patrimônio público em razão da concessão irregular do benefício financeiro ou tributário. Neste caso, o contribuinte que enriqueceu à custa do ilícito inicial terá o dever jurídico de concorrer solidariamente para a sua reparação, o que se dá com a perda dos valores obtidos. Uma vez integralizado o valor indevidamente subtraído dos cofres públicos, quer promovido pelo agente público, quer pelo contribuinte, cessa o dever de reparar<sup>49</sup>.

A entrada em vigor do referido dispositivo trouxe, assim, maiores garantias aos servidores. É inconcebível que sobre o agente público paire ameaças de sanções graves por atos que, comprovadamente, estão no espectro de erros esperados de qualquer ser humano.

---

<sup>48</sup>NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de improbidade administrativa. São Paulo: Método, 2016, pp. 85/86.

<sup>49</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 411.

### 3.1.3 Atos de improbidade decorrentes de ofensa aos princípios da Administração Pública

A violação aos princípios da Administração Pública previstos no artigo 37 da Constituição Federal sujeita o agente público às penalidades do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Miguel Reale faz uma importante consideração sobre os princípios, assim asseverando:

(...) são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.<sup>50</sup>

Cumprе observar que, para a violação deste dispositivo, o agente público tem que estar agindo em desconformidade a qualquer dos princípios da Administração Pública, além de estar presente a deslealdade, o desvio de finalidade, a desonestidade, que também é conhecida como má-fé.

Os atos ímprobos previstos no Art. 11 da Lei nº 8.429/92, para assim serem considerados, o agente público deve agir através da ruptura dos princípios constitucionais da Administração Pública, como honestidade e imparcialidade. Com efeito, a ação do agente tem que ser motivada pelo elemento subjetivo do tipo, que é o dolo, tanto por ação ou por ato comissivo e também deve estar presente a desonestidade.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE: TIPIFICAÇÃO (ART.11 DA LEI 8.429/92). 1. O tipo do artigo 11 da lei 8.429/92, para configurar-se como ato de improbidade, exige conduta comissiva ou omissiva dolosa. 2. Atipicidade de conduta por ausência de dolo. 3. Recurso especial provido.<sup>51</sup>

<sup>50</sup>REALE, Miguel. Op. cit. p. 37.

<sup>51</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 534.575/PR. Relatora: Ministra Eliana Calmon Publicado em 29/03/2004.

Na lição de Hely Lopes Meirelles, o dever de probidade “está constitucionalmente integrado na conduta do administrador público como elemento necessário à legitimidade de seus atos.”<sup>52</sup>

O legislador tentou a todo custo abarcar as condições danosas praticadas por agentes públicos. Contudo, a legislação continua lacunosa e sempre vai precisar de remendos para, com uma melhor técnica legislativa, trazer segurança jurídica a todos os jurisdicionados.

Nesse sentido, nos atos ímprobos aqui tratados, a lesividade contida na conduta ilícita não deve apenas violar o texto legal, mas sim deve estar acompanhada do efetivo dano à coletividade.

A Carta Política de 1988, um pouco mais antiga em comparação a Lei de Improbidade, que entrou em vigor no ano 1992, fortalecendo o artigo 37 do diploma Constitucional, disciplinando as condutas que não implicam consequências materiais, como se dá com os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito e àqueles que causam prejuízo ao erário, e sim valores morais e éticos da Administração Pública.

Passo a elencar os incisos previstos no artigo. 11: Inciso I- Constitui ato de improbidade administrativa o ato do agente público visando fim contrário à Administração Pública. Ocorrendo neste particular um visível abuso de finalidade, uma vez que o agente público extrapola a sua competência funcional, escapando das finalidades da Administração Pública, ferindo de morte o princípio da moralidade administrativa.

Hely Lopes Meirelles prescreve: “O ato praticado com desvio de finalidade – como todo ato ilícito ou imoral – ou é consumado às escondidas ou se apresenta disfarçado sob o capuz da legalidade e do interesse público<sup>53</sup>.”

De acordo inciso II, o ato de improbidade administrativa se dá quando o agente público viola os princípios da Administração Pública, na medida em que retarda ou omite ato de ofício, sem base legal, vulnerando nesse sentido a administração pública, atuando com desonestidade e deslealdade.

Consta do inciso III que a revelação de fato ou circunstância de que o agente público tenha conhecimento em razão das suas atribuições, e que deva permanecer em segredo, implica em ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública.

O agente aqui devassa fato que deveria manter em segredo, em razão de sua função, agindo de forma desleal para com a administração pública, não se deve confundir a conduta

---

<sup>52</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 87.

<sup>53</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 109.



condenada neste inciso com o dever da publicidade, que é princípio caro e que deve ser mantido em nosso ordenamento jurídico.

Em relação a esse princípio, aliás, o inciso IV dispõe que o agente público que infringir o princípio da publicidade comete ato de improbidade administrativa. Assim agindo de forma desleal com a sociedade que tem o direito de obter informação acerca dos atos da Administração Pública.

Não se pode deixar de reforçar que a violação desta conduta atrai também a violação do princípio da transparência e finalmente o da moralidade administrativa.

O inciso V, disciplina sobre ato de a improbidade administrativa, violado por agente público que provem cargo público sem realização do concurso público, quanto este é exigido.

O inciso VI prega que o agente do estado que deixar de prestar contas, quando esteja obrigado a fazê-lo, pratica ato de improbidade administrativa atentatório aos princípios administrativos e constitucionais, pois todos aqueles que administram a coisa pública têm o dever de prestar contas.

O agente do estado deve prestar contas do dinheiro, bens e valores públicos que utilizou em sua administração, sob pena de vulnerar o dispositivo em comento, sem isso restaria como morta também a Lei de Responsabilidade Fiscal.

O inciso VII dispõe que o agente público que devassar ou permitir que terceira pessoa tenha conhecimento com antecedência de respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica com potencialidade de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço, comete ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública. Visa o aludido dispositivo, para além da proteção e o respeito para com os princípios da administração pública, a manutenção da ordem econômica e a garantia da ordem concorrencial dos mercados, que seriam gravemente afetados por um ato ímprobo dessa natureza.

No caso do inciso VIII, o não cumprimento das normas legais própria de celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela Administração Pública com entidades privadas. O dispositivo visa impedir a vulneração, entre outros, do princípio da impessoalidade, uma vez que, muitas das vezes, o agente público fiscaliza quem ele quer e como ele quer, ferindo ainda e a reboque o princípio da isonomia.

O inciso IX traz no seu bojo que é ato ímprobo deixar de cumprir exigência de requisitos de acessibilidade previstos em norma legal, ferindo o princípio da dignidade humana e, por consequência, o princípio da moralidade, uma vez que as pessoas vulneráveis que fazem

uso da administração pública ficam frustradas no seu direito sagrado ao acesso aos órgãos públicos.

No último inciso, o legislador fez constar que, no caso de transferência de recursos para entidade privada com o intuito de custear prestação de serviços da área da saúde, sem a celebração antecipada de contrato, convênio ou qualquer outro instrumento similar, nos termos do parágrafo único do artigo 24 da Lei nº 8.080/1990, será considerado o agente público, que tinha obrigação de cumprir as exigências legais, como ímprobo, descumprindo, no mínimo, o princípio da legalidade.

Alexandre de Moraes, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, leciona sobre o assunto:

O ato de improbidade administrativa exige para sua consumação um desvio de conduta do agente público, que no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da Sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público, mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, como ocorre nas condutas tipificadas no art. 11 da presente lei<sup>54</sup>.

Segundo Montesquieu: “a corrupção de cada governo começa quase sempre pela corrupção dos princípios”, entre eles o da democracia, o da aristocracia e o da monarquia<sup>55</sup>.

Nesse diapasão os princípios esculpidos no Art. 37, da Constituição Federal, harmônicos com as demais regras de um Estado Democrático de Direito, bem como a Lei infraconstitucional de improbidade administrativa 8.429/92, que estabilizou esses princípios ao dispô-los no seu artigo 11 cumprem um papel sempre merecedor de destaque no combate aos atos ímprobos cometidos pelos agentes públicos.

Segundo o relator Ministro Meira:

A título de reforço: A Lei nº 8.429/92 visa a resguardar os princípios da administração pública sob o prisma do combate à corrupção, da imoralidade qualificada e da grave desonestidade funcional, não se coadunando com a punição de meras irregularidades administrativas ou transgressões disciplinares, as quais possuem foro disciplinar adequado para processo e julgamento.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup>Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2013, p. 127.

<sup>55</sup> Montesquieu, O Espírito das leis, Saraiva, 1987, p. 121.

<sup>56</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.089.911/PE, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17.11.2009, DJe 25.11.2009.

Nesse sentido, insuficiente a violação pura e simples do princípio da Administração Pública, ou seja, para ter lugar o ato ímprobo nos termos do artigo 11 da Lei 8.429/92, tem que estar presente ato atentatório aos princípios da Administração Pública, consistentes em: ação ou omissão que distanciam do cumprimento do princípio constitucional explícito ou implícito; a caracterização da desonestidade, ou seja, a má-fé e ainda, com desvio de finalidade; a presença do elemento subjetivo do tipo, o dolo; e a comissão ou omissão, que não traga no seu bojo pura e simples enriquecimento ilícito do agente público ímprobo ou de lesão ao erário, pois se assim fosse, ainda que configurado o atentado aos princípios da Administração Pública a tipificação específica dos respectivos, seria absorvida pelos artigos 9º e 10, da lei.

### **3.2. Conceito de Sujeitos Ativos responsáveis do Ato de Improbidade Administrativa.**

Sem prejuízo do conceito de agente público, como responsáveis do ato de improbidade administrativa, que tem previsão no art. 2º e no caso de terceiros, art. 3º, todos da Lei de Improbidade Administrativa n. 8.429/1992, para doutrinadores como Mario Pazzaglini Filho, se posiciona no sentido de que há uma abrangência um tanto elástica, digna de ter lugar neste trabalho:

O conceito de agente público, para os efeitos da LIA, é mais abrangente do que comumente adotado em outros institutos do Direito Público. Com efeito, contempla todas as pessoas físicas que, de qualquer modo, com ou sem vínculo empregatício, definitiva ou transitoriamente, exerçam alguma função pública ou de interesse público, remunerada ou não, nos órgãos e entidades das administrações direta e indireta do Poder Executivo dos entes da Federação; nos Poderes Judiciário e Legislativo nas esferas de sua atuação; nos Ministérios Públicos e Municípios; nas empresas incorporadas ao patrimônio público; nas empresas privadas dependentes de controle direto ou indireto do Poder Público; e nas entidades privadas de interesse público.<sup>57</sup>

Os agentes públicos possuem uma classificação de forma mais estreita que são:

a) agentes políticos; b) agentes autônomos; c) servidores públicos; e d) particulares em colaboração com o Poder Público, agentes políticos. Celso Bandeira de Mello, assim classifica agentes políticos:

---

<sup>57</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino, op. cit., 2009, p.9.

agentes políticos: são titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas pastas, bem como os Senadores, Deputados Federais e estaduais e os Vereadores. O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política.<sup>58</sup>

Pazzaglini assim classifica os demais agentes públicos:

Agentes autônomos são os membros do Poder Judiciário, dos Ministérios Públicos, dos Tribunais de Contas e Chefe da Advocacia-Geral da União que, regidos por legislação própria, exercem funções superiores e essenciais, mas não participam diretamente de decisões políticas. Servidores públicos são as pessoas físicas que prestam serviços aos Poderes do Estado e às entidades da Administração Pública Indireta de natureza profissional, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelo Erário. Classificam em três categorias: a) servidores estatutários: titulares de cargos públicos efetivos ou em comissão e sujeitos ao regime jurídico estatutário; b) empregados públicos: ocupantes de empregos públicos da Administração Direta e Indireta, contratados sob regime da legislação trabalhista - CLTA; c) servidores temporários: contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da CF). Inserem-se também nessa categoria os servidores militares. Particulares em colaboração com o Poder Público são as pessoas físicas que exercem atividades de interesse público e gerenciam verbas públicas em empresas privadas controladas pelo Estado (para as quais o Erário contribuiu com mais de 50% de seu patrimônio ou renda anual); em entidades particulares de interesse público, que recebam do Estado subsídios (sociais e econômicos), benefícios ou incentivos (fiscais ou creditícios), como, por exemplo, serviços sociais autônomos, organizações sociais - Ons - e Organizações sociais de interesse público - OSCIP. Incluem-se, também, nessa categoria: administradores de concessionárias e permissionárias de obras e serviços públicos; leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos; prestadores de serviços notariais e de registro não oficializados (art. 236 da CF); pessoas requisitadas para exercício de função pública, jurados, integrantes de mesa receptora ou apuradora de votos nas eleições; e gestores de negócios públicos, que sponte sua, em situação de emergência (v.g., enchentes, funções, epidemias, desabamentos, incêndios), assumem gestão temporária da coisa pública.<sup>59</sup>

<sup>58</sup> Mello, Celso Bandeira de. Curso de direito administrativo. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 151-152.

<sup>59</sup> Pazzaglini Filho, Marino, Lei de Improbidade Administrativa Comentada. 4. ed. Atlas, 2009. op. cit. 10-11.

Ante os conceitos acima mencionados, podemos afirmar que o sujeito ativo do ato de improbidade administrativa, pode recair sobre pessoa física ou jurídica, que viola qualquer dos artigos 9<sup>a</sup>, 10 e 11, da Lei de Improbidade Administrativa, sempre é bom assentar que o sujeito ativo em termos de direito material, figurará como requerido na ação de improbidade administrativa.

