

**UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO  
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**FABIANA DE PAULA LIMA ISAAC MATTARAIA**

**LIMITES À SUJEIÇÃO PASSIVA NA IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA: DICOTOMIA ENTRE A ARQUITETURA  
GARANTISTA E PRAXIS DOS TRIBUNAIS**

**RIBEIRÃO PRETO  
2021**

**FABIANA DE PAULA LIMA ISAAC MATTARAIA**

**LIMITES À SUJEIÇÃO PASSIVA NA IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA: DICOTOMIA ENTRE A ARQUITETURA  
GARANTISTA E PRAXIS DOS TRIBUNAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concreção dos Direitos Coletivos e Cidadania.

**Orientador:** Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira



**RIBEIRÃO PRETO  
2021**

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

- Universidade de Ribeirão Preto -

Mattaraia, Fabiana De Paula Lima Isaac, 1984.

M435L Limites à sujeição passiva da improbidade administrativa: dicotomia entre Arquitetura  
garantista e praxis dos tribunais/ Fabiana De Paula Lima Isaac- - Ribeirão Preto, 2020.

142 f.

Orientador: Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,  
UNAERP, Direito. Ribeirão Preto, 2020.

1. Ato de improbidade administrativa. 2. Agentes públicos.  
3. Agentes Particulares. 4. Culpa 5. Dolo I. Título.

CDD 340

**FABIANA DE PAULA LIMA ISAAC MATTARAIA**

**LIMITES À SUJEIÇÃO PASSIVA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:  
DICOTOMIA ENTRE A ARQUITETURA GARANTISTA E PRAXIS DOS  
TRIBUNAIS**

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: 01 de abril de 2021

Resultado: Aprovada

BANCA EXAMINADORA

SEBASTIAO SERGIO DA  
SILVEIRA:02657265812

Assinado de forma digital por  
SEBASTIAO SERGIO DA  
SILVEIRA:02657265812  
Dados: 2021.06.30 18:59:36 -03'00'

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira  
Presidente/UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto



Prof. Dr. Thiago Marrara de Matos  
USP – Universidade de São Paulo



Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira  
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

RIBEIRÃO PRETO  
2021

*Para minha filha, razão do meu viver, Maria Clara Isaac Mattaraia,  
que ela não se esqueça de buscar ser quem é em cada coisa que faça em sua vida.  
Ao meu marido Lupércio Mattaraia Junior, que sempre me incentivou a alçar meus mais  
sonhados vôos.*

*Aos meus pais e irmãos, pelo exemplo de retidão e fé em Deus.  
Ao Professor Sebastião, que confiou em meu trabalho e me acolheu.*

*Que nada nos limite, que nada nos defina,  
que nada nos sujeite. Que a liberdade seja  
nossa própria substância, já que viver é ser  
livre. Porque alguém disse e eu concordo  
que o tempo cura, que a mágoa passa, que a  
decepção não mata. E que a vida sempre,  
sempre continua.*

Simone de Beauvoir

## AGRADECIMENTOS

Ao término desse trabalho não poderia deixar de agradecer todos os que de alguma forma contribuíram para a sua construção, dentro da perspectiva que aos olhos não se vê, como os Professores Sebastião Sérgio da Silveira, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho, Juvêncio Borges Silva, Ricardo dos Reis Silveira, Rafael Tomaz de Oliveira, Érika Rubião Lucchesi, Luiz Eugênio Scarpino Junior, Juliana Helena Carlucci, David Isaac Marques de Oliveira, Ricardo Adelino Suaid, pelo apoio incondicional, estímulo e conhecimento compartilhados.

Agradeço também a todos os demais professores do curso de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania, da Universidade de Ribeirão Preto/SP – UNAERP, que contribuíram não somente para o trabalho realizado, mas para meu crescimento intelectual de maneira importante e inesquecível.

Aos Professores Sebastião, Érika e Scarpino, agradeço aos quase 18 (dezoito) meses de estágio docência, tenham certeza, de que carrego um pouco de cada um nesta jornada que iniciei recentemente como professora universitária, e aproveito para deixar consignado o quanto admiro, cada vez mais, esta profissão, tão honrosa, humana, que vai além das salas de aula, sejam remotas ou presenciais.

Aos funcionários e colaboradores da Universidade de Ribeirão Preto/SP – UNAERP, em especial a Patrícia Araújo Machado Riul, da Divisão de Pós-Graduação Stricto Sensu e Flávia Feitosa da Divisão da Graduação em Direito, sempre solícitos, atenciosos, carinhosos, proporcionando segurança de um atendimento e auxílios sensíveis.

Ainda, agradeço à A Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), fundação do Ministério da Educação (MEC), que desempenha papel fundamental na expansão e consolidação da pós-graduação stricto sensu (mestrado e doutorado) em todos os estados da Federação, tendo sido de suma importância seu investimento em minha pesquisa.

Aos meus queridos amigos que felizmente fiz nesta turma tão especial de mestrado, todos extremamente inteligentes, comprometidos, envolvidos com o programa.

Ao meu marido que é verdadeiro parceiro de vida, apoiando cada sonho, projeto, e em minhas muitas ausências às noites e finais de semana, sempre compassivo, sereno e compreensivo, sendo um pai maravilhoso e presente para nossa filha Maria Clara.

À minha filha Maria Clara, que é a grande inspiração de buscar propósitos verdadeiros e, dessa forma, poder ser uma mãe que lhe passe estímulo, alegria, e força de vida, além de mostrar-lhe que como mulher e mãe é possível alcançar projetos relevantes profissionais.

Aos meus pais e irmãos, todos extremamente competentes, centrados, honestos e sábios quanto aos verdadeiros valores de vida, eu não poderia ser mais abençoada de estar nesta família batalhadora e verdadeira.

E não poderia deixar de agradecer a Deus, sempre e a todo momento, pelo caminho abençoado que me reservou nesta jornada, pela fé, esperança, garra que me inspira, sempre em busca de dias melhores, nunca deixando de me conceder os meus mais profundos pedidos de coração.

## RESUMO

Esta dissertação de Mestrado tem por objetivo principal verificar as garantias constitucionais de limitações à sujeição passiva à improbidade administrativa, bem como sua efetividade diante das práticas dos Tribunais mais recentes. O método de estudo consiste em pesquisa dedutiva, baseada em levantamento jurisprudencial, bem como da doutrina nacional e estrangeira acerca do tema, realizando-se uma análise crítica para responder às indagações provenientes da problematização respectiva. A análise da Improbidade Administrativa se refere principalmente à confiança aos administradores públicos que é protegida pela Constituição da República atualmente vigente em seu artigo 37, obrigando-os à obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A importância científica do tema se justifica pela severidade das consequências jurídicas trazidas aos autores das condutas que sejam consideradas ímprobas, conforme estipulado Lei de Improbidade Administrativa, de nº. 8.429/92, em que pese esta possuir caráter genérico e exemplificativo, trazendo normas “em branco”, bem como controvérsias existentes até o momento, acerca de sua natureza jurídica. Além disso, há omissão no texto da Lei de Improbidade Administrativa em relação aos elementos subjetivos, dolo e culpa, necessários para sua tipificação, a depender de entendimentos jurisprudenciais, acerca desse critério. Concluiu-se que o sistema de tutela do tema, como se encontra, representa verdadeiro desestímulo ao agente público no exercício de suas funções, em virtude do alto risco, bem como dos particulares que, através de licitações, prestem serviços em obras públicas. A ação de improbidade administrativa insere seus sujeitos passivos em contexto de efeitos estigmatizantes, muitas vezes irreparáveis, no decorrer da ação, bem como posteriormente, demonstrando que é necessária mudança legislativa que garanta critérios para o julgamento de tais ações, trazendo maior segurança jurídica aos que podem sujeitar-se a estes tipos de ações.

**Palavras-chave:** Improbidade. Sujeição passiva. Agentes públicos. Garantias constitucionais.

## ABSTRACT

This Master's dissertation has as main objective to verify the constitutional guarantees of limitations to passive subjection to administrative improbity, as well as its effectiveness before the praxis of the most recent Courts. The study method consists of deductive research, based on jurisprudential survey, as well as national and foreign doctrine on the subject, carrying out a critical analysis to answer the questions arising from the respective problematization. The analysis of Ad-ministerial Improbity refers mainly to the confidence of public administrators that is protected by the Constitution of the Republic currently in force in its article 37, obliging them to obey the principles of legality, impersonality, morality, publicity and efficiency. The scientific importance of the theme is justified by the severity of the legal consequences brought to the authors of the conducts that are considered to be unfair, as stipulated in the Administrative Improbity Law, of nº. 8,429 / 92, in spite of the fact that it has a generic and exemplary character, bringing "blank" rules, as well as controversies existing up to the moment, about its legal nature. In addition, there is an omission in the text of the Administrative Improbity Law in relation to the subjective elements, intent and guilt, necessary for its classification, depending on jurisprudential understandings, regarding this criterion. It was concluded that the system of tutelage of the theme, as it stands, represents a real disincentive to the public agent in the exercise of his functions, due to the high risk, as well as to the individuals who, through public tenders, provide services in public works. The action of administrative improbity inserts its taxpayers in the context of stigmatizing effects, often irreparable, in the course of the action, as well as later, demonstrating that a legislative change is necessary to guarantee criteria for the judgment of such actions, bringing greater legal security to those who can subject themselves to these types of actions.

**Keywords:** Improbity. Passive subjection. Public agents. Constitutional guarantees.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>1 A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>15</b>
1.1 HISTÓRICO EVOLUTIVO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E REFLEXOS DA GARANTIA DA PROBIDADE NA ESFERA DA CIDADANIA .....	15
1.2 CONTROVÉRSIAS A RESPEITO DA NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES AO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....	27
1.3 DO CONTROLE DE ILEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	36
1.4 DA MORALIDADE E DOS DEMAIS PRINCÍPIOS DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A RELAÇÃO COM A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....	38
<b>2 O ELEMENTO SUBJETIVO NOS ATOS ILÍCITOS EM GERAL .....</b>	<b>45</b>
2.1 A AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO EXPRESSA DO ELEMENTO SUBJETIVO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	45
2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS ELEMENTOS NA SEARA PRIVADA E PÚBLICA.....	48
2.3 TEORIAS DO DELITO E ELEMENTO SUBJETIVO NO DIREITO PENAL .....	60
2.4 ELEMENTO SUBJETIVO NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	71
<b>3 ELEMENTOS SUBJETIVOS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ...</b>	<b>78</b>
3.1 DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL SOBRE O ELEMENTO SUBJETIVO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	78
3.1.1 Dolo.....	86
3.1.2 Culpa leve, Culpa grave e Erro Grosseiro .....	88
3.2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA OU MERA ILEGALIDADE A PARTIR DOS ELEMENTOS SUBJETIVOS.....	95
3.3 ELEMENTOS SUBJETIVOS DO AGENTE PARTICULAR – ART 3º DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	99
<b>4 REQUISITOS E PRESSUPOSTOS PARA IMPUTAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>105</b>
4.1 SUJEIÇÃO E TIPICIDADE .....	105

4.2 CRÍTICA À TIPICIDADE ABERTA E RISCO À GARANTIA DOS DIREITOS DA CIDADANIA .....	113
4.3 PRESENÇA DE “INDÍCIOS” E PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE .....	115
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>118</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>122</b>

## INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda os limites trazidos pelos entendimentos jurisprudenciais recentes e doutrinários para sujeição de agentes públicos e particulares às sanções da improbidade administrativa, evidenciando quais são estes e como têm sido considerados, diante das consequências extremamente gravosas aos que respondem pelos atos desta natureza em processos judiciais, com efeitos estigmatizantes importantes em meio à sociedade.

O texto constitucional vigente estipulou, através do parágrafo 4º do seu artigo 37, as sanções aplicáveis aos agentes que cometam atos de improbidade administrativa, estes no sentido de desonestidade e imoralidade, antes mesmo que a legislação infraconstitucional pudesse especificá-las, com o claro objetivo de evitar que estas pudessem ser dirimidas na lei específica, sendo elas: a suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Assim, constata-se considerável severidade ao infrator.

Instituiu-se a Lei 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa, e posteriormente, outras legislações infraconstitucionais que impõem a atuação do Poder Judiciário para controle dos atos administrativos e punição das respectivas infrações, justamente em razão do compromisso constituinte de combate ao ato ímprobo.

A suspensão de direitos políticos (votar e ser votado), e perda da função pública, decorrem também da condenação criminal transitada em julgado, sendo consequências automáticas previstas no inciso III do artigo 15 da Constituição Federal, independente do crime cometido, tendo como objetivo que aqueles que tenham praticado crime possam participar da política.

A indisponibilidade de bens possui característica providência cautelar, a evitar o perdimento destes para ressarcimento ao Erário, própria do Direito Processual Civil, bem como a reparação é decorrente da seara civil.

Evidencia-se, portanto, que a improbidade é considerada extremamente reprovável ao Estado Democrático de Direito, sendo considerada lado a lado com os crimes, como prática sujeita às penalidades que interferem na impossibilidade do exercício pleno dos direitos fundamentais garantidos pelo artigo 1º da Constituição Federal.

Portanto, a relevância do tema se justifica pela alta severidade das consequências jurídicas trazidas aos autores das condutas que sejam consideradas ímprobas, conforme estipula na Lei de Improbidade Administrativa, de nº. 8.429/92. E esta Lei, ao dispor acerca das condutas consideradas ímprobas, principalmente, quando do disposto dos artigos 9º, 10 e 11, possui caráter genérico e exemplificativo, trazendo normas “em branco”, em claro objetivo de incluir todas as hipóteses de desonestidade do agente público possíveis.

Ainda, não há sequer consenso acerca de sua natureza jurídica.

Desta forma, até o momento, inexistente uma sistemática da improbidade administrativa com método definido de configuração do ato como ímprobo, como por exemplo, ocorre na seara penal com os fatos delituosos.

Tudo isso ainda está sendo construído por preceitos jurisprudenciais e posicionamentos doutrinários, sendo possível inclusive mudança na própria Lei mencionada, como pretende o Projeto de Lei nº. 10.887/2018.

Importante mencionar, também, que a sistemática de controle dos atos administrativos adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o sistema da jurisdição única (de origem anglo-saxônica) impõe ao Poder Judiciário importante tarefa de rever as decisões de cunho administrativo, que são consideradas ímprobas pelo demandante judicial e, por consequência, garantir que estas estejam sendo coerentes com o arcabouço de princípios da Administração Pública, presentes na Constituição Federal.

Ou seja, cabe também ao Poder Judiciário a cautelosa análise, a evitar exageros de punição que atinjam o próprio exercício da cidadania, principalmente quando se trata de direitos políticos a serem suspensos, motivo pelo qual a análise de jurisprudência contemporânea se faz necessária para o presente trabalho.

De outro vértice, é fato que se sujeitar como réu a ações civis públicas que tratem improbidade administrativa, por si só, já traz importantes consequências jurídicas, políticas e sociais, tanto para o agente público, quanto para o particular, que sofrem a pecha de serem considerados e estigmatizados como desonestos.

Portanto, irá ser investigada neste trabalho a seguinte problemática, contendo as principais indagações: quais são os limites impostos à sujeição passiva na improbidade administrativa, ou melhor, qualquer ato produzido por agente público será configurado como ímprobo? Qual conjunto de normas tem sido aplicáveis como critérios de sistematização desta

norma, que possui caráter genérico? Qual tem sido o entendimento da jurisprudência hodierna dentro deste cenário?

Dentro desse contexto, em primeiro lugar será traçado um histórico acerca do surgimento da Lei de Improbidade Administrativa e sua origem semântica, sendo analisado, a qual órgão cabe o controle dos atos administrativos no modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, os princípios da administração pública, e o sentido da moralidade em relação à improbidade administrativa, bem como, as considerações sobre a natureza jurídica controvertida da mencionada Lei.