### **3.2.1. Conceito de Terceiro responsável do Ato de Improbidade Administrativa.**

Na lição de Calil Simão terceiro como sujeito ativo do ato de improbidade administrativa é aquele que:

O terceiro não é agente público (LIA, art. 1º), nem mesmo por equiparação (LIA, art. 2º). É considerado terceiro o agente público que, na qualidade de particular, contribua com outro agente público no exercício de suas funções para a prática do ato de ato de improbidade administrativa."<sup>60</sup>.

Citado por Calil Simão, Walter Claudius Rothenburg, afirma que: "Terceiro pode ser pessoa física ou jurídica, tendo em vista que hodiernamente é pacífico o reconhecimento da autonomia da pessoa jurídica, inclusive para receber sanções".<sup>61</sup>

Conforme bem delineado acima a Lei n. 8.429/92, no seu art. 3º, assevera que sobre o terceiro recai as penas legais, quando o mesmo induz o agente público a praticar ato ímprobo, concorre para ocorrência de tal ato, ou dele aufere benefício direito ou indireto. É de se observar que o terceiro não tem qualquer vínculo de forma direta ou indireta com o Estado, inclusive, com as pessoas previstas no art. 1º, da lei em comento, ou seja.

Pelo o estudo já desenvolvido temos que o terceiro não é o ator principal da corrupção endêmica que assola o nosso país e sim os agentes públicos.

### **3.2.2. Conceito de Sujeito Passivo Do Ato de Improbidade Administrativa**

Verifica-se a seguir que pela literalidade do 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, que disciplina os sujeitos passivos do ato ímprobo:

<sup>60</sup> Simão, Calil, op, cit, improbidade administrativa, teoria e pratica, J.H.Mizuno, 2017, 3.ed. p. 175.

<sup>61</sup> Apud. ROTHENBURG, Walter Claudius, A pessoa jurídica Criminosa. Curitiba:Juruá, 2005.

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.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, assim leciona sobre o conceito de sujeitos passivos do ato improprio:

[...] o sujeito passivo abrange todas as pessoas jurídicas públicas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); os órgãos dos três Poderes do Estado; a administração direta e indireta (esta última compreendendo as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista); as empresas que, mesmo não integrando a administração indireta e não tendo a qualidade de sociedade de economia mista ou empresa pública, pertencem ao Poder Público, porque a ele foram incorporadas; e também as empresas para cuja criação o erário público concorreu com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual”.<sup>62</sup>

Portanto se observa que que a administração direta e indireta de qualquer dos Poderes dos entes que constituem o Estado Brasileiro há de serem considerados sujeitos passivos do ato ímproprio. Com efeito, o Executivo detém a Administração Pública descentralizada, correspondente aos diversos graus de participação do patrimônio público.

Segundo o magistério de Daniel Amorim Assunção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

Os sujeitos da improbidade administrativa são as pessoas, físicas ou jurídicas, envolvidas com a atuação ímpropria e mencionadas na Lei 8.429/1992. Enquanto o sujeito passivo é a vítima do ato de improbidade, o sujeito ativo é aquele que pratica o ato de improbidade e que, portanto, será réu na respectiva ação judicial(...) As vítima da improbidade

<sup>62</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. – 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 980.

administrativa estão elencadas no art. 1º, “caput” e parágrafo único, da Lei 8.429/1992(...)”<sup>63</sup>

Diante dos conceitos acima trazidos há de se asseverar que o sujeito passivo no plano processual do ato de improbidade administrativa é o agente público. Por outro lado, no plano material é a pessoa jurídica de direito público ou privado que sofrerá às consequências sequência do ato previsto no Art. 1º e no Parágrafo Único da Lei 8.429/92.

### **3.2.3. Tratamento da Lei de Improbidade Administrativa ao Agente Público e ao Terceiro.**

Está em bom vernáculo e não se verifica qualquer controvérsia quanto à aplicação das sanções tanto para o agente público, tanto para o terceiro, uma vez que pela literalidade prevista no art. 3º, da lei em comento, que recai sobre o terceiro as sanções em virtude de ato improbo, no que a ele couber. Sendo assim, não se harmoniza, seja, não há qualquer compatibilidade a pena de perda da função do terceiro que não seja servidor público, a perda da função, uma vez que não há qualquer função a ser perdida.

Nesta esteira leciona Aluizio Bezerra Filho:

“O extraneus poderá ser pessoa física ou jurídica que está sujeita às outras sanções que guardem compatibilidade nas suas aplicações, a exemplo de multa, ressarcimento de dano ao erário, perda de bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio, a proibição de contratar com o poder público ou receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica, da qual seja sócio majoritário. Cabe também a suspensão dos direitos políticos dos integrantes do quadro societário da pessoa jurídica, ou, se, for firma individual, do seu responsável. Entretanto, evidenciada a indução, ou o ato de instigar, sugerir, estimular ou incentivar o agente público ou político ao cometimento de ato que expressa auxílio efetivo ou participação material ou formal, o terceiro particular, ou o extraneus, responde nos termos desta lei e sujeita-se às sanções cabíveis que estão previstas no art. 12 desta lei.”<sup>64</sup>

<sup>63</sup> Neves, Daniel A. Assunção; Oliveira, Rafael C. Rezende, Manual de improbidade administrativa, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012, p. 29.

<sup>64</sup> Bezerra Filho, op. cit, Aluizio, Atos de improbidade administrativa, Lei 8.429/1992, anotada e comentada, Curitiba, Juruá, 2012, p.42-43

Citado por Aluizio Bezerra Filho, Marcelo Figueiredo assim pondera sobre o tema:

“O terceiro, o particular, aquele que não é servidor ou agente público, segundo a lei, somente poderá ser coautor ou participante na conduta ilícita. De fato, o agente ou servidor é quem dispõe efetivamente de meios e condições muito 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 terceiros circunscrevem-se as duas ações: “induzir ou concorrer”.<sup>65</sup>

Portanto, repita-se a responsabilização do terceiro advém do que é preconizado no Art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa.

Neste sentido, é o agente público que viola diretamente a ordem pública que é atingida pelo ato improprio, podendo ou não contar a participação de terceiro, repita-se esse terceiro pode ser o agente público que não esteja no exercício de suas funções.

Vale afirmar que o sujeito como ator principal do ato improprio será sempre o agente público, ou seja, é ele quem pratica de forma isolada ou com a participação do terceiro.

É salutar dizer que o agente público pode praticar o ato improprio sozinho, o mesmo não pode ser dito com relação ao terceiro, que não poderá praticar o ato improprio sozinho. E, ainda é importante salientar que o *extraneus* é um litisconsórcio necessário na demanda apuradora do ato improprio.

Nesse diapasão, os legitimados passivos da ação de improbidade administrativa devem ser todos que de qualquer forma tenham contribuído para a prática do ato improprio. Assim devem obrigatoriamente ser processados não só os agentes públicos que tenham infringido as normas legais e consequentemente atingido o patrimônio público, mas, por outro lado, todos aqueles que de qualquer forma tenham induzido ou concorrido para a prática de ato de improbidade ou deles tenham auferido qualquer benefício.

É de se asseverar para que o terceiro seja apontado no polo passivo da ação de improbidade administrativa deverá estar caracterizada de forma cristalina uma relação nociva contra a administração pública, tendo como ligação o agente público, evidenciada pelo dolo ou

---

<sup>65</sup> Apud, Figueiredo, Marcelo. Probidade administrativa. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.34-35.



seja, deverá indubitavelmente ter uma relação direta entre o ato ímprobo praticado pelo agente do estado e o particular (terceiro).

Não podemos distanciarmos de uma conclusão pacífica, ou seja, não a mínima possibilidade do particular figurar sozinho como requerido na ação própria para apuração do ato ímprobo.

Com essas premissas é possível asseverar que o agente público na apuração do ato ímprobo é litisconsórcio necessário, nos termos do art. 117, do Código de Processo Civil.

“O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida a eficácia da sentença dependa da citação de todos que devam ser litisconsortes”

Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça tem decidido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. AUSÊNCIA DE INCLUSÃO DE AGENTE PÚBLICO NO PÓLO PASSIVO. IMPOSSIBILIDADE DE APENAS O PARTICULAR RESPONDER PELO ATO ÍMPROBO. PRECEDENTES. 1. Os particulares que induzam, concorram, ou se beneficiem de improbidade administrativa estão sujeitos aos ditames da Lei nº 8.429/1992, não sendo, portanto, o conceito de sujeito ativo do ato de improbidade restrito aos agentes públicos (inteligência do art. 3º da LIA). 2. Inviável, contudo, o manejo da ação civil de improbidade exclusivamente e apenas contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda. 3. Recursos especiais improvidos”<sup>66</sup>.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. SÚMULA 7/STJ. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. DOLO GENÉRICO RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME FÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967. 1. Trata-se na origem de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Goiás contra o recorrente. Narra a inicial que o recorrente, na qualidade de Presidente da Câmara Municipal de Jataí/GO, utilizou-se dos serviços dos Procurados Jurídicos daquela Casa Legislativa para apresentação de defesa pessoal em outra Ação Civil Pública. 2. Quanto à existência de litisconsórcio passivo necessário, ao dirimir a controvérsia, o Tribunal a quo entendeu

<sup>66</sup> STJ – REsp: 1171017 PA 2009/0242733-1, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 25/02/2014, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/03/2014.

que "o envolvimento dos procuradores municipais é discutível, já que, conforme será exposto adiante, não agiram de livre e espontânea vontade, mas em atendimento à determinação do Presidente da Câmara (fls. 40/41), mesmo depois de um parecer contrário ao ato" (fl. 239, e-STJ). Diante disso, é evidente que, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, seria necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7 do STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial". 3. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incursão nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é indispensável demonstrar o elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. 4. É pacífico no STJ que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 exige demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. 5. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. 6. Verifica-se que o acórdão recorrido reconheceu a existência do dolo: "o parecer emitido pelos procuradores da câmara legislativa (fl. 39) não deixa dúvidas acerca da ciência do apelante sobre a possibilidade de seu ato caracterizar improbidade administrativa ... agiu consciente dessa possibilidade, o que assinala o dolo genérico. Por tal razão, não há falar em mera irregularidade, inabilidade ou despreparo, como pretende o apelante. (fls. 239-240, grifo acrescentado). Nesse contexto de limitação cognitiva, a alteração das conclusões firmadas pelas instâncias inferiores somente poderia ser alcançada com o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 7. É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual o conceito de agente público estabelecido no art. 2º da Lei 8.429/1992 abrange os agentes políticos, como prefeitos e vereadores, não havendo bis in idem nem incompatibilidade entre a responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei 201/1967, com a responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa e respectivas sanções civis (art. 12, da LIA). 8. Recurso Especial parcialmente conhecido e nessa parte não provido.<sup>67</sup>

E, de arremate, em consonância com o aqui esposado, inclusive pelas jurisprudências pacíficas acima mencionadas, temos a conclusão que não é obrigatório que o terceiro seja

---

<sup>67</sup> STJ - REsp: 1662580 GO 2017/0038540-2, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 02/05/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/05/2017.

litisconsórcio necessário no processo para apuração de ato improprio. Considerando-se que nos termos da literalidade constante do art. 114, não constam do Código de Processo Civil tese empossada pelo Superior Tribunal de Justiça, não atrai esta obrigatoriedade. Assim é de se afirmar que se trata de litisconsórcio facultativo, estando à mercê do autor a propositura de ação em desfavor de terceiro que induza ou concorra para a prática do ilegal improprio.

Por outro lado, podemos afirmar que não é possível o pleito exclusivamente contra o particular sem a presença do agente público.

## 4. ELEMENTOS SUBJETIVOS DO ATO ILÍCITO

### 4.1 Elementos subjetivos do ilícito civil

A responsabilidade civil subjetiva, que também é conhecida como Responsabilidade Aquiliana, é aquela que tem no seu núcleo o elemento da culpa no resultado danoso provocado.

Na lição de Miguel Reale:

Não bastam, pois, nos termos de nossa Lei Civil, a ação e a omissão pura e simples porquanto o legislador as qualifica rigorosamente, dizendo que devem ser ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência. Isto significa que o legislador somente consagra a responsabilidade do causador do dano, quando se verifica culpa ou dolo por parte do agente. É a teoria da culpa subjetiva como base da responsabilidade civil<sup>68</sup>.

Sobre a responsabilidade civil:

Assim sendo, podemos dizer que ao passo que o requisito clássico da responsabilidade no Código Civil é a "ação ou omissão voluntária" do agente, normalmente dependente ainda do elemento culpa lato sensu; no Código de Defesa do Consumidor o requisito da responsabilidade é o "exercício de uma atividade econômica" ou o denominado "risco-proveito". Em outras palavras, o fornecedor se beneficia de um processo autônomo, despersonalizado e normalmente mecanizado de produção de bens de mais variada natureza, do qual retira seus lucros e esse processo representa riscos aos consumidores, razão pela qual, para ter o "lucro" almejado, assume o risco envolvido. Por fim, importante notar que mesmo a responsabilidade civil clássica, no direito brasileiro, vem passando por um fenômeno de objetivação, consistente na ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva<sup>69</sup>.

Nesse sentido a responsabilidade civil subjetiva tem características antagônicas da objetiva, no que se refere à forma de se estabelecer a responsabilidade. Por outro lado, quanto às espécies não podemos afirmar categoricamente que são diferentes, uma vez que tanto uma quanto a outra importam no dever de indenizar ou reparar o dano experimentado pela vítima.

---

<sup>68</sup> Lições Preliminares de Direito, São Paulo: Saraiva, 2001, p.191-192.

<sup>69</sup> AMORIM, Bruno de Almeida Lewer. O fenômeno de objetivação da responsabilidade civil - Crise Econômica e Soluções Jurídicas. Revista dos Tribunais, nº 77/2016, Fev/2016, DTR\2016\153.