No segundo capítulo serão investigados os elementos subjetivos nas searas cível, penal e do Direito Administrativo Sancionador, com as principais vertentes e entendimentos.

Ao terceiro capítulo caberá a investigação dos elementos subjetivos especificamente na improbidade administrativa, sendo trazidos entendimentos atuais e anteriores do Superior Tribunal de Justiça e suas discussões mais relevantes.

Por último, o capítulo quarto possui o objetivo de analisar a sistemática de sujeição, tipificação, e caráter normativo “em branco” das normas da Lei de Improbidade Administrativa.

O método de estudo consiste em pesquisa dedutiva, baseada em levantamento de dados da jurisprudência contemporânea, bem como da doutrina nacional e estrangeira acerca do tema, realizando-se uma análise crítica para responder às indagações propostas. Os referenciais teóricos utilizados principalmente são de Sérgio Turra Sobrane, Fábio Medina Osório e Fernando Capez.

## **2 A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO**

### **2.1 HISTÓRICO EVOLUTIVO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E REFLEXOS DA GARANTIA DA PROIBIDADE NA ESFERA DA CIDADANIA**

Público e particular, conceitos que, apesar de intuitivamente distintos ao leitor, sua confusão representa o surgimento embrionário da sociedade brasileira, a qual, conforme Sérgio

Turra Sobrane “(...)sempre apresentou uma crônica propensão de apropriação do público pelo particular, em benefício próprio em detrimento dos contribuintes”.<sup>1</sup>

Faoro também aponta em sua obra, que essa indistinção é cultural e histórica, sendo nossa herança, a qual devemos combater. Ele destaca que o Brasil se converteu em três séculos de assimilação, no herdeiro de uma longa história de controle através do estamento, de forma patrimonialista, um controle baseado na vontade do rei e não em prol da nação, não havendo separação entre o patrimônio público e o privado, criticando que este sistema permanece até atualmente, mesmo sem os brasões, de forma disfarçada.<sup>2</sup>

Portanto, a nossa herança é advinda da confusão da res publica, gerando uma quase não separação entre o que é bem público (Estado) e o que é o bem privado. Neste sentido, Lênio Streck, ao analisar referida indistinção na obra de Faoro, menciona:

Patrimonialista porque os titulares do poder se apoderam do aparelhamento estatal de tal forma que acaba por gerar uma quase indistinção entre o que é bem público (Estado) e o que é o bem privado; ou seja, trata-se da utilização dos espaços estatais para realização e administração de interesses de origem privada. Isso tem consequências sérias. O estamento, por outro lado, é o que dá forma a esse exercício patrimonialista do poder.

Trata-se de uma verdadeira casta que assume o controle do Estado, governando-o de acordo com seus interesses. Portanto, os estamentos, vistos a partir de *Os Donos do Poder*, mostra-nos que, em determinadas circunstâncias, o Brasil é ainda pré-moderno. Temos uma sociedade de estamentos, que “ficam de fora” da classificação tradicional de classes sociais.<sup>3</sup>

O atual arcabouço jurídico brasileiro, referente aos atos de improbidade administrativa, possui o objetivo de repreender e punir condutas que venham a ferir os princípios da

<sup>1</sup> SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa**. Aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada. São Paulo: Atlas, 2010, p.7.

<sup>2</sup> Destaca-se que para Faoro o patrimonialismo permanece até atualmente, mesmo sem os brasões, de forma disfarçada, continuando a não imperar a vontade do povo. E neste sentido, importa transcrever brilhante conclusão de sua obra: “O patriciado, despido de brasões, de vestimentas ornamentais, de casacas ostensivas, governa e impera, tutela e curatela. O poder – a soberania nominalmente popular – tem donos, que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre. O chefe não é um delegado, mas um gestor de negócios, gestor de negócios e não mandatário. O Estado, pelo cooptação sempre que possível, pela violência se necessário, resiste a todos os assaltos, reduzido, nos seus conflitos, à conquista dos membros graduados de seu estado-maior. E o povo, palavra e não realidade dos contestatários, que quer ele? Este oscila entre o parasitismo, a mobilização das passeatas sem participação política, e a nacionalização do poder, mais preocupado com os novos senhores, filhos do dinheiro e da subversão, do que com os comandantes do alto, paternos e, como o bom príncipe, dispensários de justiça e proteção. A lei, retórica e elegante, não o interessa. A eleição, mesmo formalmente livre, lhe reserva a escolha entre as opções que ele não formulou. (...) **Deitou-se remendo de pano novo em vestido velho, vinho novo em odres velhos, sem que o vestido se rompesse nem o odre rebentasse.**” (Grifo nosso). FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 87 e p. 837.

<sup>3</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 30.

Administração Pública, no sentido de que o agente público atue sempre em prol da coletividade, tratando com honestidade e diligência a coisa pública.

Chama a atenção que o conceito de patrimônio público tenha sido definido somente na Lei 4.717 de 29 de junho de 1965, a qual regulamentou a ação popular.

Portanto, antes de se adentrar à análise da atual legislação, é importante percorrer o caminho histórico até a atualidade a respeito do surgimento da Lei de Improbidade Administrativa vigente, tendo em mente que se vivencia a real distinção de patrimônio público e privado somente há poucas décadas.

No Brasil, a Constituição do Império, de 25 de março de 1824, organizada pelo Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, já previa a possibilidade de punição dos Ministros de Estado por diversos atos de improbidade administrativa<sup>4</sup>, através do artigo 133 do referido Diploma Constitucional.<sup>5</sup>

Além da punição aos Ministros do Estado, a Constituição Imperial também fez referência à proibidade dos Conselheiros das Províncias, como requisito de elegibilidade, havendo normas específicas em relação aos juízes por abuso de poder e prevaricação, além da prática de suborno, peita, peculato e concussão, situações em que cabia ação popular.<sup>6</sup> O artigo 154 da referida Constituição dispunha a respeito da possibilidade de suspensão do magistrado, decretada pelo Imperador.<sup>7</sup>

Sobrane<sup>8</sup> assevera, a respeito do período pós colonial, em que se iniciou o regime constitucional Imperial de 1824, contando que foram contempladas normas inibidoras da “ambiciosa voracidade pelo dinheiro público”, sendo atribuído à Assembleia Geral, composta pelas Câmaras dos Deputados e dos Senadores, a competência para “fixar anualmente as despesas públicas, e repartir a contribuição directa”, além de “autorizar ao Governo, para contrahir

---

<sup>4</sup> SILVEIRA. Sebastião Sérgio da. **Aspectos processuais da lei de improbidade administrativa**. Disponível em: <[https://www.academia.edu/20309\\_058/Alguns\\_aspectos\\_pro\\_cessuais\\_controvertidos\\_da\\_lei\\_de\\_improbidade\\_administrativa](https://www.academia.edu/20309_058/Alguns_aspectos_pro_cessuais_controvertidos_da_lei_de_improbidade_administrativa)>. Acesso em: 26 set. 2019.

<sup>5</sup> Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsáveis:

- I. Por traição.
- II. Por peita, suborno ou concussão.
- III. Por abuso do Poder.
- IV. Pela falta de observancia da Lei.

V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos.

<sup>6</sup> SOBRANE. Sérgio Turra. **Improbidade administrativa. Aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 8.

<sup>7</sup> Art. 154. O Imperador poderá suspendê-los por queixas contra elles feitas, precedendo audiência dos mesmos Juizes, informação necessária, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão remetidos à Relação do respectivo Districto, para proceder na fôrma da Lei.

<sup>8</sup> SOBRANE. Sérgio Turra. **Improbidade administrativa. Aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 7.

empréstimos” e “regular a administração dos bens Nacionaes, e decretar sua alienação”, mencionado os incisos X, XIII e XV do art. 15.

Assim, com relação à Constituição Imperial, havia dispositivos legais focados no controle orçamentário, no sentido de haver uma fiscalização financeira dos atos praticados pelos administradores públicos, atribuindo-se ao Poder Legislativo referida missão, e, ainda que não expressamente inseridos atos de improbidade, foi dado regramento geral para condutas de agentes da Administração Pública, sem, no entanto, disposições mais elaboradas a respeito das punições.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891, de forma pioneira, tipificou como crime de responsabilidade do Presidente, a prática de atos atentatórios contra a “probidade da administração” e a má guarda e emprego de dinheiro público<sup>9</sup>, conforme preleciona Sebastião Sérgio da Silveira. Foi através desta normativa constitucional que a expressão destacada ingressou no ordenamento jurídico, conforme se verifica pelo seu artigo 54.<sup>10</sup>

Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho e Cristiana Fortini Pinto e Silva asseveram, a respeito do sentido do termo “probidade da administração”, que foi empregado por Rui Barbosa, importante contribuinte para a referida configuração de texto da Constituição Federal de 1891, como sendo “virtude, honestidade pessoal, em sentido geral – assim como “probidade da administração”, como honestidade no trato da coisa pública, garantindo-se a separação entre público e o privado, e assim, a igualdade republicada.”<sup>11</sup>

Estes autores suscitam importante detalhe a respeito do sentido da probidade e seu desígnio na Constituição de 1891: “Sua proteção surge no quadro da ultrapassagem do princípio da irresponsabilidade política do Chefe de Estado, que marcava o sistema constitucional de 1824 – revelando seu compromisso republicano.” O sentido da probidade administrativa, para eles portanto, analisando este dispositivo constitucional e o artigo 75 da Constituição de 1824<sup>12</sup>, tem relação com o sentido de honestidade direcionada ao trato da coisa pública.<sup>13</sup> Destaca-se o que referidos autores sustentam a respeito do sentido de probidade:

<sup>9</sup> SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Alguns aspectos processuais controvertidos da lei de improbidade administrativa. In: **Temas avançados de direito privado e processo**: estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos. TEOTÔNIO, Paulo José Freire et al (Coords.). Leme: Editora Pensamentos & Letras, 2010, p. 352.

<sup>10</sup> Art 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra: (...) 6º) a probidade da administração;

7º) a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos

<sup>11</sup> COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; PINTO E SILVA, Cristiana Maria Fortini. A pena de suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa e a Constituição. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v. 24, n. 3, 2019, p. 101. Disponível em: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i31682>. Acesso em: 19 out. 2020.

<sup>12</sup> Art. 75. A idade de vinte e cinco annos, probidade, e decente subsistencia são as qualidades necessarias para ser Membro destes Conselhos. Constituição de 1824.

<sup>13</sup> COELHO; PINTO; SILVA, op. cit., p. 103.

Trata-se, o ato ímprobo de ato próprio de quem não se comporta em atenção aos deveres da honestidade e da seriedade. Este é o sentido da palavra à luz de sua etimologia.<sup>14</sup>

Vejamos as origens latinas da palavra. *Probitas*, substantivo: correição, honestidade, probidade. *Probo*, verbo transitivo, aprovar, estimar, recomendar, certificar; dar assentimento, dar aprovação, dar sanção; deixar; examinar, testar, provar, demonstrar; tornar-se aceito. *Probe*, advérbio: propriamente, corretamente.<sup>15</sup>

Desta forma o dever de honestidade<sup>16</sup> referente à coisa pública, ou, a probidade administrativa, teve sua primeira tutela na seara penal, como crime de responsabilidade do Presidente da República.

O Decreto nº. 27, de 7 de janeiro de 1892 regulamentava o processo e julgamento do Presidente da República e dos Ministros do Estado, em relação à punição, constavam dos artigos 26 e 32, a destituição do cargo de Presidente da República do momento em que a sentença fosse proferida e em relação aos Ministros do Estado, impondo-se a perda do cargo e a incapacidade para exercício de outro, além de responderem por “acção da justiça ordinaria”.<sup>17</sup>

Houve, também, com a Constituição de 1891 a criação do Tribunal de Contas, conforme seu artigo 89, dispondo a respeito da verificação da legalidade das contas antes de serem prestadas ao Congresso.

Assim, verifica-se que de 1824 a 1892 ocorreu evolução dos dispositivos legais de controle da Administração Pública, ainda que não houvesse um mecanismo preciso para o combate ao ato de improbidade administrativa.

A Constituição de 13 de julho de 1.934 reproduziu os mesmos dispositivos da anterior, relativamente aos crimes de responsabilidade do Presidente da República, inserindo-os, em seu artigo 57, alíneas “f” e “g”, tendo a Constituição de 1.937 reproduzido o mesmo conteúdo dos dois anteriores dispositivos, todavia, fundindo-os em uma mesma alínea (d) de seu artigo 85.

---

<sup>14</sup> Ibid., p.101.

<sup>15</sup> Ibid., p.101.

<sup>16</sup> Cabe destacar importante conceituação que Nuno e Cristiana fazem a respeito da improbidade administrativa: “Os dois ingredientes identificados na gênese republicana do conceito – improbidade como desonestidade, maldade e deslealdade; e improbidade como lesão à igualdade e à impessoalidade, como apropriação do público pelo privado – seguem integrados no discurso constitucional brasileiro, desde 1891.”

<sup>17</sup> Art. 26. (...)

No caso de condenação, entende-se que o acusado fica destituído do cargo de Presidente da República desde o momento em que a sentença for proferida.

Art. 32. Os ministros de estado, nos crimes communs ou de responsabilidade connexos com os do Presidente da República, serão processados e julgados pela autoridade competente para o julgamento deste, não lhes podendo o Senado impôr, nos crimes de responsabilidade, outras penas mais que a perda do cargo e a incapacidade para exercer qualquer outro, sem prejuizo da acção da justiça ordinaria.

Sobre o mesmo tema, a Constituição de 1.946 repetiu os dispositivos das anteriores (artigo 89, incisos V e VII), mas promoveu um grande avanço, em seu artigo 141, como direito e garantia individual, a possibilidade de sequestro e perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito.<sup>18</sup>

Sobrane<sup>19</sup> afirma que o artigo 141 constituiu o marco inicial do controle do ato administrativo pela via judicial, por iniciativa do próprio cidadão, tendo em vista que foi disciplinado pela Lei nº. 4.717, de 29 de junho de 1965, que não só regulou a ação popular, mas introduziu a definição de patrimônio público.

Observa-se o conceito que a Lei mencionada deu ao patrimônio público: “§ 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.”

O artigo 141, §31, assim dispunha: “A lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.” A Lei que regulamentou tal dispositivo foi a Lei Federal nº. 3.164, de 1º de junho de 1957, conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha.

No entanto, não havia nesta Lei as especificações de condutas passíveis de sequestro, entendendo-se que seriam as condutas tipificadas no Código Penal como crimes contra a Administração Pública.<sup>20</sup>

Waldo Fazzio Júnior assevera a respeito da Lei Bilac Pinto o que segue:

A Lei Bilac Pinto foi editada para regular o sequestro e perdimento de bens, nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função. Portanto, seu horizonte de proteção à regularidade administrativa e à *res publica* era limitado, não contemplando especificamente hipóteses de lesão ao erário e sequer cogitando de eventual sancionamento da inobservância, sem outros efeitos, de princípios e deveres administrativos.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Alguns Aspectos Processuais Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa. In **Temas avançados de direito privado e processo**: estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos. TEOTÔNIO, José Freire et al (Coords.). Leme: Editora Pensamentos & Letras, 2010, p. 353.

<sup>19</sup> SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa. Aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010, p.7.

<sup>20</sup> BRASIL. LEI Nº 3.164, DE 1º DE JUNHO DE 1957.

Art. 1º São sujeitos a sequestro e à sua perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprêgo em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquêle incorrido.

§ 1º As medidas prescritas neste artigo serão decretadas no juízo civil, observadas as disposições da lei processual.

§ 2º O processo será promovido por iniciativa do Ministério Público ou de qualquer pessoa do povo.

Art. 2º A extinção da ação penal ou a absolvição do réu incurso nos crimes capitulados no Título XI da Parte Especial do Código Penal ou em outros crimes funcionais, de que resulte locupletamento ilícito, não excluirá a incorporação à Fazenda Pública dos bens de aquisição ilegítima, ressalvado o direito de terceiros de boa-fé.

<sup>21</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 7.

Posteriormente foi sancionada a Lei Bilac Pinto (Lei nº. 3.502 de 21 de dezembro de 1958), que também tratou do sequestro e perdimento de bens e casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de poder, conceituando servidor público e tipificando as respectivas infrações.

Fazzio Júnior preleciona a respeito desta norma infraconstitucional:

Importante insistir que esse diploma legal tinha por objeto, apenas, os casos de enriquecimento ilícito; portanto, só uma das modalidades do gênero “improbidade administrativa”. Nesse aspecto, guardava a necessária compatibilidade, com os ditames constitucionais então em vigor, sobre a matéria, cuja apatia não lhes permitia enxergar além das relações singulares entre o agente público e a Administração.<sup>22</sup>

Quando da edição dessa Lei, já existia a chamada “zona cinzenta” com relação à natureza das sanções decorrentes dos atos de improbidade administrativa, como menciona Fernando Capez<sup>23</sup>, pois deparava-se o intérprete com o complexo problema de classificação destas às áreas: administrativa, penal ou civil.

De qualquer maneira, a Lei Bilac Pinto aperfeiçoou o sistema de repressão aos atos de corrupção na Administração Pública, embora tenha sido pouco utilizada, pois era adstrita às hipóteses de enriquecimento ilícito do servidor público.<sup>24</sup> Importante analisar, porém, que a sanção não tinha natureza política, estando restrita ao ressarcimento dos danos.

Sebastião Sérgio da Silveira<sup>25</sup> sustenta que referida Lei trouxe retrocessos, porquanto concedeu legitimação somente para pessoa jurídica lesada, para ajuizamento da medida judicial, bem como estabeleceu prazo exíguo para sua propositura.

A Emenda Constitucional nº. 14, de 3 de junho de 1965, modificou o artigo 139<sup>26</sup> da Constituição vigente à época, instituindo regras específicas referentes à inelegibilidade para os cargos de Presidente da República, Governador, Prefeito e respectivos vices.

<sup>22</sup> Ibid., p. 9.

<sup>23</sup> CAPEZ, Fernando. **Improbidade administrativa. Limites constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 195-196.

<sup>24</sup> SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa. Aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 13.

<sup>25</sup> SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Alguns Aspectos Processuais Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa. In: **Temas Avançados de Direito Privado e Processo: estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos**. TEOTÔNIO, Paulo José Freire et al (Coords.). Leme: Editora Pensamentos & Letras, 2010, p. 354.

<sup>26</sup> Art. 139. São também inelegíveis: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1965 (Vide art 2º da Emenda Constitucional nº 14, de 1965)

I - Para Presidente e Vice-Presidente da República: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1965)  
(...)

Sobrane<sup>27</sup> expõe a respeito da evolução da punição da improbidade administrativa:

Ressalva-se que a probidade administrativa, antes consagrada no plano constitucional apenas como crime de responsabilidade do Presidente da República e seus Ministros e como razão determinante de intervenção nos Estados e Municípios, passou a ser motivo de inelegibilidade, criando empecilho para que os agentes declarados ímprobos voltassem a ocupar cargos públicos eletivos.

Após, vieram os Atos Institucionais nº. 1 e 2, em 1964 e 1965 respectivamente, com a implantação da ditadura militar. Com o Ato Institucional nº. 1, manteve-se a Constituição de 1946, estabelecendo, por meio do §1º do artigo 7º, que no prazo de 6 (seis) meses as garantias constitucionais ficariam suspensas, sem prejuízo das sanções penais, sendo que os titulares de tais garantias poderiam ser demitidos ou dispensados, em caso de infração contra a segurança nacional, o regime democrático e a probidade da administração pública<sup>28</sup>.

O Ato Institucional nº. 2, por meio de modificações na Constituição de 1946 inseriu dentro da mesma a primeira descrição de crime de responsabilidade contra a probidade administrativa, através do artigo 23<sup>29</sup>. No entanto, essa conduta descrita no artigo mencionado não foi acolhida pelo Decreto-Lei nº. 201, que descreveu os crimes de responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores.

A norma mais grave já vista na história legislativa referente à probidade administrativa, certamente, é o artigo 8º do Ato Institucional nº. 5, de 13 de dezembro de 1968, a qual previa que o Presidente da República poderia decretar o confisco de bens de todos quantos

---

b) até seis meses depois de afastados definitivamente as funções, os governadores, os interventores federais nomeados de acordo com o artigo 12, os Ministros de Estado, o Prefeito do Distrito Federal e os presidentes, superintendentes e diretores dos bancos de cujo capital a União seja acionista majoritária; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1965).

(...)

II - Para governador e vice-governador: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1965)

(...)

b) até um ano depois de afastados definitivamente das funções, o Presidente, o Vice-Presidente da República e os substitutos que haja assumido a presidência (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1965).

<sup>27</sup> SOBRANE. op. cit., p. 14.

<sup>28</sup> Art. 7º - Ficam suspensas, por seis (6) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade.

§ 1º - Mediante investigação sumária, no prazo fixado neste artigo, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos ou dispensados, ou ainda, com vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, mediante atos do Comando Supremo da Revolução até a posse do Presidente da República e, depois da sua posse, por decreto presidencial ou, em se tratando de servidores estaduais, por decreto do governo do Estado, desde que tenham tentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública, sem prejuízo das sanções penais a que estejam sujeitos. (Vide Lei Complementar nº 5, de 1970).

<sup>29</sup> Art. 23 - Constitui crime de responsabilidade contra a probidade na administração, a aplicação irregular pelos Prefeitos da cota do imposto de Renda atribuída aos Municípios pela União, cabendo a iniciativa da ação penal ao Ministério Público ou a um terço dos membros da Câmara Municipal.

tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício da função pública, sem prejuízo das sanções penais cabíveis<sup>30</sup>.

Tal dispositivo legal garantiu o caráter centralizador do regime ditatorial, conferindo amplos poderes ao Presidente da República para confiscar bens de todos que se enriquecessem ilicitamente no exercício de cargo ou função pública.

Débora Bithiah de Azevedo e Márcio Nuno Rabat<sup>31</sup> asseveram em sua obra os efeitos nefastos deste período, com suspensão de direitos políticos de parlamentares, fossem da situação ou oposição:

De fato, em poucos meses depois de editado o AI-5, que fornecia o enquadramento normativo da repressão, uma série de decretos veio concretamente casar mandatos e suspender direitos políticos de parlamentares nos âmbitos federal, estadual e municipal. O Decreto de 30 de dezembro de 1968, que abriu a série, já começou com onze deputados federais. Diplomas semelhantes se sucederam em 16 de janeiro, 7 de fevereiro, 13 de março e 29 de abril de 1969. Após uma pausa, mais decretos da mesma natureza foram assinados, em 11 de setembro e 30 de setembro de 1969, já pela junta militar que substituiu o general Costa e Silva na chefia do governo. Terminado o ciclo, tinham sido completamente subvertidos os resultados que as urnas exprimiram nas eleições já muito deturpadas de 1966. Ficava claro que não havia espaço para qualquer oposição parlamentar digna do nome.

Observa-se que a Lei 3.502/58 (Lei Bilac Pinto) somente foi revogada de forma expressa quando da promulgação da Lei vigente de improbidade administrativa, 8.429/92, em que pese o predomínio das normas do Ato Institucional nº. 5, que se centralizava no Poder Executivo, decretando confisco de bens por meio de apuração administrativa sumária.<sup>32</sup>

Posteriormente, a Constituição de 1967 impôs à legislação infraconstitucional a regulamentação sobre perdimento de bens em caso de dano ao erário, com a Emenda nº. 11 de 13 de outubro de 1978.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Art. 8º - O Presidente da República poderá, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Parágrafo único - Provada a legitimidade da aquisição dos bens, far-se-á sua restituição.

<sup>31</sup> AZEVEDO, Débora Bithiah de; RABAT, Márcio Nuno. **Parlamento mutilado – Deputados federais cassados pela Ditadura de 1964**. Brasília: Biblioteca Digital Câmara. Edições Câmara. 2012, p. 109. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/11574>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

<sup>32</sup> SOBRANE. Sérgio Turra. **Improbidade administrativa. Aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 18-17.

<sup>33</sup> Art. 153 - .....

§ 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, nem de banimento. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação penal aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento no exercício de função pública.

Portanto, com essa digressão história, podemos verificar a persecução dos atos de improbidade administrativa de formas diferentes, no início mais superficial, sem disposições a respeito das penalidades, posteriormente, de forma totalmente repressiva e rígida durante a Ditadura, sem possibilidade de qualquer revisão.

A Constituição atual, de 1988, veio como forte resposta de superação à ditadura militar, especialmente sensível ao tema dos direitos políticos, como afirmam Nuno Manuel Morgadinho Coelho e Cristiana Fortini Pinto e Silva, enfatizando:

Os direitos políticos foram gravemente restringidos pelo regime autoritário instaurado pelo golpe civil-militar de 1964, e importa ler a Constituição e 1988 como resposta história enfática comprometida com a democracia e os direitos fundamentais – e em especial com o respeito aos direitos políticos.<sup>34</sup>

Diante de referida análise, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho e Cristiana Fortini Pinto e Silva<sup>35</sup> sustentam o quão rígida é a possibilidade da perda de direitos públicos ou suspensão, hipóteses previstas no artigo 15<sup>36</sup> da Constituição Federal e no parágrafo 4º do artigo 37<sup>37</sup> da mesma, este último, a referência constitucional da improbidade administrativa na atualidade.

Portanto, tutela da improbidade administrativa teve sua primeira disposição na área penal, concernente ao crime de responsabilidade, com seu sentido referente à desonestidade no trato com a coisa pública, passando a ser, *a posteriori*, motivo também de inelegibilidade.

Ou seja, sua tutela originou-se da seara penal, podendo ser este o motivo pelo qual há certa dificuldade em sua simetria dentro da seara cível, conforme estabeleceu-se pelo §4º do artigo 37 da Constituição Federal. Este item será discutido a seguir para abordar-se a natureza jurídica da Lei de Improbidade Administrativa.

---

<sup>34</sup> COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; PINTO E SILVA, Cristiana Maria Fortini. A pena de suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa e a Constituição. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v. 24, n. 3, 2019, p. 106. Disponível em: <<https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i31682>>. Acesso em: 19 out. 2020.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>36</sup> Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - Improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

<sup>37</sup> 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:

(...)<sup>4º</sup> Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Em decorrência das sanções cabíveis quando do cometimento de ato ímprobo, especialmente no que diz respeito a suspensão de direitos políticos, observa-se que este tema é de grande relevância dentro do aspecto da cidadania.

Canotilho, em referência à Declaração de Direitos de 1789, proveniente da Revolução Francesa, que se intitulou Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, distinguia os direitos do homem dos direitos do cidadão: “os primeiros pertencem ao homem enquanto tal; os segundos pertencem ao homem enquanto ser social, isto é, como indivíduo vivendo em sociedade”, pressupondo uma separação “entre direito individual e direito político.”<sup>38</sup>

Sebastião Sérgio da Silveira<sup>39</sup>, utilizando-se como referência Thomas Marshall, preleciona que o conceito de cidadania foi por este idealizado, ao propor a chamada teoria sociológica, em que se inserem direitos inerentes à condição humana, sendo estes direitos civis, políticos e sociais, destacando que:

Em clara evolução, a Constituição da República brasileira avançou sobre as concepções clássicas de cidadania e a reconheceu em um conceito, ampliando, possibilitando, o seu relacionamento com os novos direitos, incluindo os direitos metaindividuais, os decorrentes e pesquisa biológica e científica, do patrimônio genético, do avanço tecnológico e pelo direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Isso decorre da concepção aberta dos direitos fundamentais e de cidadania, conforme observado por Jorge Miranda.<sup>40</sup>

Assim, a cidadania surge como expressão dos direitos políticos, além dos direitos civis e sociais, havendo, porém, um sentido totalmente ampliado, conforme J. J. Calmon de Passos:

Cidadania, portanto, engloba mais que direitos humanos, porque além de incluir os direitos que a todos são atribuídos, em virtude de sua condição humana, abrange, ainda, os direitos políticos. Correto, por conseguinte, falar-se numa dimensão política, numa dimensão civil e numa dimensão social da cidadania. Ser cidadão implica na efetiva atribuição de direitos nas três esferas mencionadas, porque careceria de sentido participar do governo sem condições de fazer valer a própria autonomia, bem como sem dispor de instrumentos asseguradores das prestações devidas, pelo Estado, em nome da igualdade de todos.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra/PT: Edições Almedina, 2018, p. 393-394.

<sup>39</sup> SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Constituição, cidadania e a concretização dos direitos coletivos**. Curitiba: Juruá Ebooks, 2015, s.p

<sup>40</sup> SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Constituição, cidadania e a concretização dos direitos coletivos**. Curitiba: Juruá Ebooks, 2015, s.p

<sup>41</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania tutelada. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3196>>. Acesso em: 20 out. 2020.

Portanto, as sanções da improbidade administrativa, quais sejam, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, dispostas pelo parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição, refletem diretamente no exercício pleno da cidadania do agente infrator, sendo necessário considerar todo o arcabouço de garantias que atualmente há no ordenamento jurídico brasileiro, para que não ocorram excessos que incumbam em penalidades desproporcionais.

Atualmente, tais atos estão dispostos pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992), a qual, surgiu como um grande Código de conduta dentro da administração pública, no sentido de punir atos que lesem este novo sistema cultural, tornando o agente público verdadeiro porta voz dos interesses da coletividade.

Destaca-se que a Lei 8.429/88 foi sancionada pelo Presidente Fernando Collor, nome que intuitivamente faz lembrar escândalos de corrupção.

A respeito da Lei de Improbidade Administrativa ser concebida como verdadeiro Código de conduta, Fábio Medina Osório<sup>42</sup> assevera:

A LGIA, em nosso entender, encaixa-se nesse conceito de “Código”, por suas características fundamentais, tendo por objeto central regular a “conduta” de todos os agentes públicos brasileiros, com a cominação de sanções jurídicas às posturas transgressoras. Nesse passo, há uma aproximação a determinados modelos regulatórios que, vigentes em outros cenários, buscam primordialmente a implementação de valores éticos. Não obstante essa aproximação, diante da variedade das espécies codificatórias em jogo, a LGIA assume suas feições peculiares e sua própria identidade no sistema constitucional pátrio, reclamando o reconhecimento de seu regime jurídico e sua singularidade nos cenários de direito comparado.

O mesmo autor acima citado<sup>43</sup> sustenta que a Lei de Improbidade Administrativa é um Código Geral de conduta de todos os agentes públicos da nação, tendo alcance unitário a todos os servidores públicos brasileiros, de forma democrática e “no melhor estilo republicano”.

A Lei de Improbidade Administrativa dispõe basicamente a respeito de três tipos de atos de improbidade, quais sejam, os referentes ao enriquecimento ilícito, conforme artigo 9º desta, os que causem prejuízo ao erário, dispostos no artigo 10 e os que atentem contra os princípios da Administração Pública, conforme estabelece o artigo 11.

No entanto, a mencionada Lei possui grande amplitude dispositiva, ou seja, traz tipificação bastante aberta dos atos de improbidade administrativa, e suas punições são de extrema severidade, como por exemplo, a sanção de suspensão dos direitos políticos, que restringe

---

<sup>42</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa, má gestão pública – corrupção – ineficiência**. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 163.