Por fim, são absolutamente diferentes no que concernem os contornos da existência ou não da culpa por parte do agente público que causou o dano.

Na publicação da Revista dos Tribunais, assim exteriorizou sobre a responsabilidade subjetiva professor Victor Nunes Leal:

(...) ato culposo ou da comprovação da culpa, bastando a ocorrência da ação danosa e do nexo de causalidade - para que haja a responsabilização em relação ao prejuízo causado. Há ainda o caso previsto no art. 936 do CC/2002 que trata da responsabilidade do dono ou detentor de animal em relação ao dano por este causado, bem como no seguinte, no art. 937 do CC/2002, do dono de edifício ou construção que responde pelos danos que resultarem de sua ruína. Tratam de responsabilidades derivadas da culpa custodiando, ou seja, a falta de cautela de tais agentes, aos quais as normas imputam a culpa presumida, onde as vítimas exoneram-se do ônus da prova, que se transfere aos agentes. Responsabilidade civil por fato de terceiros<sup>70</sup>.

Nesse diapasão, a responsabilidade subjetiva terá lugar sempre que o responsável de algum ato ilícito chegar ao resultado em razão dos elementos subjetivos do tipo culpa ou dolo, aí sendo, estará presente a responsabilidade de indenizar ou reparar o dano.

**a. Conduta:**

A responsabilidade civil, seja de ordem objetiva ou subjetiva, é resultado de um comportamento comissivo ou omissivo, de ordem voluntária ou imputável. Sendo que o comportamento deve ser humano, ou seja, excluindo os fenômenos da natureza. Verifica-se que a conduta deve ser voluntária, o agente tem de realizar o ato ou deixar de realizar o ato pela sua livre vontade, excluindo assim os atos omissivos ou comissivos mediante coação absoluta.

Segundo Rui Stoco, o Código Civil, tem uma conceituação de ilícito civil equivocada:

Ocorre que o CC/2002, que manteve a culpa como fundamento da responsabilidade civil, reproduziu aquele preceito, com sua redação alterada como se verifica: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” Note-se que o legislador corrigiu o erro antes apontado e identificado no art. 159 do Código revogado. Mas cometeu outro erro ainda mais grave. É que

---

<sup>70</sup> LEAL, Victor Nunes. Responsabilidade Civil. Revista de Direito Privado | vol. 64/2015 | p. 161 - 176 | Out - Dez / 2015 | DTR\2016\132.

a só violação do direito já caracteriza ato ilícito, independentemente de ter ocorrido dano. Ou seja, o ato ilícito é aquele praticado com infração de um dever legal ou contratual. Violar direito é cometer ato ilícito. A ilicitude está na transgressão da norma. Contudo, o dispositivo diz que só comete ato ilícito quem viola direito e causa dano. O equívoco é manifesto, pois, como afirmado no item precedente, pode-se praticar uma ato ilícito sem repercussão indenizatória, caso não se verifique, como consequência, a ocorrência de um dano.<sup>71</sup>

Verifica-se que o ato ilícito ocorre independente do dano. Mas, como bem salientou Rui Stoco, se fosse pela literalidade constante do artigo 186, estar-se-ia admitindo ato ilícito somente quando estivesse a presença do dano. Por outro lado, é certo que o dever de reparar só tem lugar com a presença do dano material ou extrapatrimonial (moral).

Flávio Tartuce discorre sobre a falta de unanimidade sobre os elementos estruturais da responsabilidade civil: “Não há unanimidade doutrinária em relação às quais são os elementos estruturais da responsabilidade civil ou pressupostos do dever de indenizar”.<sup>72</sup>

Conforme acima mencionado, o comportamento do agente poderá ser comissivo ou omissivo. Comissivo consiste na prática de um ato que não deveria ser efetivado. Por sua vez, omissão é o afastamento de um dever de agir ou a não prática de um ato que deveria ser realizado.

Conclui-se, que, sem a presença indispensável da conduta voluntária, não há que se falar em responsabilidade civil. E, ainda, se a conduta for praticada de modo omissivo ou comissivo, deverá ela ser contrária ao ordenamento jurídico.

#### **b. Dano:**

No que tange ao elemento dano, é importante ponderar que a conduta deve ser praticada pela pessoa e o dano deve causar prejuízo à vítima. O dano pode ser de natureza material, quando o patrimônio ou a integridade física da vítima são lesados, ou de natureza moral, quando vítima é submetida a grave sofrimento psíquico. Frise-se que para ter lugar o dano, requisitos devem estar presentes: I- certeza, o dano é fundado do em um fato real, evidente; subsistência está escorada em se afirmar que não terá possibilidade de ressarcimento, se o dano já foi reparado; atualidade é aquele que já ocorreu.

---

<sup>71</sup> Tratado De Responsabilidade Civil, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.143

<sup>72</sup>Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil, São Paulo: Forense, 2017, p. 355.

Sendo assim, dano é toda lesão à bem protegido juridicamente, que cause prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial (moral), não podendo cogitar-se de ter lugar à responsabilidade civil, sem que tenha ocorrido o dano.

Na lição de Rui Stoco dano é:

O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito, nas hipóteses expressamente previstas, seja de ato ilícito, ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva<sup>73</sup>.

Ainda podemos asseverar que o dano constitui um patente prejuízo suportado pelo ofendido, tanto patrimonial quanto extrapatrimonial (moral).

Portanto, não podemos fazer uma comparação entre o dano moral e o ressarcimento, uma vez que a indenização por danos morais tem índole penal e também de caráter compensatório, trazendo uma punição ao violador da norma no pagamento à vítima de uma compensação em dinheiro, que visa amenizar seu sofrimento.

### **c. Nexo de Causalidade:**

É o liame entre a causa e efeito, com relação à conduta do agente e dano experimentado pelo ofendido.

Todavia, o nexo de causalidade é um tema que apresenta divergência, inclusive teorias que não servem para a pacificação do tema.

Verifica-se que o nexo de causalidade é levado em conta para que se permita a concretização da reparação integral do dano, tendo em vista os princípios constitucionais, que se pode levar em conta, para não exigir da vítima, a prova substancial da relação de causalidade.

Faz-se necessário a separação do que vem a ser os vernáculos causalidade e causa. Embora sejam parecidos semanticamente são diferentes os seus conceitos. A causa é obrigatoriamente nexa a outro termo, que é o efeito. Por outro lado, quando causa e efeito se atraem por intermédio do nexa, com essa união damos o nome de causalidade.

Frise-se que antes da responsabilidade objetiva dar entrada em nosso ordenamento jurídico, só tínhamos uma análise do evento danoso voltado para elemento subjetivo do tipo, a culpa. Não era possível a responsabilização sem elemento subjetivo.

---

<sup>73</sup> STOCO, Rui, op. cit., p. 151.

Quanto ao nexó de causalidade podemos dizer que é o liame lógico entre determinada conduta ilícita e o dano experimentado pelo agente, ou seja, se não houver essa ligação entre o resultado e a conduta ilícita, não tem lugar a responsabilidade civil. Por outro lado, uma vez ocorrendo esse elo, torna-se inafastável a obrigação de indenizar ou reparar o dano.

Duas vertentes são importantes no caso do nexó de causalidade, o primeiro é a proteção da vítima com prioridade e a segunda é a reparação integral do dano.

Sendo assim, o dever de indenizar se inicia com a conduta ilícita do agente e o conseqüente dano, ou seja, é neste momento que tem lugar o nexó de causalidade.

#### **d. Culpa:**

A culpa tem como significado a conduta contra a lei do agente público, ou seja, toda vez que houver uma ação ou omissão permeado pela imprudência, imperícia ou negligência estará presente o elemento subjetivo do tipo culpa.

Verifica-se que a culpa assume duas vertentes, a primeira na visão lato sensu, tem no seu núcleo a culpa e o dolo.

A segunda vertente, na visão stricto sensu assume um papel da vontade do agente em cometer o ilícito.

Portanto, temos a culpa numa abordagem lato sensu, tendo o dolo que atrai uma conduta mais grave que a culpa, neste caso, uma violação de forma consciente de um dever já concebido ou na modalidade tentada, com a intenção de causar dano a outrem.

No que se refere à verificação stricto sensu da culpa, está intimamente ligada à vontade do agente e atrelada ao fato que causou a lesão a outrem, ou seja, o agente não teve a vontade de causar a lesão, mas, este ocorreu pela falta de diligência na observância da lei ou norma que incida sobre a conduta, que, como já mencionado acima, acontece em três núcleos da culpa: negligência, imperícia e imprudência. A negligência está ligada, com o distanciamento do cuidado, por uma conduta omissiva. No que tange a Imperícia ela ocorre pela inabilidade no exercício da atividade iminentemente técnica. No caso da imprudência ela se verifica, com a falta de cautela, ação temerária e a conduta nesse caso tem que ser comissiva.

Traz-se à baila mais uma lição de Rui Stoco sobre a culpa:

Culpa em sentido estrito, entretanto, traduz o comportamento equivocado da pessoa, despida da intenção de lesar ou violar o direito, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso, eis que erro inexcusável ou sem justificativa plausível e evitável para *homo medius*.



Cuidando de erro escusável e plenamente justificável pelas circunstâncias, não há falar em culpa *stricto sensu*. A culpa pode empenhar ação ou omissão e revela-se através: da imprudência (comportamento açodado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo); da negligência (quando o agente se omite deixa de agir quando devia fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo); e da imperícia a (a atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano.<sup>74</sup>

Segundo Flávio Tartuce, a culpa: “pode ser conceituada como sendo o desrespeito a um dever pré-existente, não havendo propriamente uma intenção de violar o dever jurídico que acaba sendo violado por outro tipo de conduta”.<sup>75</sup>

Flávio Tartuce faz menção futurística sobre o elemento culpa: “Assim, a tendência, para o futuro, é que a culpa seja abandonada. Aliás, a propensão é que também o risco seja abandonado, pois a principal preocupação, antes de qualquer coisa é reparar as vítimas, o que está em sintonia com a ideia de responsabilidade pressuposta”<sup>76</sup>.

O mesmo Flavio Tartuce ainda menciona a posição de Anderson Schreiber, sobre a importância da culpa:

A culpa continua sendo relevante para a responsabilidade civil. Embora tenha perdido aplicação em uma ampla gama de relações – hoje regida pela responsabilidade objetiva – a noção de culpa, não em sua versão psicológica ou moral, mas em sua roupagem contemporânea, continua desempenhando papel importante na etiologia da responsabilidade subjetiva. Mesmo aí, contudo, a função de filtro dos pedidos de indenização, que outrora, se lhe atribuía vem sofrendo continuado desgaste. A demonstração da culpa libertou-se, ao longo dos últimos anos, de muitos de seus tormentos originais. As transformações vividas no âmbito da própria responsabilidade subjetiva corroboram tal constatação. A proliferação das presunções de culpa, as alterações do método de aferição da culpa, a ampliação dos deveres de comportamento em virtude da boa-fé objetiva, e outros expedientes semelhantes vêm contribuindo, de forma significativa, para facilitação da prova da culpa, hoje não mais uma *probatio diabólica*<sup>77</sup>

<sup>74</sup> STOCO, Rui, op. cit., p.154.

<sup>75</sup>TARTUCE, Flávio, op. cit. p.360.

<sup>76</sup> Ibid., p. 481.

<sup>77</sup>SHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil, 2007, p. 48, apud TARTUCE, Flávio, op. cit.

Mas, é importante asseverar que, ainda nos dias de hoje, na responsabilidade civil subjetiva a culpa é elemento preponderante para a responsabilização por ato ilícito, juntamente com a imprescindível presença do dano.

#### **4.2 Elementos subjetivos do ato ilícito penal**

Para adentrarmos as concepções dos elementos subjetivos do ilícito penal, traremos o conceito de culpabilidade, inicialmente no magistério de Edmund Mezger, que trouxe contornos melhores definidos sobre o tema:

[...] a culpabilidade é um conjunto de pressupostos da pena que fundamentam, frente ao sujeito, a reprovação pessoal da conduta antijurídica. Salienda, em outro local, concordar com Frank, quando este afirma que a culpabilidade não é algo que exista objetivamente, nem tampouco na psique do autor, mas sim um juízo que se afirma em relação a uma conduta reprovável, consequência de determinados fatos objetivamente existentes<sup>78</sup>.

O estudo que se faz do elemento subjetivo do ato ilícito penal tem que avaliar a vontade do agente. Sendo assim, é dessa verificação que apontará a correta interpretação da sua vontade, ou seja, a conduta pode se apresentar como omissiva ou comissiva, voluntariamente ou involuntariamente. Afirma-se assim, que os elementos subjetivos do crime são o dolo e a culpa.

Miguel Reale assim qualifica os elementos subjetivo penal:

O foro íntimo é de suma importância na Ciência Jurídica. No Direito Penal, por exemplo, fazemos uma distinção básica entre crimes dolosos e culposos. Dolosos são as infrações da lei penal que resultam da intenção propositada do agente. O indivíduo que saca de uma arma com intenção de ferir seu desafeto, pratica um crime doloso, porque o ato é uma concretização de sua vontade consciente. O crime culposos, ao contrário, é aquele pelo qual alguém causa dano, mas sem intenção de praticá-lo. Se uma pessoa atropela um transeunte, matando-o ou ferindo-o, evidentemente existe uma infração da lei penal, desacompanhada, no entanto, de intenção dolosa; é um crime culposos. Se ficasse provado, porém, que o atropelamento se deu intencionalmente, e que o automóvel foi o instrumento de um desígnio criminoso, teríamos um crime doloso. Estão vendo, portanto, que na

---

<sup>78</sup> SCARPELLI, Rosângela Dell'Amore Dias. O direito penal do autor e o princípio da culpabilidade: garantia de responsabilização pelo fato (dissertação de mestrado). Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_ScarpelliRD\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ScarpelliRD_1.pdf) Acesso em setembro de 2019.

esfera penal e necessário levar em consideração o elemento íntimo ou intencional<sup>79</sup>.