<sup>43</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa, má gestão pública – corrupção – ineficiência**. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 172.

os direitos políticos ativos e passivos garantidos pela Constituição da República a qualquer cidadão, sendo que o caput do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa estabelece que tais sanções podem ser fixadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do dano.

A grande problemática desta Lei é não possuir um parâmetro científico, ou seja, não há uma Teoria da Improbidade Administrativa instituída, em que pese haver diversas doutrinas que detém referido desígnio, e que, ao longo deste trabalho, serão mencionadas, no sentido de restarem claro, os critérios dogmáticos estabelecidos para a consideração do ato como ímprobo, para sua determinação objetiva da penalidade, motivo este que faz surgir uma grande dificuldade de encontrar claramente segurança de que os princípios perpetrados pela Constituição Federal, para garantia da cidadania, como legalidade, dignidade da pessoa humana, dentre outros, sejam de fato exercidos.

Capez, a respeito disso, preleciona:

**Desse modo, a opção legislativa, destituída de qualquer parâmetro científico, mas levada a efeito por critérios de política criminal, os quais são informados pelos anseios da sociedade num determinado momento histórico ou pela conveniência de uma classe política dominante, pode levar o destinatário da norma a sofrer os influxos dos institutos e regras de um ou outro ramo do Direito, conforme a livre opção do legislador.**

Percebe-se, portanto, que, na ausência de uma distinção ontológica entre os ilícitos, não há um critério apto a delinear a sua natureza jurídica. (...)Sucedo que, num estudo aprofundado da lei, percebe-se a existência de ilícitos em diplomas extrapenais que, em tese, possuiriam elementos de um ilícito penal. Assim, formalmente não são penais, mas na essência impõem os mesmos ônus, o mesmo constrangimento, a mesma carga repressiva e atentatória aos direitos do cidadão. Trata-se de uma zona cinzenta à qual somente o intérprete da lei poderá proporcionar um feixe de luz. <sup>44</sup> **(grifo nosso)**

Assim, em que pese claro avanço legislativo para regulamentar o que a Constituição Federal, através de seu artigo 37, preceitua, é necessário maior evolução para alcançar patamar interpretativo, que garanta segurança do ponto de vista dogmático para sua incidência nos casos concretos.

Esta preocupação se volta não somente aos agentes públicos, cujos atos estão sempre sob os holofotes da persecução quanto à moralidade e probidade de seus atos<sup>45</sup>, mas também, em relação ao particular. E tal porque, no artigo 3º está designado claramente que a sua

<sup>44</sup> CAPEZ, Fernando. **Teoria da improbidade administrativa limites constitucionais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 180.

<sup>45</sup> Neste sentido, o artigo 4º da Lei de Improbidade Administrativa assim dispõe: Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

incidência também incorrerá ao particular, que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

## 1.2 CONTROVÉRSIAS A RESPEITO DA NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES AO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Há, ainda, controvérsias acerca da natureza jurídica das sanções ao ato de improbidade administrativa. Sebastião Sérgio da Silveira, no entanto, sustenta que é de natureza, indubitavelmente, civil suas sanções<sup>46</sup>, diante da Lei 8.429/92 e da ação judicial cabível para tanto, destacando que o parágrafo 4º<sup>47</sup> do artigo 37 da Constituição da República vigente dispõe sobre as respectivas punições, excepcionando-se expressamente que não haverá prejuízo de eventual ação penal cabível. O autor, ainda, aprofunda a observação sobre referido entendimento, conforme a seguir transcreve-se:

Na doutrina, também é pacífico que o traço principal da responsabilidade penal é “a pena criminal, como sanção específica do Direito Penal”. **Assim, sem a existência da previsão legal de uma sanção penal, não é possível falar-se em responsabilidade penal, já que o sistema repressivo somente é integrado por normas jurídicas que “tem por objetivo a determinação das infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes - penas e medidas de segurança.”** Impossível, pois, dar vazão à tese de que as sanções previstas na Lei de Improbidade possuem natureza criminal. Por outro lado, o reconhecimento de que as mesmas possuem natureza civil afasta, de forma definitiva, a alegação de *bis in idem*.<sup>48</sup> **(grifo nosso)**

Referido autor preleciona a natureza jurídica da Lei de Improbidade Administrativa, dentro da celeuma que existia a respeito da possibilidade de gerar *bis in idem* aos agentes políticos que respondessem nos termos dessa norma infraconstitucional, e nos termos do artigo 85 da Constituição Federal, completado pela Lei 1.079/50, a qual define os crimes de responsabilidade, e regula o respectivo processo de julgamento.

Destaca-se que anteriormente entendia-se que os agentes de Estado, “por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992)”, conforme decisão da Reclamação 5909 proferida pelo

<sup>46</sup> SILVEIRA. Sebastião Sérgio da. Alguns aspectos processuais controvertidos da lei de improbidade administrativa. In: **Temas avançados de direito privado e processo**: estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos. TEOTÔNIO, Paulo José Freire et al (Coords.). Leme: Editora Pensamentos & Letras, 2010, p. 355.

<sup>47</sup> Art. 37 (...) § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

<sup>48</sup> SILVEIRA. Sebastião Sérgio da. Alguns aspectos processuais controvertidos da lei de improbidade administrativa. In: **Temas avançados de direito privado e processo**: estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos. TEOTÔNIO, Paulo José Freire et al (Coords.). Leme: Editora Pensamentos & Letras, 2010., p. 355-356.

Ministro Gilmar Mendes<sup>49</sup> e justamente porque interpretava-se que a natureza jurídica da Lei de Improbidade Administrativa era penal.

No entanto, pelo precedente da petição nº 3.923/ SP<sup>50</sup>, decidiu-se que os agentes políticos estão sujeitos ao processo por ato de improbidade administrativa, sem direito a foro especial, havendo na realidade duas normativas a respeito da improbidade administrativa, sendo uma da própria Lei de Improbidade Administrativa, a qual inclusive não somente prevê sanções para os agentes públicos, mas como também para particulares envolvidos no ato de improbidade e a outra prevista pela Lei 1.079/50, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade do Presidente da República ou Ministros de Estado, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal ou do Procurador Geral da República.

Concluiu-se, em tal julgamento, portanto, que são normas diversas, ainda que estejam a garantir o mesmo princípio constitucional, qual seja, o da moralidade na administração pública, não existindo impedimento para que ambas possam incidir sobre condutas puníveis pelos seus respectivos dispositivos legais. Até porque, uma disciplina o artigo 37 e a outra o 85 da Constituição Federal.

Diante disso, claro está que a natureza jurídica da Lei de Improbidade Administrativa sempre foi controvertida, e um fator contributivo para referida celeuma, além de sua origem ter sido como crime de responsabilidade, dentro da seara penal, conforme apontado no tópico anterior, também advém do seu aspecto verdadeiramente multidisciplinar da Lei de Improbidade Administrativa. Neste sentido é que expõe Fazzio Júnior:

Tendo em vista que os atos de improbidade administrativa não constituem matéria monopolizada pela Direito Administrativo, os preceitos da Lei nº. 8.429/92 envolvem conceitos de outros compartimentos do sistema jurídico. Esse agregado normativo

<sup>49</sup> Assim, somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. BRASIL. Superior Tribunal Federal, RCL 5909. DJE nº 62, divulgado em 07/04/2008. Decisão do dia 31/03/2008. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2605046>>. Acesso em: 16 out. 2020

<sup>50</sup> EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/1992. NATUREZA JURÍDICA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO POSTERIORMENTE ELEITO DEPUTADO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. PRERROGATIVA DE FORO. INEXISTÊNCIA. PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO(...) (a) os agentes políticos que respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados no Decreto-Lei 201/1967 não se submetem à Lei de Improbidade (Lei 8.429/1992), sob pena de ocorrência de bis in idem; (b) a ação de improbidade administrativa TEM NATUREZA PENAL e (c) encontrava-se pendente de julgamento, nesta Corte, a Reclamação 2138, relator Ministro Nelson Jobim. O pedido foi indeferido sob os seguintes fundamentos: 1) A lei 8.429/1992 regulamenta o art. 37, parágrafo 4º da Constituição, que traduz uma concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no caput do mesmo dispositivo constitucional. (...) (grifo nosso). BRASIL. Superior Tribunal Federal. Acórdão na petição nº 3923. Relator Min.: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007, DJE-182,26/09/2008. Disponível em: <[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search? classeNumeroIncidente=%22Pet%203923%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search? classeNumeroIncidente=%22Pet%203923%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true)>. Acesso em: 16 out. 2020.

está direcionado à tutela do difuso direito à probidade administrativa e à integridade do patrimônio público econômico.

**Portanto, sob o aspecto de sua composição normativa, não é um diploma exclusivamente administrativo, mas multidisciplinar. Para sua conformação, concorrem preceitos de direito civil (arts. 5º e 6º), direito administrativo (arts. 2º; 4º; 11, incisos I e II; 13; 23; incisos I e II), direito processual civil (art. 17 e §§), direito processual penal (art 17, § 12), direito penal (art 19), direito constitucional (art. 12, suspensão dos direitos políticos), direito financeiro (art. 10, inciso VI), direito tributário (art.10, inciso X), direito empresarial (art. 11, inciso VII) etc.<sup>51</sup> (grifo nosso).**

O mesmo autor afirma que, como suas bases estão no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, a leitura da Lei de Improbidade Administrativa deve estar sintonizada com este e com os outros parágrafos e incisos que também decorrem do mesmo dispositivo constitucional.<sup>52</sup>

De outro vértice, Capez<sup>53</sup> afirma que a inovação legislativa, referindo-se à atual Lei de Improbidade Administrativa, não teve o condão de esclarecer o intrincado problema da natureza jurídica do ato de improbidade administrativo, argumentando que, por vezes, são mais severas as punições previstas nesta lei do que as criminais:

Nota-se, claramente, que a Lei n. 8.429/92 traz um cunho muito restritivo aos direitos do cidadão. Muito embora não preveja pena que cerceie a liberdade de locomoção, o que traria um explícito conteúdo penal, ela traz em seu bojo densas restrições e pesados ônus ao cidadão, cerceando direitos civil, eleitorais, patrimoniais do jurisdicionado, (...) <sup>54</sup>

Fernando Capez explana, utilizando como exemplo o delito do peculato, que uma mesma conduta pode ser considerada ato de improbidade administrativa e crime previsto no Código Penal. A respeito da pena de peculato, de apenas 2 (dois) anos de reclusão, ele sustenta que há uma série de benefícios como suspensão condicional da pena, diminuindo as possibilidades de que se cumpra a pena em regime de total segregação prisional.<sup>55</sup>

Observando esta mesma conduta pela Lei de Improbidade Administrativa, estará o réu sujeito a uma série de sanções restritivas, mencionando-se o que está disposto nos artigos 9º e 10, como a perda da função pública, ressarcimento integral do dano, suspensão dos direitos políticos, multa civil de até três vezes o valor desviado, além da indisponibilidade de bens, que

<sup>51</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 13-14.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 13-14.

<sup>53</sup> CAPEZ, Fernando. **Improbidade administrativa. Limites constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 199.

<sup>54</sup> CAPEZ, Fernando. **Improbidade administrativa. Limites constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 201-202.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 199.

inclusive se decreta por meio de tutela provisória, destacando-se as consequências graves que o réu desta ação passará durante os longos anos a decorrerem, até o trânsito em julgado.

Portanto, Fernando Capez evidencia que não é em razão da Constituição Federal ter retirado a possibilidade da natureza jurídica do ato de improbidade ser de cunho penal, que as punições respectivas não sejam de extrema gravidade ao jurisdicionado.<sup>56</sup>

Tal análise é importante, já que, diante da gravidade imposta aos atos de improbidade, resta adequado observar, se estariam garantidos os direitos fundamentais do cidadão, mormente os alcançados pela dogmática penal.

Fábio Medina Osório<sup>57</sup> sustenta que ao Direito Punitivo da improbidade incide o Direito Administrativo Sancionador, pois a Constituição da República e a Lei de Improbidade Administrativa impõem características singulares à matéria:

O ponto fulcral nesse panorama, devo insistir, diz respeito ao tratamento dispensado pela Assembleia Constituinte de 1988, e posteriormente pelo legislador federal ao Direito Punitivo da improbidade, mesmo quando esta patologia adquira uma dimensão idêntica, do ponto de vista normativo, a outra infração catalogada como tal no ordenamento jurídico, seja em seara penal, seja em seara administrativa lato sensu. Este Direito Punitivo, pelos termos constitucionais e, logo, da legislação federal, é revestido de características singulares que o remetem à categoria do direito Administrativo Sancionador, como tivemos oportunidade de mencionar. **Isto equivale a dizer que os ilícitos decorrem de direta transgressão de normas de Direito Administrativo que presidem o setor público e as sanções estão associadas aos tipos como consequências jurídicas determinadas, traduzindo intervenção estatal nos direitos fundamentais dos acusados ou sentenciados.**<sup>58</sup> (grifo nosso)

O mesmo autor entende que a improbidade administrativa está submersa em um contexto de normas específico, sendo que há ressalvas importantes com relação aos pontos tangentes que esta possui com outros ramos jurídicos incidentes no mesmo fato. Revela que o constituinte determinou expressamente, a independência das instâncias sancionadoras que recaem sobre a matéria de improbidade.<sup>59</sup>

Assim, o posicionamento doutrinário de Fábio Medina Osório caminha no sentido de haver interferências recíprocas entre as instâncias, na tutela da improbidade, mas, que deverão guardar cautela para não lesar o comando do art. 37, §4º, da Magna Carta.

<sup>56</sup> Ibid, p. 199.

<sup>57</sup> No mesmo sentido, Osório: “Na tutela da probidade (Lei 8.429/92), a responsabilidade civil (Direito Civil) dar-se-á no âmbito da obrigação de reparar o dano (que não é sanção), e que se submete a regras e princípios próprios. Na compreensão das sanções, o Direito Público Punitivo incide e o ramo especializado é o do Direito Administrativo Sancionador.” OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6. ed. Ver. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 89.

<sup>58</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6. ed. Ver. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 340.

<sup>59</sup> Ibid., p. 340.

Inclusive Fábio Medina Osório preleciona que tais pontos de convergência são admissíveis com relação à análise de tipicidade, “âmbito no qual os intérpretes se movimentam necessariamente em face da ideia de unidade do ordenamento jurídico da perspectiva global da ilicitude”<sup>60</sup>, complementando:

O Ministério Público haverá de velar pela unidade de sua atuação, resguardando critérios coerentes e harmônicos no enfoque penalístico ou administrativo da matéria. Essa é uma tendência de tutelar os fatos de forma coerente, segura, racional e harmônica.

A tipicidade há de ser vista no plano do chamado “Direito em Ação”, ou seja, não apenas no campo do ordenamento jurídico passivo, mas do Direito dos Juristas. Nesse sentido, a formulação típica concreta é aquela veiculada na acusação. Esta, muitas vezes, vale-se de elementos que dependem, estruturalmente, de outras instâncias. (...) Sem embargo, também a tutela de improbidade administrativa encontra-se submersa na teoria do tipo e no regime do Direito Administrativo Sancionador, com o que pode vir a ser afetada, em sua estrutura típica, por elementos externos oriundos de decisões de outras instâncias.

Osório sustenta que a reparação do dano, de natureza civil, não consiste em sanção, sendo que as efetivas sanções da improbidade administrativa, advêm do ramo específico do Direito Administrativo Sancionador.<sup>61</sup>

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou neste sentido, em relação à possibilidade de haver a aproximação entre Direito Penal e Direito Administrativo, no sentido de individualizar-se a pena:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA. APLICAÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE DA SIMPLES DISPENSA DA SANÇÃO. 1. Reconhecida a ocorrência de fato que tipifica improbidade administrativa, cumpre ao juiz aplicar a correspondente sanção. Para tal efeito, não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, podendo, **mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração, individualizando-as, se for o caso, sob os princípios do direito penal.** O que não se compatibiliza com o direito é simplesmente dispensar a aplicação da pena em caso de reconhecida ocorrência da infração. 2. Recurso especial provido para o efeito de anular o acórdão recorrido.<sup>62</sup> **(grifo nosso).**

Tal entendimento doutrinário possui forte influência do Direito Espanhol,<sup>63</sup> sendo alvo de críticas pelos doutrinadores Emerson Garcia e Roberto Pacheco Alves:

<sup>60</sup> Ibid., p. 89.

<sup>61</sup> Ibid., p. 89.

<sup>62</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 513.576/MG**, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU 6.3.2006. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7175038/recurso-especial-esp-513576-mg-2003-0054006-5/inteiro-teor-12910078>. Acesso em 05 dez.2020.

<sup>63</sup> Neste sentido, Osório ainda orienta: “O Direito comparado constitui um sólido espaço de referências teóricas válidas, ao menos para início de debate. Isto porque é na Europa, fundamentalmente, que o Direito

Acresça-se que a incorreção do enquadramento da Lei de Improbidade no âmbito do direito administrativo (sancionador) ainda vai além, pois redundará na própria destruição do objeto de estudo. Afinal, como justificar possa a União, sem autorização constitucional, legislar sobre o direito administrativo a ser aplicado pelos demais entes federados? Onde estaria enquadrada a competência legislativa que redundou na edição da Lei n. 8.429/1992? Em poucas palavras: no art. 22, I, da Constituição de 1988, que alcança o direito civil, ramo subsidiário e de amplitude inegavelmente superior aos demais, ainda que ontologicamente similares, como o direito comercial e marítimo.<sup>64</sup>

Emerson Garcia e Roberto Pacheco Alves asseveram que as sanções do ato de improbidade têm natureza patrimonial, sendo estas, a multa, a proibição de contratação com poder público, de receber benefícios fiscais e ressarcimento do dano e perdimento de bens. Em relação à sanção de suspensão de direitos políticos (votar e ser votado) tem natureza política, mas no sentido de participação na estrutura estatal. E diante dessa análise, os autores concluem que o ilícito de improbidade administrativa tem natureza cível, e não administrativa, pois suas sanções não são desta natureza, e sim daquela<sup>65</sup>. Destacam o procedimento:

(...) juiz com competência cível, utilizando o Código de Processo civil, ressalvadas, obviamente, as singularidades da Lei n. 8.429/1992, aplica determinadas sanções com observância das garantias prevalecentes nessa seara e com o necessário influxo do direito penal, forte mor do direito sancionador.

Portanto, quanto à sua natureza jurídica, há diferentes posicionamentos doutrinárias, sendo certo que a postura referente ao ordenamento jurídica único vem ao encontro da teoria de direito integridade, considerando-se o sistema jurídico como um todo, de Ronald Dworkin<sup>66</sup>, para o mencionado influxo do direito penal.

Dworkin<sup>67</sup> propõe ao juiz que exemplifica, a quem denomina de Hércules, muito experiente e dotado de talentos sobre-humanos, a importante função de decidir de forma

---

Administrativo Sancionador recebe sua teorização inaugural, em países como Itália, Alemanha, França, Portugal e Espanha, com matizes importantes num e noutro sistema. Não negamos, como sabido, que o direito espanhol constitua a referência mais importante para esta obra, explorada à exaustão. Optamos por uma prioridade em termos de abordagem do direito comparado, dada a imensidão dos sistemas passíveis de comparação.”

<sup>64</sup> GARCIA, Emerson; PACHECO ALVES, Rogério. **Improbidade administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 626.

<sup>65</sup> Ibid., p. 626-627.

<sup>66</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. (Trad. de Jefferson Ruiz Camargo). 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 294.

<sup>67</sup> Dworkin, ainda a respeito: “O direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo. Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto. Pode permitir que o alcance de sua interpretação se estenda desde os casos imediatamente relevantes até os casos pertencentes ao mesmo campo ou departamento geral do direito, em seguida desdobrar-se ainda mais, até onde as perspectivas lhe pareçam mais promissoras. Na prática, mesmo esse processo limitado será em grande parte inconsciente: um

coerente, atendendo à integridade do direito, em seus casos difíceis, com interpretação ampla a garantir que haja contemplação ao direito como um sistema único. E esta ideia pode ser utilizada no sentido da incidência da dogmática do Direito Penal à conjuntura do ato de improbidade administrativa, para que o réu possa obter as prerrogativas alcançadas ao longo do processo evolutivo, principalmente no que diz respeito às suas garantias constitucionais.

Capez assevera de forma clara a respeito da necessidade de atendimento aos princípios constitucionais vigentes que foram efetivamente englobados pela sistemática penal, a partir da análise social do caso concreto, e não somente o enquadramento ao dispositivo legal infra-constitucional para configuração do crime. Ele propõe em sua obra, que sejam considerados os mesmos princípios para a configuração dos atos de improbidade administrativa, ante à severidade de suas sanções, importando na lesão ao princípio da dignidade humana<sup>68</sup> e preleciona:

Vislumbra-se que, se no direito penal, historicamente, um sistema jurídico extremamente rígido, fechado, opera-se a busca pelo conteúdo valorativo do nexo de causalidade, sob o influxo de teorias filosóficas e sociológicas, para se limitar o *jus puniendi*, seria paradoxal impedir tal busca no âmbito dos atos de improbidade administrativa, que não são considerados formalmente ilícitos penais, mas possuem o mesmo caráter coativo das sanções penais, como se verá a seguir (...)

Por conseguinte, muito embora não haja consenso estabelecido acerca da natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa, a procura por parâmetros limitadores do *jus puniendi* estatal decorre da imperiosa necessidade de alcançar critérios mais seguros para a imputação de um ato ilícito a alguém, exigência esta que se impõe em qualquer ramo do direito cujo instrumento para resguardar os seus postulados seja a imposição de drásticas sanções.<sup>69</sup>

Nesse sentido, o mencionado autor assevera referida preocupação, com relação à natureza dos atos de improbidade administrativa, como ameaça a maior conquista do homem: “a tutela da dignidade humana”.<sup>70</sup>

Dworkin<sup>71</sup> ensina que princípios se diferenciam das regras: “Denomino *princípio* um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”

---

juiz experiente terá um conhecimento suficiente do terreno em que se move seu problema para saber, instintivamente, qual interpretação de um pequeno conjunto de casos sobreviveria se os limites aos quais deve ajustar-se fossem ampliados. Às vezes, porém, a expansão será deliberada e polêmica. Os advogados elogiam dúzias de decisões dessa natureza, várias das quais, inclusive, serviram de base para a elaboração do direito moderno sobre a negligência. O universo acadêmico oferece outros exemplos importantes.”

<sup>68</sup> CAPEZ. Fernando. **Improbidade administrativa. Limites constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 218.

<sup>69</sup> CAPEZ. Fernando. **Improbidade administrativa. Limites constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.175-176.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 175-176.

<sup>71</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 36-37.

Este autor utiliza exemplos para demonstrar, com clareza, referida discrepância entre regras e princípios, ao mencionar que:

Em 1889, no famoso caso *Riggs contra Palmer*, um tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento do seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. O Tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: “É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência da propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino.” Mas o tribunal prosseguiu, observando que “todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime.”. O assassino não recebeu sua herança.<sup>72</sup>

E deste e outros exemplos contidos em sua obra, Dworkin sustenta que, a diferença entre regras e princípios é a sua natureza lógica. Sendo que as regras são aplicadas “à maneira do tudo-ou-nada” e os princípios, mesmo o que se assemelhem às regras “não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”.<sup>73</sup>

Neste sentido, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, utilizando-se inclusive deste raciocínio de Dworkin, asseveram que em relação aos atos de improbidade, para sua tipologia, serão coerentes os princípios diante de conceitos jurídicos indeterminados, diante da conotação muitas vezes aberta das normas da Lei de Improbidade Administrativa, “nos quais, com frequência, se visualiza um núcleo fixo ou zona de certeza, em que *prima facie*, identificada a adequação ou inadequação de determinada conduta aos valores que veicula”, necessária à sua fluidez, que não descaracteriza, no entanto, a feição normativa mencionada.<sup>74</sup>

Os autores mencionados contextualizam a necessidade de atendimento aos princípios, considerando o período atual pós-positivista, em que estes deixaram de ser complementos das regras, “passando a ser vistos como formas de expressão da própria norma”.<sup>75</sup>

Neste sentido cabe aqui mencionar frase importante de Geraldo Ataliba<sup>76</sup> *apud* Vilanova: “(...) o que mais falta a quem pretenda conhecer o Direito não é a informação sobre os institutos e as normas, ou sobre as soluções que os problemas vêm tendo, na jurisprudência ou

<sup>72</sup> Ibid., p. 37.

<sup>73</sup> Ibid., p. 39-40.

<sup>74</sup> GARCIA, Emerson; PACHECO ALVES, Rogério. **Improbidade administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 101.

<sup>75</sup> Ibid., p. 96.

<sup>76</sup> VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: M. Limonad, 1997.

na prática do Direito aplicado. Não! O que falta de modo alarmante é o domínio dos princípios (...).”

Vivencia-se atualmente período em que os princípios são os verdadeiros regentes do Direito, estando por toda Constituição Federal, havendo de existir coerência e integridade em quaisquer esferas jurídicas infraconstitucionais. O comando partia do Rei e posteriormente da Lei (no sentido de sua “letra fria”), e hoje pode ser afirmado que há, além disso, uma concatenação de princípios que buscam atribuir critérios adequados à sociedade e seu ordenamento moral respectivo, inclusive na aplicação da Lei, como a garantia dos direitos decorrentes da cidadania preconizados pela Lei Maior, mormente à dignidade da pessoa humana, legalidade e moralidade, esta última como valor mais importante a ser evidenciado dentro do contexto da persecução à improbidade administrativa.

Portanto, em resumo, sendo considerada sua natureza jurídica cível, ou decorrente do denominado Direito Administrativo Sancionador, ante as consequências dos atos de improbidade administrativa, do ponto de vista sancionador, tão severas (ou até mais como exemplificado!) quanto as do Direito Penal, tendo em vista da integridade do Direito, bem como as garantias constitucionais e seus princípios, que se refletem em todo ordenamento jurídico, cabe aqui aprofundar se tais tem sido aplicadas na configuração do ato de improbidade e seu processamento pelo Poder Judiciário, o que será feito no decorrer deste trabalho.

### 1.3 DO CONTROLE DE ILEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Para a análise a qual se busca aprofundar neste trabalho, se faz necessário percorrer o contexto referente ao controle dos atos administrativos ilegais, destacando, porém, que nem todo ato ilegal será ímprobo, o que será discutido de forma detalhada em item próprio.

A Lei de Improbidade Administrativa é instrumento legítimo de controle dos atos administrativos, utilizando-se de seus dispositivos para corrigir condutas ímprobas por parte dos agentes da Administração Pública.

Para tanto, importante trazer a celeuma muito debatida até atualmente entre os sistemas francês e o inglês, este último, denominado “sistema de jurisdição única” que é o adotado nacionalmente desde a instauração da República.

Hely Lopes Meirelles<sup>77</sup> menciona que com a República instaurada no Brasil, os estudos de Direito Administrativo tiveram influência do modelo de Direito Público Norte-Americano, “onde os republicanos foram buscar o modelo para a nossa Federação”, no sentido de definir qual sistema de controle jurisdicional da Administração, e de corrigir atos administrativos ilegais ou ilegítimos, praticados pelo Poder Público.

Este autor ensina que:

Vigem, presentemente, dois sistemas bem diferenciados: o do *contencioso administrativo*, também chamado *sistema francês*, e o *sistema judiciário* ou de *jurisdição única*, conhecido por *sistema inglês*. (...) O que caracteriza o sistema é a predominância da jurisdição comum ou da especial, e não a exclusividade de qualquer delas, para o deslinde contencioso das questões afetas à Administração.<sup>78</sup>

Ele também assevera que a Federação Norte-Americana é que mais conserva o chamado sistema de jurisdição única (“judicial control”; “rule of law”), citando Albert Venn Dicey e sua obra intitulada “Introduction to the Study of Law of the Constitution” de 1885, com submissão de todos à jurisdição da chamada justiça ordinária, cujo campo de ação é o da legislação, mencionando que “Toda controvérsia, litígio ou questão entre particular e a Administração resolve-se perante o Poder Judiciário, que é o único competente para proferir decisões com autoridade final e conclusiva.”<sup>79</sup>

Diogo Freitas do Amaral explica o sistema francês, ao qual Portugal é adepto:

São nos bens familiares os traços essenciais do *direito romano-germânico* em geral: escassa relevância do costume; sujeição a reformas globais impostas pelo legislador em dados momentos; papel primordial da lei como fonte de direito; distinção básica entre o direito público e o direito privado; função de importância muito variável dos tribunais na aplicação do direito legislado; maior influência da doutrina jurídica do que da jurisprudência; mais prestígio do poder executivo do que do poder judicial.<sup>80</sup>

Ele continua prelecionando que “se o poder executivo não podia imiscuir-se nos assuntos da competência dos tribunais, o poder judicial também não poderia interferir no funcionamento da Administração Pública”, sendo que em 1790 e 1795 foi proibido que juízes

<sup>77</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. revista, atualizada e ampliada Salvador: Juspodivm, 2020, p. 50.

<sup>78</sup> Ibid., p.51.

<sup>79</sup> Ibid., p. 54.

<sup>80</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 4. ed., Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2016, p. 94.

judgassem processos distribuídos em face de agentes públicos, tendo sido, posteriormente instituídos os tribunais administrativos “– que não eram verdadeiros tribunais, mas órgãos da Administração, em regra independentes e imparciais –” para o controle dos atos administrativos, e julgar os processos decorrentes.<sup>81</sup>

Maurice Hauriou é um dos juristas mais relevantes do sistema administrativo francês mencionado. De acordo com Hauriou *apud* Millard, “toda declaração de vontade para produzir efeito de direito, em face aos administrados, emitida por uma autoridade administrativa em uma forma executória, isto é, em uma forma que ocasiona a execução de ofício”<sup>82</sup>.

Eric Millard<sup>83</sup> discorre que, quando Hauriou se pronuncia em relação à decisão auto-executória em Direito Administrativo, a retira do poder público, sendo o ato administrativo por excelência, “meio a serviço do fim (o serviço público)”.

Assim, neste sistema há a diversificação entre administrador e juiz, entre Justiça e Administração e um contencioso administrativo.

Hely Lopes Meirelles critica referido sistema, justamente porque esse impõe uma da jurisdição administrativa e outra da jurisdição comum. Ou seja, como se fossem duas justiças, em dois âmbitos distintos. E o problema decorrente disso é que em um Estado democrático de Direito tanto ao cidadão quanto à própria Administração Pública é garantido o acesso à Justiça Comum, sem privilégios ou diferenças, entre pessoas da esfera privada ou pública.<sup>84</sup>

Ainda, este autor aponta ser de suma importância ter conhecimento da origem do sistema ao qual o Brasil é adepto, sendo este o sistema inglês ou sistema da jurisdição única, para que não se invoque, de forma inadequada, princípios do sistema francês, pois nesse campo a vinculação de nosso ordenamento jurídico é anglo-saxônica.<sup>85</sup>

Portanto, no Brasil, para controle dos atos administrativos é concedido ao Poder Judiciário, único, a revisão destes, dentro do rol de princípios constitucionais, bem como normativas infraconstitucionais, como a Lei de Improbidade Administrativa, sendo em razão disso tão importante avaliar de que maneira o órgão jurisdicional único tem realizado a análise desses casos.