Conclui-se, portanto, para que ocorra uma violação dos dispositivos penais em nosso ordenamento jurídico é preciso estar presente uma conduta do agente típica e antijurídica, seja ela na modalidade dolosa ou culposa.

**a. Dolo:**

Traremos outros conceitos de dolo no presente trabalho, mas, é importante lembrar que, no campo do Direito Penal, os tipos de dolo mais importantes são: o dolo direto e o dolo eventual, tanto é, que a lei infraconstitucional penal, só trata desses dois tipos, que estão elencados no Art. 18, inciso I.

O conceito de dolo pressupõe a livre e consciente vontade de praticar o ato, que, em outras palavras, está andando lado a lado com a conduta perniciososa.

Traremos o ensinamento de Pontes de Miranda, que conceitua dolo como “causa de não-validade dos atos jurídicos” [...] ato, positivo, ou negativo, com que, conscientemente, induz, se mantém, ou se confirma outrem em representação errônea.”<sup>80</sup>.

No magistério de Capez, dolo “é à vontade e a consciência de realizar os elementos constantes do tipo penal. Mais amplamente, é a vontade manifestada pela pessoa humana de realizar a conduta”<sup>81</sup>.

Já Garcia e Alves:

[...] entende-se por dolo a vontade livre e consciente dirigida ao resultado ilícito, ou mesmo a mera aceitação do risco de produzi-lo”, sendo que “a culpa, por sua vez, se caracteriza pela prática voluntária de um ato sem a atenção ou o cuidado normalmente empregados para prever ou evitar o resultado ilícito”<sup>82</sup>.

**I- Dolo direto e indireto:**

NUCCI traz sua contribuição sobre dolo direto e indireto:

O dolo direto de primeiro grau é a intenção do agente, voltada a determinado resultado, efetivamente perseguido, abrangendo os meios empregados para tanto (ex.: o atirador, almejando a morte da vítima, desfere-lhe certo e fatal tiro); o dolo direto de segundo grau, também

<sup>79</sup>REALE, Miguel, op. cit., p.51.

<sup>80</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado: parte especial. Tomo IV. Validade. Nulidade. Anulabilidade, 2ª edição. p. 325

<sup>81</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume 1. p. 193.

<sup>82</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. 2013, pp. 401/402.

denominado de dolo de consequências necessárias, dolo necessário ou dolo mediato, é a intenção do agente, voltada a determinado resultado, efetivamente desejado, embora, na utilização dos meios para alcançá-lo, termine por incluir efeitos colaterais, praticamente certos. O agente não persegue os efeitos colaterais, mas tem por certa a sua ocorrência, caso se concretize o resultado almejado. O exemplo é do matador que, pretendendo atingir determinada pessoa, situada em lugar público, planta uma bomba, que, ao detonar, certamente matará outras pessoas ao redor. Ainda que não queira atingir essas outras vítimas, tem por certo o resultado, caso a bomba estoure como planejado<sup>83</sup>.

Luiz Regis Prado também discorre em sua obra sobre dolo direto e indireto e seus graus:

Ainda prado fragmenta o dolo direto em imediato e imediato: Luiz Regis Prado diz em sua obra que: “No dolo direto imediato (dolo de primeiro grau, dolo de propósito ou de intenção), o agente busca diretamente a realização do tipo legal, a prática do delito o resultado delitivo era seu fim principal”. 33 E por outro lado: “No dolo direto mediato (dolo de segundo grau, dolo indireto, dolo de consequências necessárias), o agente considera que a produção do resultado está necessariamente unida à consecução do fim almejado”<sup>84</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, também se pronunciou sobre o dolo indireto, também conhecido como dolo eventual:

**Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO PRATICADO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 302 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. DEBATE ACERCA DO ELEMENTO VOLITIVO DO AGENTE. CULPA CONSCIENTE X DOLO EVENTUAL. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. CIRCUNSTÂNCIA QUE OBSTA O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO. REEXAME DE PROVA. ORDEM DENEGADA. I - O órgão constitucionalmente competente para julgar os crimes contra a vida e, portanto, apreciar as questões atinentes ao elemento subjetivo da conduta do agente aqui suscitadas – o Tribunal do Júri - concluiu pela prática do crime de homicídio com dolo eventual, de modo que não cabe a este Tribunal, na via estreita do habeas corpus, decidir de modo diverso. II - A jurisprudência desta Corte está assentada no sentido de que o pleito de desclassificação de crime não tem lugar na estreita via do habeas corpus por demandar aprofundado exame do conjunto fático-probatório da causa. Precedentes. III – Não tem aplicação o precedente invocado pela defesa, qual seja, o HC 107.801/SP, por se tratar de situação diversa da ora**

<sup>83</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. Parte Geral e Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 235.

<sup>84</sup> PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 409.

apreciada. Naquela hipótese, a Primeira Turma entendeu que o crime de homicídio praticado na condução de veículo sob a influência de álcool somente poderia ser considerado doloso se comprovado que a embriaguez foi preordenada. No caso sob exame, o paciente foi condenado pela prática de homicídio doloso por imprimir velocidade excessiva ao veículo que dirigia, e, ainda, por estar sob influência do álcool, circunstância apta a demonstrar que o réu aceitou a ocorrência do resultado e agiu, portanto, com dolo eventual. IV - Habeas Corpus denegado”.<sup>85</sup>

## II- Dolo genérico:

Destacamos decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça contém em seu bojo o conceito de dolo genérico:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROMOÇÃO PESSOAL EM PROPAGANDA DO GOVERNO. ATO ÍMPROBO POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE HONESTIDADE E LEGALIDADE E ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOLO OU CULPA. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES COMINADAS ÀS HIPÓTESES DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DO VALOR GASTO COM A PUBLICIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem reconheceu ter havido promoção pessoal dos recorridos em propaganda governamental, mas considerou a conduta mera irregularidade por ausência de dolo. 2. A conduta dos recorridos amolda-se aos atos de improbidade censurados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade, além de ofender frontalmente a norma contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República, que restringe a publicidade governamental a fins educacionais, informativos e de orientação social, vedando, de maneira absoluta, a promoção pessoal. 3. De acordo com o entendimento majoritário da Segunda Turma, a configuração dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) prescinde da comprovação de dolo. Precedentes: REsp. 915.322/MG (Rel. Min. Humberto Martins, j. 23/9/2008); REsp. 737.279/PR (Rel. Min. Castro Meira, j. 13/5/2008, DJe 21/5/2008). 4. Embora entenda ser tecnicamente válida e mais correta à tese acima exposta, no terreno pragmático a exigência de dolo genérico, direto ou eventual, para o reconhecimento da infração ao art. 11, não trará maiores prejuízos à repressão à imoralidade administrativa. Filio-me, portanto, aos precedentes da Primeira Turma que afirmam a necessidade de caracterização do dolo para configurar ofensa ao art. 11. 5. Ainda que se admita a necessidade de comprovação desse elemento subjetivo, forçoso reconhecer que o art. 11 não exige dolo específico, mas genérico: "vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora".

<sup>85</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC: 115352 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 16/04/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013.

Nessa linha, é desnecessário perquirir a existência de enriquecimento ilícito do administrador público ou o prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade. 6. No caso em tela, a promoção pessoal foi realizada por ato voluntário, desvirtuando a finalidade estrita da propaganda pública, a saber, a educação, a informação e a orientação social, o que é suficiente a evidenciar a imoralidade. Não constitui erro escusável ou irregularidade tolerável olvidar princípio constitucional da magnitude da impessoalidade e a vedação contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República [...]”.<sup>86</sup>

**a. Culpa:**

Conforme a legislação vigente, nos termos do inciso II do art. 18 do Código Penal:

Diz-se o crime:

I – [...];

II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

É importante discutir, mesmo que brevemente, o que vem a ser, dentro do nosso estudo sobre as modalidades de culpa, o erro *sui generis*, caracterizado pela presença de um erro escusável, que seria o de proibição.

Nesse sentido Cezar Roberto Bitencourt leciona que “o erro *sui generis* não exclui o dolo, permanecendo a tipicidade intocada. Seu objeto de atuação é a censurabilidade, afastando a culpabilidade dolosa, caso o erro peculiar seja evitável, e igualmente a culposa, caso seja invencível”<sup>87</sup>.

No magistério de Pontes de Miranda a culpa é: “grave, *lata culpa*, ou leve, *levis culpa*. A primeira, a culpa crassa, magna, nímia, como se diz, que tanto pode haver no ato positivo como no negativo, é a culpa ressaltante, a culpa que denuncia o descaso, temeridade, falta de cuidado indispensáveis”<sup>88</sup>.

**I- Consciente:**

<sup>86</sup>BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 765.212/AC. Relator: Ministro Herman Benjamin – 2ª Turma Data de Julgamento: 02/03/2010. Data de Publicação: DJe 23/06/2010.

<sup>87</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - Parte geral. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 482.

<sup>88</sup> PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 327.

É a culpa em que a previsibilidade não escapa ao agente, ou seja, ele prevê o resultado e não cessa a ação, acreditando ser capaz de evitar o resultado danoso.

Francisco Assis Toledo pontua sobre culpa consciente:

O agente prevê o resultado típico, tem-no como possível, mas confia em que poderá evita-lo. Não quer o resultado, mas, por erro ou excesso de confiança (imprudência), por não empregar a diligência acessória (negligência) ou por não estar suficientemente preparado para um empreendimento cheio de riscos (imperícia), fracassa e vem acioná-lo<sup>89</sup>.

## II- Culpa inconsciente:

É aquela derivada dos elementos basilares que é própria da culpa, negligência, imperícia e imprudência, ou seja, não previsibilidade do evento danoso.

Bittencourt leciona sobre a culpa inconsciente:

“O Código Penal Brasileiro não distingue culpa consciente e culpa inconsciente para o fim de dar-lhes tratamento diverso, embora se saiba que, tradicionalmente, doutrina e jurisprudência têm considerado, a priori, a culpa consciente mais grave que a inconsciente. Afora a dificuldade prática de comprovar-se in concreto, na maioria de diferença entre não prever um resultado antijurídico quando prevê-lo, confiando levemente, na sua não ocorrência, se este, de qualquer sorte, se verificar”.<sup>90</sup>

## III- Diferença de culpa consciente e dolo eventual:

O dolo eventual e a culpa consciente são dois institutos da esfera penal, a doutrina e a jurisprudência se esforçam para uma pacificação, mas, ainda têm lugar muitas controvérsias. Os dois institutos têm lugar quando o agente ao praticar uma conduta, antevê a possibilidade de ofensa a um bem jurídico protegido legalmente e prosseguindo com a prática, aperfeiçoa-se a ofensa a um bem tutelado legalmente. A diferenciação do dolo eventual da culpa consciente reside no fato de que no dolo eventual o agente tem a aceitação do risco e a culpa consciente ele acredita sem sombra de dúvidas na não ocorrência do evento danoso. No campo prático a distinção entre os dois institutos torna-se quase que impossível.

<sup>89</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 302.

<sup>90</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2015.

Edgard Magalhães Noronha pondera sobre a culpa e o dolo eventual, o que importa neste momento é a sua lição sobre conceito de culpa consciente:

[...] o sujeito ativo prevê o resultado e, embora não seja esta a razão de sua conduta, o aceita; v. g., o chofer que em desabalada corrida, para chegar a determinado ponto, aceita de antemão o resultado de atropelar uma pessoa. Estrema-se da culpa consciente [...], porque nesta o agente, conquanto preveja o resultado, não o quer, esperando insensatamente que não se verifique<sup>91</sup>.

#### IV- Culpa extracontratual:

Deve haver um resultado, com uma conseqüente violação de um dever geral abstenção.

#### V- Culpa e suas vertentes básicas:

As condutas culposas trazem em seu núcleo três vertentes básicas, que são: imperícia, imprudência e negligência. Faremos um breve relato sobre cada uma delas: I – No caso da imperícia não se tem o conhecimento necessário ou falta habilidades para à realização de uma incumbência exigidas pela sua atribuição, exemplo: um médico cirurgião, que na realização de uma cirurgia, por ser imperito, não faz uma cirurgia corretamente e causa dano ao paciente; II- No caso da imprudência, um motorista que emprega velocidade incompatível com o local e atropela uma criança que está saindo da escola; e III- No caso da negligência, um motorista que vai empreender viagem longa e não verifica os freios e os pneus do seu carro e por este particular ele causa uma acidente com dano a outrem.

Sendo assim, em todas essas vertentes aqui expostas, está ausente a vontade do agente, portanto ausente o dolo.