---

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>82</sup> MILLARD, Eric. Os discípulos administrativistas de Maurice Hauriou. **Revista Opinião Jurídica**, v. 3, n. 6, 2005, p. 5. Disponível em: < <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2887>>. Acesso em: 16 out. 2020.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. revista, atualizada e ampliada Salvador: Juspodivm, 2020, p.52.

<sup>85</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. revista, atualizada e ampliada Salvador: Juspodivm, 2020, p. 54.

#### 1.4 DA MORALIDADE E DOS DEMAIS PRINCÍPIOS DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A RELAÇÃO COM A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Não há como se considerar um ato ímprobo, sem analisar, qual princípio da Administração Pública foi lesado, conforme *caput* do art 37<sup>86</sup> da Constituição Federal. Até porque, atos que incidam em prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito, necessariamente incidem em lesão aos princípios administrativos, dos quais, conforme menciona a nossa Carta constitucional, encontra-se o princípio da moralidade, afora os demais princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Luiz Eugênio Scarpino Junior assevera que “a ideia de moral e ética e sua influência (ou internalização) no direito é um fato evolutivo e observável ao longo da história humana”<sup>87</sup>.

Thiago Marrara preleciona que da moralidade vários significados podem advir, sendo vocábulo de utilização em diversos campos:

“Moralidade”, de um lado, é vocábulo que traz uma plurissignificação incontestável cuja causa se encontra no seu uso tanto frequente quanto amplíssimo em incontáveis campos das ciências sociais e humanas, inclusive na ciência jurídica. A essa plurissignificação se soma uma multiplicidade de modelos que pretendem explicar a relação entre direito e moral<sup>88</sup>.

Para se investigar referido princípio é necessário mencionar o entendimento de Maurice Hauriou, que teve por finalidade investigar a moralidade no âmbito do controle de discricionariedade de atos do Conselho de Estado da França. Conforme sustenta Márcio Cammarosano:<sup>89</sup>

A moralidade administrativa, para Hauriou, não é outra coisa senão o espírito geral da lei administrativa, espírito esse que impõe aos administradores o dever de agir pelo bem do serviço. O poder administrativo está subordinado à função. A noção de violação da lei, que enseja controle da legalidade, não se aplica aos casos de desvio de poder, do excesso de poder no exercício do poder

<sup>86</sup> 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 (...).

<sup>87</sup> SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugênio. **Moralidade eleitoral e juristocracia: Análise crítica da lei da ficha limpa** (Lei Complementar n. 135/10). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 15.

<sup>88</sup> MARRARA, Thiago. (2016). **O conteúdo do princípio da moralidade: proibidade, razoabilidade e cooperação**. Revista Digital De Direito Administrativo, 3(1), 104-120. <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i1p104-120> Acesso em 20 de dez. de 2020.p. 105.

<sup>89</sup> CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 19.

discricionário. Seria abusar da noção de violação da lei. Assim, o fundamento do controle do exercício do poder discricionário, da apreciação pelo Conselho de Estado da França de recursos contra atos eivados de desvio de poder, repousaria na noção não da legalidade, mas na noção da moralidade administrativa.

Interessante é observar que pode a análise do excesso de poder ensejar em lesão à moralidade administrativa e não à legalidade. E tal porque, o respeito à moralidade vai muito além da legalidade em si, mas institui ao agente público o dever de respeito ao sistema ético da instituição estatal a qual representa.

Maurice Hauriou afirma que a moralidade comum é imposta a todo homem, mas a moralidade administrativa é do agente público no exercício de suas funções. Portanto, este importante jurista francês, como bem colocou Márcio Cammarosano<sup>90</sup> é o sistematizador do conceito desta chamada “moralidade administrativa”, antes mesmo do advento da Constituição Federal de 1988.

Outrossim, Maurice Hauriou *apud* Bacellar Filho preleciona esta moralidade administrativa como “conjunto de regras de condutas tiradas da disciplina interior da Administração”<sup>91</sup>, bem como entende que esta é incidente ao agente público para conduta externa, no que diz respeito as regras da instituição pública da qual faz parte.

Em destaque ao fato deste conceito de moralidade, inclusive, em nosso ordenamento jurídico, ser considerado antes mesmo da Constituição Federal de 1988, Cammarosano cita trecho da obra de Hely Lopes Meirelles de 1984<sup>92</sup>, no qual este destaca, em relação ao agente público:

Assim não terá de decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente a lei jurídica, mas também a lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: - *non omne quod licet honestum est*.

---

<sup>90</sup> Ibid., p. 66.

<sup>91</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ética pública e Moralidade Administrativa no Estado Democrático de Direito. In **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles**. JUSTEN FILHO, Arnaldo Wald Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Orgs.). São Paulo. Malheiros, 2017, p. 1089.

<sup>92</sup> CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 67.

Portanto, a moralidade administrativa é inclusive pressuposto de validade dos atos públicos: o agente estatal além de cumprir suas funções na mais estrita legalidade, necessita respeitar as exigências morais da respectiva instituição.

Ainda sobre a moralidade, importante transcrever trecho de decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, referente ao Mandado de Segurança, impetrado com a finalidade de obter, liminarmente, do Supremo Tribunal Federal, ordem que cessasse as atividades da Comissão de Sindicância instituída, no ano de 03/02/2003, pela Mesa da Câmara dos Deputados para apurar condutas do então Deputado Federal Francisco Pinheiro Landim, supostamente envolvido em tráfico de influência, junto à Justiça Federal, em benefício de narcotraficantes:

Não foi por outro motivo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a extensão do princípio da moralidade - que domina e abrange todas as instâncias de poder -, proclamou que esse postulado, enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico, condiciona a legitimidade e a validade de quaisquer atos estatais: **"A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.** O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais."<sup>93</sup>

Em referida decisão monocrática ficou consignado que “o aprofundamento e a extensão das investigações promovidas pela Comissão de Sindicância, instituída pela Mesa da Câmara dos Deputados, visam a um só propósito: o de permitir a apuração da verdade real sobre os fatos que caracterizariam a alegada falta de decoro parlamentar”; bem como que “a observância dos direitos e garantias constitui fator de legitimação da atividade estatal. Esse dever de obediência ao regime da lei se impõe a todos - magistrados, administradores e legisladores. É que o poder não se exerce de forma ilimitada. No Estado democrático de Direito, não há lugar para o poder absoluto.”<sup>94</sup>

A liminar foi indeferida, pois no entendimento do Ministro Celso de Mello, as investigações a respeito da alegada falta de decoro parlamentar, com fundamentação central na necessidade de atendimento de todos os agentes públicos ao princípio da moralidade, representa

---

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 24.458-DF**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 18.2.2003, DJU 21.2.2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho102158/false>. Acesso em: 12 out. 2020.

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 24.458-DF, op. Cit.** Acesso em: 12 out. 2020.

o verdadeiro limite ao poder absoluto, bem como ao exercício do Estado Democrático de Direito.

Assim, a moralidade é, ao mesmo tempo, vetor ético-jurídico de validade de atos dos agentes públicos, bem como, de limitações ao exercício do poder estatal, legitimando o controle jurisdicional quando da transgressão dos valores éticos referentes ao que se espera do comportamento do agente estatal em questão.

Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>95</sup> expõe que “É possível sustentar, nessa linha, que a afirmação da moralidade administrativa como princípio da Administração Pública juridiciza a ética na atividade administrativa”. Portanto, a análise se faz da moral e da ética dentro do campo jurídico, e não individual ou social, ou mesmo ligado a convicções pessoais, mas destes valores dentro do campo jurídico, a depender da instituição a qual pertencer o agente público em questão.

Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>96</sup> contextualiza que o princípio da moralidade também inclui os chamados princípios da lealdade e boa-fé, havendo a Administração de proceder com “sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, evitado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos”.

Assevera, Celso Antônio Bandeira de Melo, que por isso, as orientações da administração Pública não podem ser modificadas, sem que haja prévia transparência de tais alterações por meio de publicidade, acrescentando que o artigo 85, V, da Lei Maior estipula crime de responsabilidade do Presidente da República, que inclusive incide em perda de seu cargo, ao falar a respeito de ato atentatório da “probidade na administração”<sup>97</sup>. Aí se vê que Bandeira de Melo insere a moralidade dentro do conceito da própria probidade pública.

E ainda, mencionado autor destaca, que este princípio encontra-se no inciso LXXIII<sup>98</sup> do artigo 5º da Constituição Federal, o qual prevê o cabimento de ação popular para anulação “ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à

---

<sup>95</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ética Pública e Moralidade Administrativa no Estado Democrático de Direito. In: *Administrativa no Estado Democrático de Direito. In: O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito.* JUSTEN FILHO, Arnaldo Wald Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Orgs.). São Paulo: Malheiros, 2017, p. 1089.

<sup>96</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 122-123.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>98</sup> Art. 5º (...) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”, tamanha sua proteção.

Claro está, portanto, que a análise da moralidade é o mais importante critério dentro da análise da imputabilidade de atos de improbidade e suas sanções ao agente público.

A propósito, há quem diga que a improbidade é espécie da imoralidade administrativa com a característica da desonestidade na conduta do agente público, como destaca Aristides Junqueira Alvarenga: destacando: “É essa qualificadora da imoralidade administrativa que aproxima a improbidade administrativa do conceito de crime, não tanto pelo resultado, mas principalmente pela conduta, cuja índole de desonestidade manifesta a devassidão do agente.”<sup>99</sup>

Ou seja, a improbidade administrativa, cuja tutela originou-se na seara penal da Constituição Federal de 1891, continua aproximada deste conceito pela gravidade da conduta, a “devassidão” do agente público, em que pese a natureza jurídica criminal ter sido expressamente excluída pelo §4º do artigo 37.

Ainda, a moralidade administrativa é direito subjetivo do cidadão, no sentido de que este, tem o direito ao governo não corrupto. Portanto a moralidade não está somente direcionada ao agente público, mas do outro lado da face, é direito de qualquer cidadão.

Em resumo, diante do exposto, pode ser entendido que a análise deste princípio deve ser feita da seguinte forma: todo agente público e todo particular devem respeitar a moralidade para não recaírem em atos de improbidade administrativa. E no outro vértice, todos os cidadãos têm direito ao governo probo, em respeito ao princípio da moralidade.

Thiago Marrara<sup>100</sup> assevera que o princípio da moralidade possui três principais vetores, se concretizando através da probidade, da razoabilidade e da cooperação no exercício da função administrativa, e que somente respeitando-os é possível que haja uma boa administração.

Ele relaciona a moralidade como probidade trazendo o enfoque utilização do Estado para interesses das coletividades, exigindo-se a boa-fé na prática das condutas do agente público. Quanto à razoabilidade, relaciona à moralidade, no âmbito da discricionariedade do agente público, na escolha que este após a interpretação da legislação, para verificar se a atividade interpretativa se sujeita aos desvios morais, mencionado que “é inquestionável que a

<sup>99</sup> ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. In BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 107.

<sup>100</sup> MARRARA, Thiago. (2016). **O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação**. Revista Digital De Direito Administrativo, 3(1), 104-120. <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i1p104-120> Acesso em 20 de dez. de 2020, p. 105.

autoridade pública – desejando – poderá deturpar, com mais ou menos atrevimento, os métodos interpretativos para atingir fins ilícitos, imorais e ilegítimos”<sup>101</sup>.

Por fim, quanto à cooperação, Thiago Marrara sustenta que a Administração Pública deverá cooperar para prestar clara informações ao cidadão, de maneira que este possa cumprir seus deveres, já que, há dificuldades de cumprimento muitas vezes em decorrência do desconhecimento das normas, sendo a legislação do direito administrativo e de seus ramos correlatos, como o ambiental, de difícil compreensão:

É nesse contexto que a moralidade-cooperação atua. Se o cidadão recorre ao Poder Público no intuito de obter informações para o devido cumprimento de seus deveres, compete à autoridade pública prestar informações corretas e adequadas que estejam em sua esfera de competência no intuito de evitar infrações. Ao aplicar eventuais sanções em virtude de suas falhas de cooperação no esclarecimento dos cidadãos, a Administração Pública estará agindo de modo claramente imoral<sup>102</sup>.

Fábio Medina Osório menciona que a imoralidade, a deslealdade, e a ilegalidade constituem o tripé da improbidade. Ele sintetiza que os atos de improbidade decorrem da desonestidade e da ineficiência, “ambas adjetivadas com a ideia de gravidade intolerável, partindo sempre da base de ilegalidade comportamental e da imoralidade administrativa”<sup>103</sup>.

Importante também trazer à reflexão os demais princípios designados pelo *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, sendo eles o da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

O princípio da legalidade, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:<sup>104</sup>

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a *tradução jurídica* de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e **por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social** -, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral. **O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes.** Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. **O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania.** Nesta última se consagra a radical subversão do

<sup>101</sup> Ibid, p. 115.

<sup>102</sup> Ibid, p. 118.

<sup>103</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa, má gestão pública – corrupção – ineficiência**. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 130.

<sup>104</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 102-103.

anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso). (**grifo nosso**).

Este princípio consagra que a vontade vem da Lei, sendo considerada editada por um “colégio representativo de tendências”, inclusive minoritárias, ou seja, dentro do Estado Democrático de Direito, retirando do governante o poder imanente de sua vontade, exaltando a cidadania.

O princípio da impessoalidade é referente à ideia de reprimir quaisquer favoritismos, sendo que, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello também assevera: “O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou da isonomia”<sup>105</sup>. O jurista também aponta que há outras referências da Lei Maior, que refletem diretamente a aplicação deste princípio, como o inciso II do artigo 37<sup>106</sup>, em que exige-se o ingresso em cargo público através de concurso público, justamente para que todos possam acessá-lo igualmente; ou mesmo o inciso XXI do mesmo artigo, pelo qual está disposto que os contratos a serem firmados com a Administração Pública dependerão de licitação, assegurando também igualmente para tal oportunidade.<sup>107</sup>

O princípio da publicidade tem relação direta com a necessidade de transparência dos atos da Administração Pública, sendo claro que dentro do Estado Democrático de Direito, não haverá assuntos ocultos, considerando que “o poder reside no povo (art 1º, parágrafo único, da Constituição).”<sup>108</sup>

Por fim o princípio da eficiência, ou princípio da boa administração, como preleciona Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>109</sup> é o desenvolvimento da atividade da Administração pública de maneira congruente, adequada e oportuna ao fim a que se destina, por meios idôneos.

Desta forma, tais princípios alocados no *caput* do artigo 37 da Carta Magna reportam o dever de probidade da Administração Pública, tanto que no parágrafo 4º do mesmo artigo,

<sup>105</sup> Ibid., p. 117.

<sup>106</sup> Art. 37. (...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

<sup>107</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 117.

<sup>108</sup> Ibid.

<sup>109</sup> Ibid., p. 125.

encontra-se o dispositivo que prevê as sanções decorrentes dos atos de improbidade administrativa, sendo estes 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”.<sup>110</sup>

Destaca-se que tais cinco princípios, quais sejam, da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, este último, acrescido pela Emenda Constitucional 19/98, há outros princípios da Administração Pública de igual importância, “por serem evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo”<sup>111</sup>, como o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação, do devido processo legal e ampla defesa, do controle judicial dos atos administrativos, da responsabilidade do Estado por atos administrativos, da segurança jurídica.

Inclusive, muitos destes outros princípios encontram-se na Lei 9.784/99, responsável por regulamentar o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, vide seu artigo 2º, o qual dispõe: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

## **2 O ELEMENTO SUBJETIVO NOS ATOS ILÍCITOS EM GERAL**

### **2.1 A AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO EXPRESSA DO ELEMENTO SUBJETIVO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

---

<sup>110</sup> § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

<sup>111</sup> MELLO, op. cit., p. 98.

Analisando o Capítulo II da Lei de Improbidade Administrativa, observa-se que nos artigos 9º, 10 e 11<sup>112</sup> há as disposições acerca dos “Atos de Improbidade Administrativa”, sendo que no artigo 12<sup>113</sup> estipula-se as penas.<sup>114</sup>

O *caput* do artigo 9º do referido diploma legal dispõe que constitui ato de improbidade administrativa, de enriquecimento ilícito, auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º, quais sejam, 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.

Após referido texto do *caput*, há rol de incisos, cuja palavra precedente é “e notadamente”, indicando seu caráter exemplificativo, contendo hipóteses que serão consideradas enriquecimento ilícito, como receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, por ação ou omissão, decorrente das atribuições do agente público, 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, dentre outras.

<sup>112</sup> Não será feita a análise do artigo 10-A neste trabalho, somente os atos de improbidade referentes aos artigos 9, 10 e 11.

<sup>113</sup> Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

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

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

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

(...)

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

<sup>114</sup> **Este trabalho não abordará as sanções incidentes aos atos de improbidade administrativa profundamente, sendo estas mencionadas no decorrer do trabalho, tampouco, trata a respeito da dosimetria e efeitos.**

Analisando o artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, o seu *caput* determina que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, que pode ser dolosa ou culposa, ensejando na perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º, também sendo mencionado o “e notadamente” e seguem-se os incisos exemplificativos da conduta, como 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; dentre outras.

O artigo 11 da mencionada Lei, dispõe acerca de ato de improbidade administrativa concernente na lesão aos princípios da administração pública, por meio de qualquer ação ou omissão, que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, da mesma forma, contendo em seu *caput* “e notadamente” para seguem os incisos exemplificativos, como o ato praticado visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; dentre outros exemplos dispostos em seus incisos.

Desta forma, as condutas descritas nas hipóteses de enriquecimento ilícito, dano ao erário e lesão de princípios da Administração Pública referentes aos incisos não são condutas taxativas, bem como, não se descrevem nos mencionados dispositivos legais, os elementos subjetivos necessários para que estas sejam consideradas atos de improbidade e não somente ilegalidades.

Não será sempre que as ilegalidades cometidas por agentes públicos ou particulares serão punidas na forma da Lei de Improbidade Administrativa, podendo o ser por meio das regras de responsabilidade civil, ou mesmo, por meio de processo administrativo.

Essa análise é de suma importância, qual seja, a respeito da intencionalidade da conduta do agente, público ou particular, envolvido no ato de improbidade administrativa. Esse ponto levanta justamente a questão de qual tipo de responsabilidade está prevista pela Lei de Improbidade Administrativa. É responsabilidade subjetiva, é objetiva? Pois se não há expressamente menção, exceto pelo artigo 10, dos elementos subjetivos necessários para a tipificação da conduta de ato de improbidade administrativa, sanções extremamente severas, que estão designadas pela referida Lei, poderão ser aplicadas de forma desproporcional ao ato.

A atividade do agente público é, por sua própria natureza, deveras arriscada, pois está em suas mãos o trato da coisa pública, sendo que, qualquer deslize coloca o Estado como responsável, de forma objetiva, pela reparação de danos de terceiros prejudicados, o que será explorado mais adiante neste item.

Além disso, resta incontroverso, que haverá efeitos irris decorrentes da sujeição do agente ou particular à Ação Judicial que trate do ato como ímprobo, sendo considerados desonestos, imorais, o que, conforme acima exposto, é levado tão a sério quanto os crimes cometidos, em virtude do desígnio da Constituição Federal de empreender o Estado Democrático de Direito, no qual não cabe suportar qualquer conduta que indique o mal trato da coisa pública, o desrespeito ao poder que emana do povo.

Assim, para que o ato de improbidade administrativo seja considerado como tal, cabe aqui apresentar estudos acerca dos denominados elementos subjetivos, sendo estes, de forma extratificada, dolo e culpa.

Destaca-se que se encontra em tramitação Projeto de Lei nº. 10.887/2018 que dispõe acerca de modificações à Lei de Improbidade Administrativa, sendo que, uma das mais importantes alterações propostas é justamente incluir de forma expressa nos artigos 9º, 10 e 11 a expressão “mediante a prática de ato doloso” ao artigo 9º e “ação ou omissão dolosa” aos artigos 10 e 11, em seus caputs, resolvendo a questão ora explanada.<sup>115</sup>

Antes, porém, de se analisar de forma específica esta questão dentro do alcance da Lei de Improbidade Administrativa, diante das controvérsias acerca de sua própria natureza jurídica, cabe a este Capítulo analisar os elementos subjetivos e tipos de responsabilidade das diferentes searas, sendo estas, Civil, Penal e do Direito Administrativo Sancionador.

## 2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS ELEMENTOS NA SEARA PRIVADA E PÚBLICA

A regra,<sup>116</sup> na seara cível privada, é sempre a existência de responsabilidade subjetiva, ou seja, aquela que decorre da vontade, culpa em sentido amplo, que pode ser *tencional*, a

<sup>115</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados - Palácio do Congresso Nacional. **Projeto de Lei PL 10887/2018**, Autor: Roberto de Lucena - PODE/SP, Apresentação: 17/10/2018. Ementa Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Dados Complementares: Altera a Lei nº 8.009, de 1990. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>. Acesso em: 20 nov. 2020.

<sup>116</sup> Para elaboração deste item será utilizada a composição doutrinária com referenciais dos seguintes autores: Sérgio Cavalieri Filho, Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes, Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvania

culpa propriamente dita, ou *intencional*, hipótese de dolo, que representa a vontade de produzir resultado antijurídico.<sup>117</sup>

A conduta voluntária do agente, na origem, poderá ser chamada de culpa, sendo que, provada a intenção de produzir-se aquele resultado, será o dolo.

O Código Civil anterior, conforme assevera Sérgio Cavalieri Filho, tinha seu sistema fundado na “culpa provada”<sup>118</sup>, dos anteriores artigos 159 e 1523.<sup>119</sup>

No tocante à responsabilidade do Estado, o artigo 15 do Código Civil de 1916 determinava-a como subjetiva, determinando que as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes, diante de lesão ao direito ou dever prescrito por lei.<sup>120</sup>

A responsabilidade subjetiva permanece nos artigos 186 e 927<sup>121</sup> do Código Civil atual, um complementando o outro, atribuindo a expressão “ação ou omissão voluntária” para descrever a culpa necessária para gerar o dever de indenizar, sendo que, nesta, o elemento da culpa é o seu vetor de existência, sendo ligada sempre à vontade. Assim, a responsabilidade civil não será advinda de atos reflexos desprovidos da vontade do seu agente.

A *conduta* é o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, como aspectos físicos, externos, objetivos da conduta, enquanto a *vontade* constitui o seu aspecto intrínseco, psicológico ou subjetivo.<sup>122</sup>

Sérgio Cavalieri Filho sustenta que o primeiro elemento subjetivo, necessariamente em qualquer relação que decorra o dever de reparação, sempre será a culpa:

A vontade é o elemento subjetivo da conduta, sua carga de energia psíquica que impede o agente; é o impulso causal do comportamento humano. Mas conduta voluntária

---

Zanella Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello. As obras dos primeiros três autores serão a base para demonstração das conceituações dos elementos subjetivos culpa e dolo e tipos de responsabilidade, sendo os três últimos responsáveis para fundamentação acerca da análise relacionada à responsabilidade do Estado.

<sup>117</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 41.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>119</sup> Art. 159: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553.

Art. 1.523. Excetuadas as do art. 1.521, n° V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte.

<sup>120</sup> Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

<sup>121</sup> 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.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

<sup>122</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 41-42.

não significa fato psicologicamente querido – fato cujo efeito, previamente apresentado no espírito do agente, determinará ou motivará a sua vontade. O querer do agente pode revestir uma intensidade variável, tem graus; pode-se querer mais ou menos, atuar com maior ou menor intensidade. Noutras palavras, o ser humano pode querer mais ou menos, pode ter maior ou menor determinação no seu querer, mas sempre haverá um mínimo de vontade em sua conduta. Daí ser possível que o indivíduo, em sua conduta antissocial, aja tencional ou intencionalmente.

(...)

Chegamos, dessa forma, à noção de culpa em sentido amplo (*lato sensu*), abrangente de toda espécie de comportamento contrário ao Direito, seja **intencional**, como no caso de dolo, ou **tencional**, como na culpa<sup>123</sup> (**grifo nosso**)

A culpa, portanto, decorrente da vontade, ligada ao querer, impõe análise profunda da conduta do agente, o que traz preocupações da forma em que esse desejo pode ser verificado, no caso específico, em que a culpa se coloca como elemento subjetivo. Como se analisa a existência da culpa?

Caio Mário da Silva Pereira<sup>124</sup> conceitua a culpa como “inobservância de uma conduta razoavelmente exigível para o caso concreto, tendo em vista padrões medianos”, não procurando o agente o dano como objetivo de sua conduta, tampouco havendo, consciência da transgressão.

Desta forma, à luz desse entendimento, pode-se considerar que a análise da presença da culpa apoia-se, como critério, em conduta razoável que deveria ser seguida no caso concreto? Essa ideia parece ser simétrica à própria moralidade da administração pública, princípio regente para averiguação da licitude do ato cometido pelo agente público.

Caio Mário da Silva Pereira<sup>125</sup> preleciona que “Moralmente (e a ideia de culpa, antes de ser jurídica já é moral), como juridicamente, há de haver uma predeterminação de conduta”.

No mesmo sentido de condutas predeterminadas pela lei ou pela convenção, Sérgio Cavalieri Filho sustenta a denominada “culpa profissional”, na qual exige-se maior habilidade proporcionalmente ao grau de especialização daquele agente para uma tarefa determinada, focando-se na diligência técnica esperada por aquele profissional, para fins de aferição de culpa contratual.<sup>126</sup>

Para fins de análise do elemento subjetivo do agente público, dentro da Lei de Improbidade Administrativa, conforme será adiante exposto de forma mais detalhada, também se aplica tal entendimento, evidenciando-se o grau de exigência de determinada conduta de acordo

<sup>123</sup> Ibid., p. 41- 42.

<sup>124</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. Volume II. Revista e atualizada por Guilherme Nogueira da Gama. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 313.

<sup>125</sup> Ibid., p. 313.

<sup>126</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 47.

com a qualidade profissional deste, do quanto este deveria conhecer tecnicamente determinadas circunstâncias para ser delas seu responsável, e atuar com consciência do que deveria ter sido feito mas não foi, ou mesmo, do que não deveria ter sido realizado, incidindo-se em ato ímprobo.

Preleciona, Sérgio Cavalieri Filho, como elementos integrantes da conduta culposa: conduta voluntária com resultado involuntário (originando-se a vontade em conduta lícita, com resultado ilícito); falta de cautela ou diligência e previsibilidade ou previsão, sendo este último elemento, a chamada culpa consciente, a qual se aproxima do dolo, sendo que, embora previsto o resultado, esse não era desejado. Destaca-se que, para essa avaliação, impõe-se dois critérios: objetivo e subjetivo, os quais devem ser conjugados para uma solução justa. O critério objetivo refere-se ao que o homem médio faria, diligente e cauteloso, e o critério subjetivo refere-se à individuação da hipótese concreta, considerando a idade do agente, condições pessoais do sujeito, grau de cultura, capacidade técnica, dentre outras.<sup>127</sup>

A falta de diligência ou cautela se exterioriza pela imprudência, imperícia e negligência, produzindo resultados em que é possível verificar vários tipos ou graus de culpa.

Neste sentido, o artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe justamente da responsabilidade do agente público por suas decisões e opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.<sup>128</sup>

O erro grosseiro é aquele resultante da ausência de cautela grosseira, desatenção injustificada, em função do que se espera do agente público, que será explorado em item próprio mais adiante.

Para Orlando Gomes, a depender do tipo de responsabilidade, variam os critérios de apreciação da culpa e a extensão de ressarcimento, em que pese sustentar que o Código Civil adota a teoria da unidade de responsabilidade, pela qual não há mais que se falar em responsabilidades extracontratual ou contratual, de forma a existir, entre elas, uma dicotomia, ou seja, um conceito de responsabilidade dividido, sendo considerado tudo que se referir à efetiva reparação civil.

O mesmo autor sustenta a culpa na modalidade contratual ou extracontratual, ou seja, a depender do tipo de fonte da relação jurídica entre as partes, se preexistente e obrigacional, será contratual, se for decorrente de lei ou preceito geral, será extracontratual ou aquiliana, sendo nesta o ato ilícito fonte de obrigações, apresentando a sanção civil em sua configuração

---

<sup>127</sup> Ibid., p. 48.

<sup>128</sup> Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

externa como uma relação obrigacional, pois, praticado o ato, nasce a obrigação de indenizar para o agente, com o objeto de prestação de ressarcimento. Assim sendo, o agente torna-se devedor e a vítima credora, como se houvesse um contrato entre ambos, em que pese a dívida não ter sido contraída de forma voluntária.<sup>129</sup>

Orlando Gomes entende culpa e dolo, no Direito Civil, da seguinte forma:

A conduta dolosa expressa-se na ação ou omissão voluntária; a culposa, pela negligência, ou imprudência, bem assim pela imperícia, se o dano resultar de atividade profissional que causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal ou causar-lhe lesão ou inabilitá-lo para o trabalho. (...)Cumpro distinguir o dolo direto do indireto. Há dolo direto se o agente proceder com a intenção de provocar o dano que previu. Há dolo indireto se não tem ânimo de prejudicar, mas só que o dolo será consequência do resultado que quis alcançar. O dolo pode ainda ser eventual se o agente tem consciência de que praticou o ato podendo causar dano.<sup>130</sup>

Este autor aponta a culpa como um “desvio de comportamento”, entendendo que a ofensa ao direito, sendo proposital, será dolosa, ou, se for resultante da falta de diligência, culposa em sentido estrito. Caso a conduta tenha sido praticada fora dessas hipóteses, o comportamento será considerado lícito, pois a culpa seria necessariamente a ofensa em virtude de conduta fora do normal, não se confundindo com a ofensa em si.

Além disso, Orlando Gomes entende que o elemento moral integra necessariamente o conceito, já que, para que alguém seja julgado como culpado, a análise de seu comportamento, se reprovável ou não, levará em consideração tal elemento:

Não é possível, com efeito, cortar a raiz subjetiva da culpa sem se opor à sua ideia. O elemento moral integra necessariamente o conceito. Para se julgar alguém culpado, é

<sup>129</sup> Interessante destacar as contribuições do Direito Romano (Lex Aquilia) e Código de Napoleão para a regra geral de responsabilidade:

“A feição atual da sanção do ato ilícito atesta o aperfeiçoamento dos costumes. Mesmo no Direito romano, que superou a fase primitiva da vingança privada, a patrimonialização dessa pena não atingiu o refinamento conceitual da indenização. O pagamento devido pelo agente conservou o caráter de multa privada, ajustada entre as partes. Cabia, tão somente, quando se verificasse a perda ou o estrago de uma coisa do patrimônio da vítima, podendo ultrapassar seu valor. Não possuía, em suma, verdadeiro caráter indenizatório. Por sua natureza, não permitia a generalização. Aplicava-se, tão só, aos casos previstos, razão por que não se pode ver nas regras romanas sobre o delito os elementos de uma teoria geral da responsabilidade civil. A partir, porém, da Lex Aquillia, iniciou-se a tendência para a generalização com fundamento na regra atinente ao *dannum injuria datum*, que regulava, de início, a responsabilidade daquele que, sem direito ou escusa legal, causasse um dano à propriedade alheia. Posteriormente, o pretor estendeu a ação a outros prejudicados, mesmo quando o dano fosse causado *corpore*. Por outro lado, a Lei Aquilia teria introduzido a culpa com fundamento da responsabilidade, isto é, elemento constitutivo do delito civil – “*in lege Aquilia et levissima culpa venit*”. Contudo, apesar desses progressos, os romanos não construíram uma teoria geral da responsabilidade. Deve-se sua elaboração à doutrina moderna. Concorreu, decisivamente, o Código de Napoleão, em cujo art. 1.382 se consubstanciou o preceito genérico da responsabilidade civil, ao dispor: “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”. Firmou-se, no Direito atual, a regra geral de que fica obrigado a reparar o dano todo aquele que o causar por sua culpa.” GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 58-59.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 70.

preciso verificar se o seu comportamento foi reprovável. Do contrário, pode a lei determinar que indenize o dano, mas não é possível afirmar que houve culpa.<sup>131</sup>

Portanto, o elemento moral, ou elemento subjetivo, já está integrado na conceituação de culpa, seja ela em sentido estrito, como falta de diligência, ou mesmo, quando manifestada pelo comportamento proposital, na figura do dolo. E tal porque, visa-se punir o comportamento reprovável, justamente no sentido moral.