### 4.3 Elementos subjetivos do ilícito administrativo

No estudo dos elementos subjetivos do ilícito administrativo, podemos de início afirmar, que os elementos são mesmos à disposição da esfera penal. Sendo assim, é de bom alvitre trazer para este trabalho a conceituação, ainda que de forma apertada, do que vem a ser esses elementos na teoria do crime, o que pode servir de suporte, sem se distanciar das

---

<sup>91</sup> Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1995.



particularidades de cada esfera. Seguindo a Teoria Bipartida, se extrai que o crime é um fato típico e ilícito. Uma vez que é fato típico, porque tem previsão em lei e, é ilícito ou antijurídico, uma vez que a conduta praticada, não tem amparo legal, ou seja, não está prevista dentre às excludentes de ilicitude do artigo 23: “Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

Segundo Edmir Neto de Araújo, que leciona sobre ilícito Administrativo:

É claro, entretanto, que o ilícito administrativo tem como condição de existência a ação ou omissão antijurídica, culpável e imputável a agente público, mas tal infração não é obrigatória e cumulativamente catalogada também como ilícito penal ou ilícito civil. É o caso do ilícito administrativo puro, cujo grau de perturbação da ordem jurídica não é tão grave a ponto de a lei erigi-lo em infração penal tipificada, protegendo-se apenas o bem jurídico correspondente ao bom funcionamento da Administração. Neste caso, a apuração da responsabilidade e seu julgamento se exaurem na esfera da própria administração, através da instauração do respectivo processo administrativo disciplinar. As sanções, também, serão aquelas previstas nos diplomas legais que disciplinam o regime jurídico desses agentes públicos, não se assemelhando às cominações impostas pelo Código Penal e leis penais especiais.<sup>92</sup>

Nesse sentido o artigo. 116, da Lei no 8.112/1990, em seu inciso X, “ ser assíduo e pontual ao serviço”.

Verifica-se que aludido dispositivo traz uma penalidade iminente administrativa, este é o exemplo que se empresta a este trabalho de um ilícito administrativo puro.

Traz-se à colagem um ilícito administrativo, que atrai também a apuração penal, que é o crime de peculato, que está previsto no artigo 312, do Código Penal:

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa”

---

<sup>92</sup> Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2005, p.853

## 5. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

### 5.1 Conceito e configuração

A responsabilidade objetiva é aquela em que todo indivíduo que exerça alguma atividade está sujeito a criar um risco de dano para outrem. Uma vez exteriorizado esse dano deve ser reparado independentemente da culpa em *lato sensu* (culpa ou dolo), ou seja, não há que se analisar a culpa ou dolo, apenas a comprovação do dano e o nexo de causalidade.

Responsabilidade Objetiva, na lição de Mônica Nicida Garcia:

A Constituição da República de 1988 dispõe, em seu Art. 37, § 6º, que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.<sup>93</sup>

A Responsabilidade Civil Objetiva, em apertada síntese, é aquela que não exige o elemento subjetivo culpa para que seja imputada ao agente que causou o dano. Nesse sentido, não é preciso provar a culpa ou dolo do agente causador do dano.

Edmir Neto de Araújo leciona sobre a responsabilidade civil objetiva, trazendo a teoria do risco:

Já fizemos, embora rapidamente ao princípio da solidariedade patrimonial da coletividade (o Estado é síntese patrimonial de todos os contribuintes) frente ao ônus e encargos suportados por um determinado administrado em consequência da ação ou omissão danosa de um agente público. Este é o princípio que informa e fundamenta a teoria de risco, também chamada teoria da responsabilidade objetiva: a absoluta igualdade dos administrados diante dos ônus e encargos públicos, que vem ser equitativamente repartidos entre todos os membros da coletividade que instituiu o Estado para administrá-la.”<sup>94</sup>

Nessa esteira segue a colagem do Recurso Especial, da relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, do Superior Tribunal de Justiça, sobre a necessidade do nexo de causalidade para se caracterizar a responsabilidade objetiva para dar lugar à obrigação de indenizar:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. NEGATIVA DE  
PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA.

<sup>93</sup> Responsabilidade do Agente Público, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 116.

<sup>94</sup> Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p.722-723.

RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. ACIDENTE AMBIENTAL. EXPLOSÃO DO NAVIO VICUÑA. PORTO DE PARANAGUÁ. PESCADORES PROFISSIONAIS. PROIBIÇÃO TEMPORÁRIA DE PESCA. EMPRESAS ADQUIRENTES DA CARGA TRANSPORTADA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO CONFIGURADO. 1. Ação indenizatória ajuizada por pescadora em desfavor apenas das empresas adquirentes (destinatárias) da carga que era transportada pelo navio tanque Vicuña no momento de sua explosão, em 15/11/2004, no Porto de Paranaguá. Pretensão da autora de se ver compensada por danos morais decorrentes da proibição temporária da pesca (2 meses) determinada em virtude da contaminação ambiental provocada pelo acidente. 2. Acórdão recorrido que concluiu pela improcedência do pedido ao fundamento de não estar configurado, na hipótese, nexo de causal capaz de vincular o resultado danoso ao comportamento de empresas que, sendo meras adquirentes da carga transportada, em nada teriam contribuído para o acidente, nem sequer de forma indireta. 3. Consoante a jurisprudência pacífica desta Corte, sedimentada inclusive no julgamento de recursos submetidos à sistemática dos processos representativos de controvérsia (arts. 543-C do CPC/1973 e 1.036 e 1.037 do CPC/2015), "a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato" (REsp nº 1.374.284/MG). 4. Em que pese a responsabilidade por dano ambiental seja objetiva (e lastreada pela teoria do risco integral), faz-se imprescindível, para a configuração do dever de indenizar, a demonstração da existência de nexo de causalidade apto a vincular o resultado lesivo efetivamente verificado ao comportamento (comissivo ou omissivo) daquele a quem se repute a condição de agente causador. 5. No caso, inexistente nexo de causalidade entre os danos ambientais (e morais a eles correlatos) resultantes da explosão do navio Vicuña e a conduta das empresas adquirentes da carga transportada pela referida embarcação. 6. Não sendo as adquirentes da carga responsáveis diretas pelo acidente ocorrido, só haveria falar em sua responsabilização – na condição de poluidora indireta - acaso fosse demonstrado: (i) o comportamento omissivo de sua parte; (ii) que o risco de explosão na realização do transporte marítimo de produtos químicos adquiridos fosse ínsito às atividades por elas desempenhadas ou (iii) que estava ao encargo delas, e não da empresa vendedora, a contratação do transporte da carga que lhes seria destinada. 7. Para os fins do art. 1.040 do CPC/2015, fixa-se a seguinte TESE: As empresas adquirentes da carga transportada pelo navio Vicuña no momento de sua explosão, no Porto de Paranaguá/PR, em 15/11/2004, não respondem pela reparação dos danos alegadamente suportados por pescadores da região atingida, haja vista a ausência de nexo causal a ligar tais prejuízos (decorrentes da proibição temporária da pesca) à conduta por elas perpetrada (mera

aquisição pretérita do metanol transportado). 8. Recurso especial não provido”.<sup>95</sup>

Sendo assim, para ter lugar a responsabilidade civil objetiva tem que estar presentes dois elementos essenciais que são o dano e o nexo de causalidade, atraindo assim o dever de indenizar.

Marçal Justen Filho traz uma diferenciação entre responsabilidade objetiva e responsabilidade por atos ilícitos:

É necessário diferenciar os conceitos de responsabilidade objetiva e de responsabilidade por ato ilícito. A responsabilidade objetiva pressupõe uma conduta estatal que se configura como violadora da ordem jurídica. A responsabilidade estatal por ato lícito ocorre quando é imposta ao Estado a obrigação de indenizar efeitos danosos consumados sem que Estado tenha atuado de modo a infringir a ordem jurídica.<sup>96</sup>

Neste sentido, a reponsabilidade objetiva pune seus agentes por atos reprováveis e no caso da responsabilidade estatal por atos ilícitos cometidos por terceiros, sem que tenha o Estado agido de forma reprovável.

---

<sup>95</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (1147) Órgão Julgador S2 - SEGUNDA SEÇÃO Data do Julgamento 25/10/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 22/11/2017

<sup>96</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p.1300.

## 6. ELEMENTOS SUBJETIVOS DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Os conceitos de dolo e culpa já foram apresentados no capítulo anterior, traremos neste capítulo, comentários, doutrinas e jurisprudências, voltadas para ato de improbidade administrativa:

### 6.1. Dolo

Segundo Osório:

O dolo administrativo não se pode confundir com o desejo de enriquecimento ilícito ou de lesão ao erário, porque este só é um dos blocos normativos da LGIA. O dolo abrange os elementos factuais e jurídicos da conduta proibida, alcançando a legislação integradora e a norma matriz. Pretender enriquecer-se ilicitamente ou lesionar o erário é apenas a consequência de uma conduta que envolve, ou pode envolver sinais externos de intencionalidade em relação a determinados fatos e regras inerentes ao proceder ao ilícito, cuja lógica intrínseca, por mais flexível que seja não pode ser ignorada ou desprezada pelos intérpretes e operadores do direito. Um administrador atua, ou pode atuar, dolosamente quando, de modo deliberado, vulnera, porque quer vulnerar, normas legais para satisfazer fins ilícitos, sejam públicos ou privados. O estilo autoritário do administrador que atropela o Estado de Direito, eis aí algo que pode marcar o dolo administrativo. Essa espécie de dolo dá uma configuração peculiar aos ilícitos de favorecimento indevido de interesses, porque acaba afastada da rígida ideia do enriquecimento ou das más intenções. Alguém dotado das melhores intenções pode atuar dolosamente, na persecução de fins públicos diversos daqueles encampados pela regra de competência. É claro que o dolo também se fará presente em tais hipóteses.<sup>97</sup>

Julgamento de Relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, do Superior Tribunal de Justiça, que menciona sobre a presença do dolo genérico, para tipificação do ato de improbidade administrativo:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. PRÁTICA DE ATO VIOLADOR DE PRINCÍPIOS

<sup>97</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: RT, 2010, p. 249.

ADMINISTRATIVOS. ARTIGO 11 DA LEI 8429/92. RECONHECIMENTO DE DOLO GENÉRICO. PENALIDADE APLICADA. PROPORCIONALIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Assim, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável, para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do artigo 10. 2. Os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei nº 8429/92, como visto, dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente. 3. Na hipótese dos autos, o Tribunal a quo, embora tenha consignado que era prescindível a demonstração de dolo ou culpa do agente, reconheceu expressamente ser "flagrante a inobservância da regra de provimento dos cargos públicos por meio de concurso público, conforme previsto na Carta Magna, deve ser reconhecida a ilegalidade na contratação", daí porque não há que se falar na inexistência do elemento doloso. 4. No que concerne à apontada violação ao art. 12 da Lei 8429/92, a análise da pretensão recursal no sentido de que sanções aplicadas não observaram os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com a consequente reversão do entendimento manifestado pelo Tribunal de origem, exige o reexame de matéria fático-probatória dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 5. Agravo regimental não provido.<sup>98</sup>

Com efeito, trata-se o presente julgado de conduta do agente que teria violado o artigo 11 da lei em destaque, portanto, a presença do dolo para configuração do ato de improbidade seria necessária. E de arremate, a conduta do agente expressa neste julgado é no mínimo a da modalidade culposa, pela exposição fática aqui apresentada. Com as observações gerais constantes neste trabalho se entende que, neste caso em particular, o julgamento a que se chegou o juiz de Primeiro Grau é inaceitável, uma vez que o julgador teve a convicção que houve inobservância do certame para provimento de cargo público e não imputou conduta ímproba ao agente que deu causa, em total afronta à amplitude da tutela jurisdicional, que tem objetivo a punição do agente ímprobo e que, ainda, causou dano que certamente ocorreu no caso da anulação de prova pública, de maneira que a restituição de eventuais prejuízos aos cofres públicos também é medida que se impõe.

---

<sup>98</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp: 1500812 SE 2014/0311577-0, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques – 2ª Turma. Data de Julgamento: 21/05/2015. Data de Publicação: 28/05/2015.

A decisão do Tribunal Superior de Justiça entendeu a constatação do dolo, aí sim tem lugar a punição do agente público, nos termos do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, muito embora a Corte tenha se calado sobre a presença da desonestidade do agente, ou seja, à má-fé, demonstrando uma vez mais que a pacificação sobre os elementos subjetivos do tipo para configuração do ato ímprobo, ainda está longe.

O que se exterioriza dos conceitos acima elencados de dolo é que ele está intimamente atrelado à má-fé, mas, na Lei de Improbidade Administrativa, não podemos afastar a presença da má-fé também na modalidade culposa, uma vez que, a lei em comento exige a desonestidade, que é conhecida como má-fé, em todos os seus dispositivos.

## **6.2 Culpa**

Os conceitos sobre o elemento subjetivo culpa já foram lançados anteriormente neste trabalho. Acredita-se ser de importância neste momento buscarmos um conceito de culpa que esclareça a recorrente problemática que flutua em torno do artigo 10 da lei em comento, que traz no seu bojo os atos de improbidade administrativa que causam dano ao erário público, precisando para tanto estar presente o elemento subjetivo do tipo dolo ou culpa, e, é este último que nos preocuparemos em trazer o conceito de culpa, principalmente no seu grau grave.

Os graus de culpa assim se estabelecem:

Distinção do Direito Romano é a derivada do grau da culpa: grave (ou lata), leve e levíssima, de acordo com a maior ou menor possibilidade de previsão do resultado e mesmo dos cuidados objetivos tomados ou não pelo sujeito. Essa gradação é importante para que o julgador possa formar a sua convicção e prolatar uma decisão justa, de acordo com os princípios gerais de direito.

Portanto, a partir desses três graus de culpa, podemos asseverar que a culpa grave é aquela que deriva do erro grosseiro, que o agente age com descuido, sem que tenha qualquer justificativa para tanto. A culpa leve é aquela que há possibilidade de não ser cometida, com uma atenção normal, com um cuidado comum que é próprio do homem médio. A culpa levíssima é aquela que o agente poderia evitar o resultado se agisse com uma extraordinária cautela, o que equivaleria praticamente ao caso fortuito, que dificilmente seria evitado.

No caso da culpa grave, a doutrina tem entendido, ser a previsão consubstanciada no artigo. 28 da Lei de Interpretação às Normas do Direito Brasileiro:

“Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

O aludido dispositivo, que entrou em vigor em abril de 2018, através da Lei 13.655/2018, trouxe a delimitação sobre a responsabilização do agente público, por sua atuação técnica nos casos de dolo e erro grosseiro, este como sinônimo de culpa grave.

### 6.3 Má-fé

Para trazermos os conceitos e as ponderações sobre o vocábulo má-fé, faremos, antes, uma breve abordagem do princípio da boa-fé, na visão de Karl Larenz, citado por Camila de Jesus Mello Gonçalves, no livro *Princípio da Boa-fé, perspectivas e aplicações*: “O princípio da boa-fé significa que cada um deve manter fidelidade à palavra dada e não frustrar a confiança do outro, ou dela abusar, já que esta integra a base indispensável de todas as relações humanas”.<sup>99</sup>

Conceito de boa-fé, esposado pela Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais:

Em primeiro lugar, importa registrar que a boa-fé apresenta dupla faceta, a objetiva e a subjetiva. Esta última - vigorante, *v.g.*, em matéria de direitos reais e casamento putativo - corresponde, fundamentalmente, a uma atitude psicológica, isto é, uma decisão da vontade, denotando o convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito. Já a boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. Tal conduta impõe diretrizes ao agir no tráfico negocial, devendo-se ter em conta, como lembra Judith Martins-Costa, "a consideração para com os interesses do autor, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado". Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva se qualifica como normativa de comportamento leal. A conduta, segundo a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de "honestidade pública"<sup>100</sup>.

Cesar Asfor Rocha cita em seu livro, *Breves Reflexões Críticas sobre a Ação de Improbidade Administrativa*, o Professor Mauro Roberto Gomes de Mattos, que assim se manifesta:

“Qualquer irregularidade na função pública, mesmo que cause prejuízo ao erário, para se encaixar nos termos da presente lei deverá possuir a

<sup>99</sup>Princípio da boa-fé, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 38.

<sup>100</sup>NEGREIROS, Teresa. Boa-fé no Código Civil - Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 21/2003 | p. 11 - 13 | Jul - Set / 2003- Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 2 | p. 657 - 659 | Out / 2010| DTR\2003\333.



inseparável presença da desonestidade do agente público, do contrário não será um ato improbo.

(...)

A boa-fé e a falta de prejuízo ao erário (Administração Pública) retiram do órgão do Ministério Público a legitimidade ad causam para processar o administrador inábil ou desastrado. Portanto, não havendo desonestidade por parte do administrador, mas mero equívoco, sem que ocorram o dolo e o prejuízo para o Poder Público, não há que falar em improbidade administrativa”.<sup>101</sup>

Na mesma esteira Mauro Roberto Gomes de Matos:

A boa-fé é um dos requisitos obrigatórios da conduta pública, pois é através dela que se retira a maldade ou perversidade, mantendo o homem público com sentimento puro, ingênuo, sempre com espírito de atingir as finalidades públicas, sem a obtenção de vantagens ou fins ilícitos.<sup>102</sup>

Segundo Rui Stoco:

“A boa-fé referida na norma está compreendida em vários conceitos e tem variegada aplicação no ordenamento jurídico. Mas também deve ser tratada como padrão de comportamento ou como técnica que permite adaptar uma regra de direito ao comportamento médio em sua dada sociedade. Como cláusula geral que integra os pactos, serve como norma de interpretação e elemento limitador dos direitos subjetivos, como o objetivo de estabelecer os deveres de comportamento que as partes devem obedecer nas relações jurídicas. Com esse desiderato, essa cláusula de exigência de conduta ética deverá estar subentendida em todas as relações”.<sup>103</sup>

Portanto, as considerações acima nos revelam que, estando presente a boa-fé, não há lugar para a caracterização do ato improbo.

Calil Simão, assim conceitua má-fé:

As condutas ímprobadas são aquelas permeadas de má-fé do latim *malefatus*. Má-fé, na terminologia jurídica, designa o fato jurídico desencadeado pela maldade, em oposição à boa-fé. Representa fraude, a corrupção e o dolo, por exemplo. Nesse sentido, quando descrevemos juridicamente que uma pessoa agiu de má-fé, estamos dizendo que ela agiu com fraude ou dolo.<sup>104</sup>

Emerson Garcia tenta apartar o dolo da má-fé, assim se manifestando:

<sup>101</sup>O Limite da Improbidade Administrativa, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 34/37, apud, ROCHA, César Asfor. Breves Reflexões Críticas sobre a Ação de Improbidade Administrativa, Ribeirão Preto: Editora Migalhas, 2012.

<sup>102</sup>Limite da Improbidade Administrativa, São Paulo: América Jurídica, 2004, p.216.

<sup>103</sup>STOCO, Rui, op. cit., p.144.

<sup>104</sup>SIMÃO NETO, Calil, op. cit., p.83.

Apesar de entendermos que a presença, ou não, da má-fé exige necessária atenção por parte do operador do Direito, cremos que ela deve ser analisada não sob a perspectiva do elemento subjetivo do ato de improbidade, mas, sim, como um dos aspectos pessoais e circunstanciais que delineiam o critério de proporcionalidade. Afinal, haja, ou não, má-fé, poderá ser configurada a *improbidade formal*; mas a sua presença contribui para o delineamento da improbidade material, permitindo, assim, a deflagração dos instrumentos de persecução. Com isto, aparta-se o dolo da má-fé: o primeiro indica a vontade deliberada na prática do ato; a segunda, os objetivos almejados pelo agente. É possível que um ato ilegal seja dolosamente praticado, mas seus objetivos sejam nobres, atuando o agente com boa-fé. No extremo oposto, é factível a possibilidade de um ato formalmente legal encobrir objetivos dissonantes daqueles que justificariam a própria existência da regra de competência, possibilidade há muito estudada pela teoria do abuso de direito.<sup>105</sup>

Neste sentido, mais uma vez, pelas lições trazidas neste trabalho, que a má-fé é elemento essencial para à configuração do ato improbo, uma vez que pode o agente público ou equiparado praticar uma ilegalidade, sem que essa ilegalidade se configure como um ato improbo, ou seja, sem que esta ilegalidade seja revestida da desonestidade, de má-fé.

O Superior Tribunal de Justiça, na relatoria do Ministro Fux, que compunha aquela Corte, naquela oportunidade, assim se manifestou sobre a má-fé:

É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e improbo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta da boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito<sup>106</sup>

Na lição de Mauro Roberto Gomes de Mattos, traz a sua contribuição sobre a má-fé:

Portanto, para o correto enquadramento na Lei de Improbidade é necessário que haja a devida tipicidade legal, vinculada à res pública, alheio à vida privada à pessoa do implicado, pois somente o desvio de conduta pública é que impõe a responsabilidade que alude a Lei de Improbidade. Muitas das vezes é verificada a inclusão de particulares,

<sup>105</sup>GARCIA; ALVES, op. cit., p. 438.

<sup>106</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 480.387/S`- 1º Turma – Rel: Min. Luiz Fux – DJU 16-3-2004, p. 163.

com esteio no art. 3º da lei sob censura, ao argumento de que eles permitiram ou contribuíram para o agente público cometer atos tidos como ímprobos. Necessário também se faz que haja a devida tipicidade, sob pena de imediata exclusão do particular do polo passivo da ação, com a possibilidade de acionar uma futura reparação moral contra o órgão e o representante do *parquet* que tenha agido de maneira indevida e com má-fé. O prejuízo para o particular, que é alçado à qualidade de um Réu em ações como a de improbidade administrativa, é incalculável, devendo o MP ter um critério bem seletivo para não se expor a uma futura ação de reparação por abuso do direito de processar pessoas que indevidamente foram colocadas como Ré.<sup>107</sup>

Segundo Daniel Amorim Assumpção e Rafael Carvalho Rezende, que apresentam um alinhamento sobre a desonestidade e a má-fé:

[...] um ato ilegal que traz na sua índole a falta de boa-fé ou a má-fé, a desonestidade, a deslealdade institucional ou a vontade manifesta e intencional de realizar o comportamento normativo que redunde em dano ao erário para obtenção de vantagem ilícita para si ou outrem; é quando o agente quis o resultado em detrimento do interesse público.<sup>108</sup>

Traz-se à baila o julgamento de relatoria do Ministro Teori Zavaschi, do Supremo Tribunal Federal, sobre o elemento subjetivo do tipo má-fé:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA- Cinco agentes públicos nomeados em comissão para cargos de “assistentes técnicos”, de livre nomeação e exoneração, conforme lei municipal, mas que não prestaram serviços de direção chefia e assessoramento Incompetência que não caracteriza improbidade administrativa São irregularidades administrativas perpetradas, mas sem comprovação do dolo, da má-fé Houve inabilidade e erros formais Nem todo ato ilegal configura ato de improbidade.<sup>109</sup>

No mesmo sentido traz-se a colagem o Recurso de relatoria do Ministro Humberto Martins:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECISÃO QUE REJEITA A PETIÇÃO INICIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO CABÍVEL.

<sup>107</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, op. cit., p. 3/4.

<sup>108</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de improbidade administrativa. São Paulo: Método, 2016, p. 182.

<sup>109</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 751.634/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, DJU 2/8/07, p. 353) Recurso provido; ação improcedente. (11ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 0011485-23.2009.8.26.0344 - Marília VOTO Nº: 16901, APELAÇÃO Nº: 0011485-23.2009.8.26.0344, COMARCA: MARÍLIA, APELANTE: MÁRIO BULGARELI, APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO”.

JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NESTA CORTE. PARECER EQUIVOCADO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE ERRO GROSSEIRO OU MÁ-FÉ. INVIOABILIDADE DOS ATOS E MANIFESTAÇÕES. EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL QUE SE IMPÕE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE. 1. Consoante à jurisprudência pacificada desta Corte, impende ressaltar ser cabível interposição de agravo de instrumento contra a decisão que recebe parcialmente a ação de improbidade administrativa, determinando a exclusão de litisconsortes, em razão do processo prosseguir em relação aos demais réus. 2. A existência de indícios de irregularidades no procedimento licitatório não pode, por si só, justificar o recebimento da petição inicial contra o parecerista, mesmo nos casos em que houve a emissão de parecer opinativo equivocado. 3. Ao adotar tese plausível, mesmo minoritária, desde que de forma fundamentada, o parecerista está albergado pela inviolabilidade de seus atos, o que garante o legítimo exercício da função, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/94. 4. Embora o Tribunal de origem tenha consignado o provável equívoco do parecer técnico, não demonstrou indícios mínimos de que este teria sido redigido com erro grosseiro ou má-fé, razão pela qual o prosseguimento da ação civil por improbidade contra a Procuradora Municipal configura-se temerária. Precedentes do STF: MS 24631, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, public 01-02-2008; MS 24073, Relator: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002, DJ 31-10-2003. Precedentes desta Corte: REsp 1183504/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 17/06/2010. 5. Recurso especial provido em parte para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença a fim de rejeitar liminarmente o pedido inicial em relação à Recorrente. Relator Ministro Benedito Gonçalves.”<sup>110</sup>

Neste sentido, não se pode atribuir a pecha de agente ímprobo para qualquer irregularidade, que muito das vezes pode ser caracterizada irregularidade administrativa, sem qualquer ato desonesto por parte do agente público ou equiparado. Posições contrárias devem ser repudiadas pelos nossos julgadores, ou seja, deve haver justa causa para atingir a integridade de uma pessoa com a pecha de improba, considerado que pode atingir os seus valores sociais e de seus familiares.

E neste sentido Marino Pazzaglini Filho, comenta:

Assim os atos administrativos ilegais que não se revestem de inequívoca gravidade, que não ostentam indícios de desonestidade ou má-fé, que constituem simples irregularidade anuláveis (e não atos nulos de pleno direito), que decorrem da inabilitação ou despreparo

<sup>110</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.454.640 - ES (2014/0009629-2, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 17/06/2010.

escusável do agente público, não configuram improbidade administrativa.<sup>111</sup>

Por outro lado, os atos praticados pelo agente, com a comprovação de ato desonesto por agente público ou equiparado devem ser tratados com todo o rigor, com obediência do devido processo legal e da ampla defesa.

---

<sup>111</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino, op. cit., 2009, p.100.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percorremos neste trabalho as implicações dos dispositivos da Lei 8.429/92, a conhecida Lei de Improbidade Administrativa, e, para tanto, trouxemos para este estudo passagens históricas, menções importantes sobre as nossas constituições, conceitos, tudo balizado com dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, doutrinas e também jurisprudências, que nos permite afirmar que a vontade dos nossos legisladores, ao tratar na lei de improbidade administrativa do ato desonesto, aponta que o elemento subjetivo do tipo, que há de ser exigido, é a má-fé, que deve estar presente para configuração do ato ímprobo nos artigos 9º, 10, 10-A e 11, considerando que a má-fé está intimamente ligada à ilicitude, juntamente com o elemento subjetivo dolo.

Portanto, a ilegalidade do agente público ou equiparado só atinge a potencialidade de ato ímprobo quando ela é contra a lei ou fere de morte os princípios constitucionais da Administração por um ato desonesto, ou seja, de má-fé.

Segundo Antonino Marmo Trevisan, Antônio Chizzotti, João Alberto Lanhez, José Chizzoti e Josmar Verillo, que comentam sobre a importância de trazer fatos robustos para o processo de improbidade administrativa:

A melhor maneira de motivar as autoridades judiciais no combate à corrupção é pela apresentação de fatos comprovados e consistentes. Quando a promotoria e o judiciário se mostram ativos na defesa do interesse público, o processo flui e o objetivo pretendido é atingido. Uma investigação bem realizada pode levar o promotor de justiça a requerer o afastamento imediato do prefeito. No caso de Ribeirão Bonito, o Judiciário acatou o pedido do Promotor de Justiça, e os tribunais superiores confirmaram a sua decisão<sup>112</sup>.

A primeira consideração após o estudo realizado neste humilde trabalho é que para a configuração do ato de improbidade como previsto no artigo 10 da lei em estudo é necessário no mínimo à presença do elemento subjetivo do tipo a culpa, mas no seu grau no mínimo grave.

A segunda consideração é que os julgados prolatados em nossos tribunais, que trazem como base o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10 da lei em comento, sem a exigência da má-fé como fator preponderante para impor ato ímprobo ao agente público, estão em inaceitáveis desacertos, uma vez que o coração da Lei de Improbidade Administrativa traz a desonestidade como exigência principal, que flutua em todos os seus dispositivos, não só

---

<sup>112</sup> TREVISAN, Antonino Marmo, et al., *Combate à Corrupção nas Prefeituras do Brasil*, São Paulo: Atelie Editorial, 2003, 4ª ed. p. 69

nos artigos 9º e 11, mas, também nos artigos 10 e 10-A, da mencionada lei, e, esta desonestidade se trata da má-fé.

Portanto, a presença da má-fé no caso desse comando legal do Art. 10, também é essencial.

Sendo assim, na total ausência de uma legislação que dê contornos mais assentados à má-fé voltada para ato ímprobo, há a presença de dificuldades para operador do direito, ficando por conta exclusiva do intérprete uma leitura que garanta maior segurança jurídica ao administrado. Muito das vezes, atos ímprobos podem ficar sem a devida punição, como atos que não são caracterizados como ímprobos, podem chegar a punições injustas. E, a grave temeridade de se deixar por conta da doutrina e, principalmente, da jurisprudência o aperfeiçoamento de elemento crítico, imprescindível para nortear tanto uma condenação, tanto uma absolvição, como são os casos da exigência ou não da má-fé e também da qualificação do grau de culpa grave, no caso da modalidade culposa prevista no artigo 10, da lei em destaque.

Neste sentido traz-se à baila a lição de Jarbas Soares Júnior e Fernando Galvão:

Deve-se destacar que a natureza aberta e permeável das normas sancionadoras de improbidade constantes da LIA tem o condão de facilitar o trabalho dos operadores jurídicos. Assim, ao jurista se reserva uma papel eminentemente criativo e criador, municiando-se com instrumentos capazes de acompanhar a veloz dinâmica da improbidade. Atos ímprobos são formatados mais pelo Direito dos juristas. E, por isso, as cláusulas gerais, os termos indeterminados, os princípios jurídicos gerais, os termos indeterminados, os princípios jurídicos empregados na LIA constituem instrumentos vagos e elásticos, permitindo-se aos intérpretes espaços de criação das normas. De um lado, aumentam, inevitavelmente, as incertezas e inseguranças dos destinatários das normas sancionadoras, que não se veem garantidos previamente pelos comandos certos do legislador. De outra banda, ampliam-se os poderes dos advogados, membros do Ministério Público e Juízes, outorgando-se lhes espaços de manobras e de criação com maior velocidade para acompanhar a dinâmica dos fatos sociais. Nesse contexto, o legislador já não prevê todos os comportamentos ilícitos<sup>113</sup>.

A terceira consideração que fazemos diz respeito à lição do professor Fernando Capez, que leciona sobre a desproporcionalidade das penalidades previstas no artigo 12, da lei em destaque, frente às penalidades constantes da esfera penal, que asseverou ser inaceitável a exigência maior para configuração de uma conduta penal, do que para configuração de um ato de improbidade administrativa.

---

<sup>113</sup> SOARES JUNIOR, Jarbas; GALVÃO, Fernando, Direito Ambiental, Belo horizonte: Editora Belo Horizonte, 2003, p.175.

Sobre os conflitos jurisprudenciais, Teresa Arruda Alvim Wanbier, assim se manifesta:

No Brasil, enfrentamos o problema do excesso de casos em que há diversidade de interpretações da lei num mesmo momento histórico, o que compromete a previsibilidade e a igualdade. Há juízes de primeira instância e tribunais de segundo grau que decidem reiteradamente de modo diferente questões absolutamente idênticas. Estas divergências existem no âmbito dos tribunais superiores: entre eles – STJ e STF – e entre seus órgãos fracionários. Isto corre em relação ao STJ, que tem maior número de órgãos fracionários. O fato de estas divergências existirem também no plano dos tribunais superiores, na verdade, impede que suas decisões desempenhem o papel de norte, de orientação para os demais órgãos do judiciário.<sup>114</sup>

Nelson Nery Júnior, responde a uma questão de improbidade assim:

Todo ato administrativo ilegal pode ser caracterizado como ato de improbidade? Quais os requisitos para a configuração do ato de improbidade administrativa? Resposta: NÃO. Nem todo ato administrativo irregular pode ser caracterizado como ato de improbidade administrativa. Se o agente deve atuar com probidade, vale dizer, com honestidade, com boa-fé, agir com improbidade significa agir com má-fé. Por isso é que, nada obstante possa praticar ato ilegal, nem sempre estará agindo com má-fé, contrariamente à boa-fé, de modo que seu ato pode ser irregular, ilegal, mas nem sempre ímprobo. Os requisitos para caracterização do ato de improbidade são: a) ato contrário à probidade administrativa; b) existência efetiva de dano ao erário, nos casos da LIA 10; c) nexos de causalidade entre o ato e o dano; d) enriquecimento ilícito no caso da LIA 9.º; e) prática de ato que atente contra os princípios da administração, nos casos da LIA 11. Ausentes esses requisitos, o ato administrativo, a ainda que írrito, ilegal, não será ato de improbidade administrativa.<sup>115</sup>

No mesmo sentido, traz-se o comentário de má-fé no ato ímprobo administrativa, retirado das Revistas dos Tribunais:

Não se pode olvidar, entretanto, que para configuração da causa de pedir remota, consistente na configuração do ato de improbidade é necessária a presença do elemento volitivo (dolo ou má-fé) na conduta das partes. Tal peculiaridade é reconhecida na jurisprudência do STJ: Para que se configure a conduta de improbidade administrativa é necessária a perquirição do elemento volitivo do agente público e de terceiros (dolo ou culpa), não sendo suficiente para tanto, a irregularidade ou a ilegalidade do ato. Isso porque 'não se pode

<sup>114</sup> Direito Jurisprudencial, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.36

<sup>115</sup>Soluções Práticas - Nery | vol. 1 | p. 647 - 657 | Set / 2010 | DTR\2012\606.



confundir legalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente'. No caso concreto, o acórdão recorrido, ao concluir que os desvios dos ditames da Lei 8.666/1993, por si só, seriam suficientes para a subsunção automática das condutas dos demandados aos tipos previstos na Lei de Improbidade, não se desincumbiu de aferir a culpa ou dolo dos agentes públicos e terceiros, que são elementos subjetivos necessários à configuração da conduta de improbidade." O TJSP também segue na mesma linha: "De qualquer modo, também não se demonstrou, por meio idôneo, que os acionistas agiram com dolo e má-fé, visando lesar o erário. Como é sabido, para que o agente público seja responsabilizado com base na Lei de Improbidade Administrativa exige-se a demonstração de sua má-fé, pois nem sempre a mera ilegalidade de um determinado ato é suficiente para caracterizar a improbidade. Na verdade, a objetividade jurídica da lei aludida é a defesa da probidade e da fidelidade na administração do patrimônio público, merecendo então uma interpretação os seus arts. 9.º a 11 que definem as modalidades de atos de improbidade, haja vista a gravidade das sanções cominadas, não se podendo prescindir da análise do elemento subjetivo."<sup>21</sup> Pois bem. As consequências da caracterização do ato de improbidade administrativa são as sanções previstas no art. 12 desta lei: (a) devolução de valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio do agente público; (b) ressarcimento do dano ao erário; (c) multa civil; (d) suspensão de direitos políticos; e (e) perda de função pública e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. As referidas sanções congregam o terceiro elemento da ação: o pedido. Este consiste no objeto desta, ou seja, no que o autor pretende conseguir com a sua demanda. Algumas peculiaridades e polêmicas dos elementos da ação civil por improbidade administrativa.<sup>116</sup>

Traz-se, também, o julgado da relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NOS AGRAVOS EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATUAÇÃO DE CONSULTOR JURÍDICO DA CÂMARA MUNICIPAL DE NOVO HAMBURGO/RS COMO ADVOGADO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA VEREADORA DO MUNICÍPIO, POR SUPOSTA CUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS. VIOLAÇÃO AO ART. 11 DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA E DOLOSA. ATIPICIDADE. AGRAVOS REGIMENTAIS DESPROVIDOS. 1. A improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos

<sup>116</sup> Revista de Processo | vol. 228/2014 | p. 261 - 281 | Fev / 2014 | DTR\2014\313 -TJSP, Ap 376.372.5/3-00, j. 12.08.2010, rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti.

eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave. 2. Dessa atuação malsã do agente, ademais, deve resultar (i) o enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 9º. Da Lei 8.429/92), (ii) a ocorrência de prejuízo ao Erário (art. 10 da Lei 8.429/92) ou (iii) a infringência aos princípios nucleares da Administração Pública (arts. 37 da Constituição e 11 da Lei 8.429/92). 3. Observe-se, ainda, que a conduta do Agente, nos casos dos arts. 9º. E 11 da Lei 8.429/92, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/92, admite-se que possa ser culposa, mas em nenhuma das hipóteses legais se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva. Precedentes: AIA 30/AM, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 28.09.2011; REsp. 1.103.633/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 03.08.2010; EDcl no REsp. 1.322.353/PR, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 11.12.2012; REsp. 1.075.882/MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 12.11.2010; REsp. 414.697/RO, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 16.09.2010; REsp. 1.036.229/PR, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe 02.02.2010. 4. In casu, a condenação dos acusados, com fundamento no art. 11, caput da Lei 8.429/92, teve por base a contratação pela ré MARIA LORENA MAYER do corréu ANTONIO AUGUSTO, consultor jurídico da Câmara Municipal de Novo Hamburgo/RS, para atuar como Advogado particular em Ação Civil Pública por improbidade administrativa, proposta pelo Ministério Público, imputando-lhe a conduta de acumular os cargos de vereadora e de Coordenadora de Unidade Básica de Saúde. 5. Inexiste, contudo, vedação expressa e inequívoca para a atuação do servidor (Consultor Jurídico da Câmara Municipal) como Advogado de defesa em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público, uma vez que a Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB) proíbe exercício da advocacia por servidores públicos contra a Fazenda Pública que o remunere, o que não é o caso dos autos. 6. O eventual exercício irregular da atividade de advocacia, se fosse o caso, deve ser apurado em procedimento administrativo da OAB e não em Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa. 7. Não se vislumbra, outrossim, a presença do dolo ou má-fé, porquanto a mera atuação como advogado particular em Ação Civil Pública proposta pelo órgão Ministerial não comprova o intuito malsão dos agentes em violar os princípios da Administração Pública. 8. Agravos Regimentais desprovidos. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça.<sup>117</sup>

No mesmo sentido, segue o a colagem do julgamento da relatoria do Ministro Francisco Falcão, do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 12 E 17 DA LEI N. 8.429/92 E 267 DO CPC. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI É A

<sup>117</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo em Recurso Especial n. 83233 (2011.0201934-0 – 03/06/2014), de Rio Grande do Sul, T1 Primeira Turma, Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em: 25-02-2014.

OFENSA DIRETA E FRONTAL AO CONTEÚDO NORMATIVO EXPRESSO NA LEGISLAÇÃO. NÃO RECONHECIDA NO ACÓRDÃO OBJURGADO. AÇÃO RESCISÓRIA MANEJADA COM O FIM DE SUBSTITUIR RECURSO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I - Na origem, trata-se de ação rescisória em desfavor do Estado de Santa Catarina, objetivando a rescisão de acórdão que, em sede de ação civil pública, condenou a parte às penas de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de três anos e de multa civil. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina julgou procedente o pedido. II - Alegou o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, em seu recurso especial, ofensa ao artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil de revogado. O referido artigo tinha a seguinte redação: "A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] V - violar literal disposição de lei;". III - Segundo o autor da ação rescisória, houve a violação dos artigos 12 e 17 da Lei n. 8.429/92 e do artigo 267, inciso VI, do CPC no julgamento da ação originária. Com efeito, o Tribunal a quo não acolheu a alegação de violação ao artigo 17 da Lei n. 8.429/92, mas julgou procedente a ação rescisória por violação ao artigo 11 da Lei n. 8.429/92 (fl. 622). IV- Entenderam os desembargadores vencedores que a condenação por ato de improbidade administrativa exigia a demonstração de dolo ou má-fé do agente. O Desembargador Sérgio Roberto Bach Luz, na qualidade de relator, analisou que, se não houvesse o reconhecimento da ilegitimidade ativa do Estado de Santa Catarina (fl. 631): "[...] a presente ação também seria cabível por violação de literal disposição de lei, especificamente em relação ao art. 11 da Lei n. 8.429/92, uma vez que, em hipóteses idênticas a esta, nas quais figuravam inclusive as mesmas partes e os mesmos fatos, diferenciando-se apenas quanto aos fundos dos quais foram transpostos valores para o tesouro do Estado, reconheceu-se que o ato inquinado não configuraria ato de improbidade administrativa pois, para tanto, seria necessário a presença do dolo ou da má-fé do agente, o que não se comprovou in casu." V - Para o Desembargador Cesar Abreu, houve violação do artigo 12 da Lei nº 8.429/92, discorrendo que (fls. 664-666): "Constitui orientação pacificada desde a época do acórdão objurgado a indispensável incidência de dolo ou má fé para as figuras dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade e a culpa para a hipótese do art. 10. O acórdão acima invocado, proferido em sede de Embargos de Divergência (E de Diva. no REsp n. 875.163) e mencionado no voto vencido, é mais do que suficiente para sustentar a rescisão do julgado impugnado [...]." VI - Em seu voto, o Desembargador Francisco Oliveira Neto perfilhou que houve inadequado método interpretativo de lei (fls. 654-655): "É que o autor da demanda rescisória foi condenado, nos autos da ação de improbidade administrativa, pela prática de ato ímprobo, consubstanciado no desvio de finalidade do dinheiro público do Fundo de Melhoria da Polícia Militar para a conta do Tesouro de Santa Catarina, com base no art. 11, I, da Lei n. 8.429/92. Naquela oportunidade, o acórdão rescindendo, da Segunda Câmara de Direito Público, reconheceu que houve, efetivamente, o desvio de finalidade da verba, e que tal ato, por si só, se revestiu de improbidade dispensando-

se a comprovação do efetivo prejuízo e do dolo do agente público. Ocorre que os precedentes da época, tanto deste Tribunal quanto da Corte Superior, eram unânimes em afirmar que o dolo, ainda que genérico, era fundamental para a tipificação da conduta nos arts. 9º e 11º da Lei n. 8.429/92. E esse entendimento persiste até a atualidade. Aliás, não bastasse a orientação jurisprudencial, vislumbro que o elemento "dolo" é inerente ao próprio texto legal, porque o art. 11 da Lei de Improbidade exige (sic) que o agente público tenha agido com o objetivo de praticar ato ilegal ou diverso do previsto em lei ou regulamento [...]. "VII - Por sua vez, o Desembargador Carlos Adilson Silva, que havia acompanhado o voto divergente do Desembargador Ricardo Reler (fl.657), alterou seu posicionamento: "Em razão do pedido de vistas do eminente Desembargador César Abreu, suspenso e retomado o julgamento, mantive o mesmo entendimento no concernente à legitimação ativa, refluindo, contudo, quanto ao cabimento da ação rescisória, porquanto houve violação ao art. 11 da Lei nº 8.429/92, inocorrendo, na hipótese, ofensa à Súmula 343 do STF." VIII - Ocorre que violação literal de lei é a afronta direta e frontal do conteúdo normativo expresso na legislação indicada, de forma que para a desconstituição extraordinária da coisa julgada é necessário que a decisão rescindenda tenha outorgado sentido excepcional à legislação, ofendendo-a de forma frontal, o que não foi reconhecido no acórdão objurgado. E pelo cotejo da petição inicial com os votos vencedores, verifica-se que esta ação rescisória foi manejada com o fim de substituir recurso e de discutir questões que poderiam ter sido analisadas antes do trânsito do julgado rescindendo. IX - Conforme jurisprudência dominante desta Corte, entretanto, a ação rescisória não pode servir como substituto da via recursal para rever suposta injustiça na interpretação dos fatos, tampouco para se adequar a julgamentos posteriores. A propósito do tema, vejamos os seguintes precedentes: AgInt nos EDcl na AR 5.781/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 14/11/2018, DJe 19/11/2018 e AR 5.581/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14/11/2018, DJe 12/12/2018.<sup>118</sup>

Em desfecho, faz-se a colagem do julgamento da relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho:

I. SANCIONADOR. AGRAVO REGIMENTAL EM ARESP. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROMOVIDA PELO MUNICÍPIO DE CAMBORIÚ/SC CONTRA O SEU EX-PREFEITO, POR TER O ENTÃO ALCAIDE EFETUADO A COMPRA DE AMBULÂNCIA EM NOME DE TERCEIROS, COM RECURSOS DA MUNICIPALIDADE. II. ABSOLVIÇÃO

<sup>118</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo interno improvido. gInt no REsp 1800277/SC - AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2019/0051186-3. Relator(a) Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116) - Órgão Julgador - T2 - SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento 17/09/2019 - Data da Publicação/Fonte DJe 24/09/2019.

ADVENIENTE DA CORTE CATARINENSE, POR NÃO TER IDENTIFICADO NEM CONDUTA LESIVA AOS COFRES PÚBLICOS, NEM REVESTIDADE DOLOSA PARA OFENDER O PRINCÍPIO DA PROBIDADE. HERMENÊUTICA JUDICIAL CONSTRUTIVA DA EXCLUSÃO DE ATO ÍMPROBO, QUANDO A CONDUTA DO AGENTE NÃO VEICULA DANO AO ERÁRIO, ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU OFENSA DOLOSAMENTE AO PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. III. PRETENSÃO DO MPF, NESTE AGRAVO REGIMENTAL, EM VER REFORMADA A DECISÃO UNIPESSOAL DO RELATOR QUE CONFIRMOU A ABSOLVIÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. SE AUSENTES AS ELEMENTARES DA LESÃO AOS COFRES PÚBLICOS DO PROVEITO PESSOAL ILÍCITO E DA OFENSA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS, NÃO HÁ O TIPO ÍMPROBO. IV. NESTE CASO, NÃO SE IDENTIFICA A MÁ-FÉ DO ACIONADO, CONSOANTE AFIRMOU O TRIBUNAL DE ORIGEM NO CASO PRESENTE. AGRAVO REGIMENTAL DO PARQUET FEDERAL DESPROVIDO. III. PRETENSÃO DO MPF, NESTE AGRAVO REGIMENTAL, EM VER REFORMADA A DECISÃO UNIPESSOAL DO RELATOR QUE CONFIRMOU A ABSOLVIÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. SE AUSENTES AS ELEMENTARES DA LESÃO AOS COFRES PÚBLICOS, DO PROVEITO PESSOAL ILÍCITO E DA OFENSA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS, NÃO HÁ O TIPO ÍMPROBO. IV. NESTE CASO, NÃO SE IDENTIFICA A MÁ-FÉ DO ACIONADO, CONSOANTE AFIRMOU O TRIBUNAL DE ORIGEM NO CASO PRESENTE. AGRAVO REGIMENTAL DO PARQUET FEDERAL DESPROVIDO. 1. Inicialmente, não se detecta, no contexto destes autos, qualquer óbice legal, regimental ou sumular que corte o conhecimento do mérito da questão recursal. Por essas razões, impõe-se a plena análise da matéria de fundo. 2. Conduta dolosa, proveito pessoal ilícito, lesão aos cofres públicos e ofensa aos princípios nucleares administrativos são os elementares da improbidade administrativa. A manifestação judicial que afaste quaisquer desses elementos resulta em ausência do tipo (Agente no REsp. 922.526/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe03.04.2019). 3. Imputação ao demandado, então Prefeito do Município de Camboriú/SC, da conduta prevista nos arts. 9º., caput e XI (incorporação, ao patrimônio particular, de bem público), 10, VI (realização de operação financeira sem observância das normas legais), e 11 (ofensa a princípios basilares administrativos) da Lei 8.429/1992. 4. A alegação é a de que o acionado, na qualidade de Prefeito e Presidente da Associação do Corpo de Bombeiros Voluntários da urbe catarinense, deu ensejo à aquisição, com recursos da Municipalidade, de ambulância para a entidade, destinada à prestação de serviços de atendimento aos cidadãos, tendo sido efetuada a compra por meio de financiamento bancário em nome da esposa do Alcaide, uma vez que a Associação não possuía os requisitos cadastrais bancários para entabular a aquisição do veículo. 5. O acórdão recorrido absolveu o então Prefeito das acusações de condutas ímprobas, afastando a

condenação aplicada em sentença, por entender que os fatos e as provas documentais encartados aos autos demonstram que, na verdade, houve de fato um equívoco, uma irregularidade, melhor dizendo, mas não um ato desonesto ou de malversação por parte do Presidente da Associação do Corpo de Bombeiros no rato dos valores oriundos do erário. Assim, vale remarcar que, apesar da irregularidade aparente, tal ato não importarem improbidade administrativa, uma vez que, ao que tudo leva a crer isso se deu em razão da inabilidade do agente e tão somente (fls.419).6. Com efeito, o Tribunal de origem registrou que, muito embora tenha havido a aquisição do veículo por meio de financiamento em nome de terceiros, e não da Associação, inexistente demonstração de que tenha ocorrido, por parte do réu, o desvio ou a apropriação de verbas públicas ou mesmo o dano ao Erário, assim como também não há prova de que a dita ambulância não fora empregada para os seus devidos fins (fls. 418).7. Não há dúvida de que o caso está à conta de irregularidades, pois o procedimento adotado na espécie - o popular passar o financiamento em nome de quem tenha aprovação e fidedignidade bancárias - não representa a rotina padrão de aquisição de bens públicos. Mas a conduta não se alça ao plano das improbidades, pois não há informes nos autos de que, com a forma de aquisição adotada, não tenha o então Alcaide pretendido atingir a finalidade pública de atender os Municípios com ambulância. Finalidade, aliás, alcançada.8. Ademais, há anotação nos autos de que o veículo foi transferido posteriormente à Associação de Bombeiros Voluntários (fls. 418), o que é indicativo de que o Gestor Público não foi movido pelo animus de se assenhouar da coisa pública ao praticar a conduta consideravelmente irregular.9. Com efeito, o Tribunal de origem excluiu os elementos configuradores da improbidade administrativa, quais sejam, o dolo e o prejuízo aos cofres públicos, bem como o enriquecimento ilícito. Não há como lançar-se condenação, bem por isso, em qualquer dos tipos previstos nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/1992, consoante registrou o aresto de origem, referendado pela decisão ora agravada. Urge que defina, com rigor, que somente se revestem de improbidade o ato ilícito ou ilegal, quando eivado de intuito malsão, propósito desonesto, pretensão ambiciosa e sorradeira ou determinação orientada para a produção maléfica de atos de elevado teor de lesividade à coisa pública. Sem isso, o que se tem será a ilegalidade simples ou ordinária, sancionável com reprimendas outras, que não aquelas estipuladas para as improbidades.10. Agravo Regimental do Parquet Federal desprovido.”<sup>119</sup>

Por todo o exposto, através do estudo aqui realizado, concluímos que para configuração do ato ímprobo devem estar necessariamente presentes: I- uma ação ou omissão do agente público ou equiparado contrária à lei, no exercício de suas funções, ou, no caso dos particulares, que estes se beneficiem do ato ímprobo; II- o ato ímprobo tem que estar revestido

---

<sup>119</sup>AgRg no Ares 628173 AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2014/0316185-0 - Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133) - Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA - Data do Julgamento - 15/08/2019 - Data da Publicação/Fonte - DJe 05/09/2019.

de desonestidade, a má-fé, podendo ela ser dolosa ou culposa; e III- No caso do artigo 10, tem que haver o efetivo dano ao erário e no caso elemento subjetivo do tipo culpa, esta deve ser no mínimo grave.

Sendo assim o que se empresta no presente trabalho é a proposta de duas súmulas a ser editada pelo Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

- a) Primeira: Para que a conduta prevista da modalidade culposa inculpada no artigo 10 da Lei nº 8.429/92, seja no grau mínimo grave, para à sua configuração.
- b) Segunda: da necessidade da presença da má-fé para configuração do ato de improbidade administrativa, em todos os seus dispositivos da Lei 8.429/92, uma vez que a exigência principal da lei reclama a desonestidade e esta desonestidade a maioria dos nossos tribunais têm entendido como má-fé.

## REFERÊNCIAS

BERTONCINI, Mateus. **Ato de improbidade administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BEZERRA FILHO, Aluizio, **Atos de Improbidade Administrativa, Lei 8.429/92, Anotada e Comentada**, Curitiba: Editora Curitiba, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Fernando, **Direito Constitucional**, São Paulo: Edições Paloma, 1999.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos: Comentários, artigo por artigo, da Lei nº. 8.429/92 e do DL 201/67**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Curso de direito penal**, Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do Agente Público**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Niterói: Editora Impetus, Volume I, 2009.

\_\_\_\_\_. **Improbidade Administrativa**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

\_\_\_\_\_. **Improbidade administrativa**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. **Direito Penal**. 31ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995.



MAQUIAVEL, Nicolai. **O príncipe**. trad. de Maria Lúcia Cumo. 2. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2002.  
\_\_\_\_\_. **Probidade Administrativa**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Probidade Administrativa, Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. São Paulo: Malheiros, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 29ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**. 4ª edição. São Paulo: Método, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral e Especial. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. São Paulo: RT, 2010.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte especial**. Tomo IV. Validade. Nulidade. Anulabilidade, 2ª edição.

RAMOS, André de Carvalho. O combate internacional à corrupção e a lei da improbidade. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. (Org.). **Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, São Paulo: Saraiva, 2001.

ROSA, Alexandre Morais da; GHIZZO NETO, Affonso. **Improbidade Administrativa e Lei de Responsabilidade Fiscal: conexões necessárias**. Florianópolis: Habitus, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Ação por Improbidade Administrativa. In: José Adércio Leite Sampaio et al., Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SCARPELLI, Rosângela Dell'Amore Dias. **O direito penal do autor e o princípio da culpabilidade:** garantia de responsabilização pelo fato (dissertação de mestrado). Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_ScarpelliRD\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ScarpelliRD_1.pdf) Acesso em setembro de 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMÃO NETO, Calil, **Improbidade Administrativa: teoria e prática,** 17ª edição. Leme: Editora J. H. Mizumo. 2011.

SOARES JUNIOR, Jarbas; GALVÃO, Fernando, **Direito Ambiental,** Belo horizonte: Editora Belo Horizonte, 2003.

STOCO, Rui. **Tratado De Responsabilidade Civil,** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil,** São Paulo: Forense, 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1994.