Inclusive, no que diz respeito à moralidade da conduta, no tocante à administração pública, tal tema foi explorado em item específico deste trabalho, para sua consideração ao controle dos atos ímprobos, porém, os valores morais a serem investigados são os que decorrem do exercício daquela função na instituição pública específica, no sentido da imoralidade administrativa, e não em relação à moralidade subjetiva.

Há que se ter em mente essa distinção para melhor elucidar o ato como ímprobo, pois, do contrário poderá ser ato ilegal a ser punido dentro do sistema da responsabilidade aquiliana, de forma subjetiva, mas não dentro das punições da Lei de Improbidade Administrativa.

Para aferição de graus de culpa, o atual artigo 944 determina que, havendo excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir a indenização de modo equitativo. Portanto, a análise de graus de culpa é significativamente importante para fins de arbitramento do valor de indenização.

Dentro do aspecto da improbidade, esta análise faz lembrar a aplicação do princípio da insignificância, que será exposto mais à frente, advindo do Direito Penal, para considerar de forma mais digna, o julgamento de agentes públicos que causarem pouco ou nenhum dano em decorrência de sua conduta, mesmo considerada ímproba.

Dá-se vê o caráter de integridade do Direito, pois, mesmo que de forma distinta, a análise de graus de culpa demonstra a preocupação em haver proporção entre intenção e dano causado, não sendo permitido que haja persecução de ato que resultou pouco ou nenhum dano, a movimentar todo o ordenamento jurídico em qualquer seara.

A aplicação do artigo 944 do Código Civil atual, conforme Sérgio Cavalieri Filho<sup>132</sup>, deve ser restritiva aos casos em que haja a chamada *culpa levíssima*, em que o ofensor tenha causado danos de grandes desproporções à vítima, considerando que o dano moral a ser arbitrado pelo juiz leva em consideração os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e condições econômicas das partes, em casos em que se aplique a responsabilidade subjetiva.

---

<sup>131</sup> GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 69.

<sup>132</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p.50-51.

Há também a culpa *in elegendo, vigilando e custodiando*, se referindo ao Código de 1916 que caracterizava a culpa pela má escolha do preposto (*in elegendo*), ou decorrente da falta de atenção ou cuidado (*in vigilando*), ou falta de cuidado em relação a animal ou coisa que estavam sob os cuidados do agente (*in custodiando*). Outrossim, há a culpa presumida, como aspecto de evolução do sistema da responsabilidade subjetiva para a objetiva, em virtude da dificuldade de se provar a culpa em determinadas situações, beneficiando a posição da vítima<sup>133</sup>.

Quanto à culpa concorrente, quando também há a conduta culposa da vítima, concorrendo ambas as partes para o resultado, impõe-se a proporção de indenização com relação ao grau de culpabilidade das partes, conforme disposto no artigo 945 do Código Civil.<sup>134</sup>

Em relação ao dolo, Sérgio Cavalieri Filho menciona que neste o agente deseja ação e o resultado, também mencionando estar presente este elemento subjetivo quando o autor da ação assume o risco de produzir o resultado decorrente, sendo que na culpa evidencia-se somente o desejo pela ação, atingindo o resultado em razão de falta de diligência, sendo o resultado involuntário.<sup>135</sup>

Pereira<sup>136</sup> menciona que o dolo se constitui na infração do dever legal ou contratual, esclarecendo que “a vontade do agente pode dirigir-se para o resultado maléfico, e, sabendo do mal que sua conduta irá gerar, quer este resultado, apesar de suas consequências conhecidas”. Ainda, dispõe que para a verificação do dolo, necessário nos atermos ao elemento fundamental conectado ao *animus nocendi*, ou seja, a intenção de causar o mal, o que é difícil evidenciar, em razão da sua significativa subjetividade e seu menor grau de exteriorização.

No entanto, complementa: “Não é modernamente necessária, na sua configuração, aquela preordenada vontade de violar a obrigação (Ruggiero). Basta, à caracterizá-lo, que o agente tenha a consciência da infração, e esteja ciente do dano que se lhe siga.”<sup>137</sup>

Portanto, a clara diferença entre dolo e culpa, dentro destas visões doutrinárias, é o resultado querido, desejado. O dolo vincula-se necessariamente ao resultado almejado e a culpa vincula-se à ação, sem querer ou assumir o risco em relação ao resultado.

<sup>133</sup> Cavalieri Filho usa como exemplo desta modalidade de culpa o acidente de desabamento do viaduto Paulo de Frontin no Rio de Janeiro em 1971, cujo acórdão do Desembargador Ebert Chamoun, da 5ª Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, utilizou-se da culpa presumida como fundamento para seu voto.

<sup>134</sup> Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

<sup>135</sup> CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 43.

<sup>136</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. Volume II. Revista e atualizada por Guilherme Nogueira da Gama. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 311.

<sup>137</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. Volume II. Revista e atualizada por Guilherme Nogueira da Gama. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.311.

Inclusive, para Cavalieri Filho, “na culpa a conduta nasce lícita, pois é dirigida a um fim legítimo, mas por erro sobre o curso casual, desvia-se de sua rota normal e acaba por produzir um resultado ilícito”. Ele exemplifica, como erro de conduta, dentro de suas conceituações sobre a culpa, no dever de cuidado, alguém que faz uma pequena obra em seu jardim, porém, não adota conduta socialmente adequada e derruba o muro do vizinho, incidindo em erro por falta de cautela, alcançando resultado não pretendido, ilícito.<sup>138</sup>

Em relação à responsabilidade objetiva, em que não é necessário demonstrar-se dolo ou culpa para responsabilização do agente, somente a causalidade entre dano e ação, o Código Civil de 2002 a consagrou em decorrência de evolução ocorrida na área da responsabilidade civil ao longo do século XX, sendo que, diante dos inúmeros artigos que tratam deste tipo de responsabilidade, muito pouco sobrou para a responsabilidade subjetiva.<sup>139</sup>

As hipóteses previstas para responsabilidade objetiva no Código Civil atual são: abuso de direito, conforme artigo 187; o exercício de atividade de risco ou perigosa, conforme parágrafo único do artigo 927, danos causados por produtos, conforme artigo 931, responsabilidade pelo fato de outrem, conforme artigos 932 e 933, responsabilidade pelo fato da coisa e do animal, conforme artigos 936, 937 e 939, responsabilidade dos incapazes, conforme artigo 928.

Assim, verifica-se que a responsabilidade subjetiva ficou adstrita às relações que envolvam outros assuntos, ligados às pessoas físicas mormente, pois a responsabilidade objetiva atualmente envolve a maioria das demais hipóteses, atinentes ao risco das atividades.

Destaca-se que a responsabilidade objetiva não deve, automaticamente, pressupor a ausência de vontade, precursora da culpa em sentido amplo, pois sempre existirá uma manifestação de vontade, mesmo que em momento anterior ao dano. Neste sentido, Andrea Marighetto e Francisco de Assis e Silva<sup>140</sup> asseveram:

O agir do Direito sem a vontade foi preconizado nas teorias de “responsabilidade objetiva” ou “sem culpa” é, de fato, suficiente demonstrar a relação entre dano e ação, ou seja, a existência do nexa causal. Mas de início a teoria prévia um agir anterior a responsabilidade objetiva, ou seja, o agente manifestou sua vontade ao elaborar um “negócio jurídico” e para tanto assumiu consequências de fatos que poderiam ocorrer, sem que sua vontade fosse manifesta diretamente para configuração do nexa causal.(...)A responsabilidade objetiva se aplica onde haja previsão legislativa ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (art. 927, § PU, CC). É para facilitar o agir do Direito

<sup>138</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 45.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 218.

<sup>140</sup> MARIGHETTO, Andrea; ASSIS E SILVA, Francisco de. O “resgate” da culpa como elemento subjetivo da responsabilidade. 16/04/2020. **Boletim de Notícias Conjur Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/opiniao-culpa-elemento-subjetivo-responsabilidade>>. Acesso em: 07 set. 2020.

e não somente para punir a “ausência de conduta humana” desprovida da vontade. A premissa não é a ausência de vontade e sim, de uma manifestação de vontade anterior, com o objetivo de efetivação da justiça contratual. É o objetivo e não a consequência que se procurou proteger.

Esse entendimento é importante, já que, como tais autores afirmam, “o agir do Direito sem a existência da vontade, ou sem a manifestação da vontade, é o agir da sanção. O agir sem vontade, como já dissemos alhures, é o agir sem culpa, porque culpa é em primazia, vontade”.<sup>141</sup>

Portanto, mesmo na responsabilidade objetiva, estará presente a vontade, porém, relacionada ao momento anterior da ocorrência do dano, ao realizar determinado negócio jurídico e assumir suas consequências.

No entanto, doutrinariamente, a exemplo de Orlando Gomes, que dedicou um capítulo todo denominado “Responsabilidade sem culpa”, não há destaque a respeito da existência de vontade em momento antecedente ao dano gerado na responsabilidade objetiva.

Para este autor, o dever de indenizar sem que o agente tenha cometido delito civil, não tendo fato gerador o ato ilícito, não deveria sequer mencionar a existência de responsabilidade, a qual identifica-se diretamente com a imputabilidade, sendo esse dever, na realidade, mais uma garantia do que uma responsabilidade.<sup>142</sup>

Dentro da responsabilidade objetiva, atualmente, encontra-se a responsabilidade da Administração Pública. No entanto, houve uma evolução para que esta responsabilidade fosse considerada desta natureza.

No Estado Absolutista, vigorava o princípio da irresponsabilidade, havendo expressões como “O rei não erra”, “O Estado sou eu”, “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei”, sendo que se entendia que o Estado e o funcionário eram sujeitos diferentes, vigorando o chamado princípio da irresponsabilidade.

Nos Estados Unidos, houve a superação do princípio da irresponsabilidade do Estado a partir do *Federal Tort Claim Act*, de 1946 e a Inglaterra, também realizou tal superação por meio do chamado *Crown Proceeding Act*, de 1947.<sup>143</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que:

Nos Estados Unidos, em grande parte dos casos, o particular pode acionar diretamente o funcionário, admitindo-se, em algumas hipóteses, a responsabilidade direto do

<sup>141</sup> Ibid.

<sup>142</sup> GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 113.

<sup>143</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 823.

Estado, porém, desde que haja culpa, apurada da mesma maneira e tão amplamente como a de um particular em iguais circunstâncias. Trata-se de responsabilidade subjetiva.

Na Inglaterra, a partir do *Crown Proceeding Act*, a Coroa passou a responder por danos causados por seus funcionários ou agentes, desde que haja infração daqueles deveres que todo patrão tem em relação ao seus prepostos e também daqueles deveres que toda pessoa comum tem em relação à propriedade. A responsabilidade, no entanto, não é total, porque sofre limitações, não se aplicando aos entes locais nem às empresas estatais.<sup>144</sup>

No entanto, a responsabilidade irrestrita não foi recepcionada pelo nosso ordenamento jurídico, não havendo nas Constituições de 1824 e 1891 disposições que previram a responsabilidade do Estado, apenas dispondo que haveria responsabilização do funcionário em decorrência de abuso ou omissão praticados no exercício de suas funções, havendo responsabilidade solidária do Estado, diante de danos causados, como por exemplo, por estrada de ferro, colocação de linhas telegráficas, pelos serviços de correio<sup>145</sup>.

Em 1916, foi adotada a teoria da responsabilidade subjetiva, através do artigo 15 do Código Civil da época, sendo que em 1936 houve o acolhimento ao princípio da responsabilidade solidária entre Estado e funcionário, nos termos do seu artigo 171, repetindo-se a mesma norma no artigo 158<sup>146</sup> da Constituição de 1937.

Destaca-se o que Celso Antônio Bandeira de Melo sustenta:

Inobstante o teor do dispositivo indicava claramente o caráter subjetivo da responsabilidade pública, vale dizer, seja por culpa civil, seja por falta de serviço, já então sob seu império e mesmo antes, a tese da responsabilidade objetiva contava com adeptos entre doutores da máxima suposição, como Ruy Barbosa, Pedro Lessa e Amaro Cavalcanti, estes últimos, magistrados dos mais ilustres. Filadelfo Azevedo, eminente Ministro do STF e partidário da tese, fez amplo recenseamento sobre o tema em erudito voto proferido na Ap. cível 7.264, aos 12.4.1943 (RDA 1/565), quando aquela egrégia Corte confirmou condenação da União a indenizar danos causados por movimento militar sedicioso, embora o fizesse com fundamento na teoria da falta de serviço ou culpa administrativa<sup>147</sup>.

A respeito da teoria da culpa administrativa, Hely Lopes Meirelles<sup>148</sup> preleciona que esta representa a primeira fase de transição, entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a responsabilidade objetiva, advinda do risco administrativo. Esta teoria considera a denominada “falta do serviço”, para dela inferir a responsabilidade do Estado, não sendo avaliado o elemento subjetivo da culpa do agente público, mas a ausência do serviço de forma objetiva.

<sup>144</sup> Ibid., p. 823.

<sup>145</sup> Ibid., p. 826.

<sup>146</sup> Art. 158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

<sup>147</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1024.

<sup>148</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 662.

A falta do serviço poderia se dar, à luz desta teoria, em três situações, quais sejam, a inexistência do serviço, o mau funcionamento do mesmo ou seu retardamento, incidindo-se a obrigação de indenizar advinda de forma a prescindir da análise do elemento subjetivo da culpa<sup>149</sup>.

Em 1946 e 1967 as Constituições dispuseram a respeito da responsabilidade objetiva, por meio de seu artigo 194 determinando que as pessoas jurídicas de direito público seriam civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários causassem a terceiros, no exercício de seus cargos, sendo estipulado em seu parágrafo único que caberia Ação de Regresso em face dos funcionários causadores do dano, expressamente estipulando-se “quando tiver havido culpa destes”.<sup>150</sup>

Finalmente, a Constituição vigente de 1988, estabelece por meio de seu artigo 37, §6º, que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos irão ser responsáveis pelos danos que seus agentes, que nessa qualidade, causem a terceiros, também sendo garantido o direito de regresso em face do responsável nos casos de dolo ou culpa.<sup>151</sup>

E o Código Civil atual, por meio de seu artigo 43, estabelece que “Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Observa-se pelo texto do artigo 43 vigente do Código Civil que este é mais superficial que a própria Constituição vigente, que inclui na responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado, de serviços públicos, além das de direito público.

Portanto, o raciocínio atual a respeito da responsabilidade do Estado é de que se aplica a este, de forma ampla, englobando as pessoas jurídicas privadas de serviços públicos, a responsabilização objetiva pelos atos de seus agentes. Ainda, em regresso do Estado em face do agente, haverá de ser analisado os elementos subjetivos do dolo e da culpa para que estes respondam e reparem os prejuízos decorrentes, dos quais, *prima facie*, responde o Estado objetivamente.

---

<sup>149</sup> Ibid., p. 662.

<sup>150</sup> Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

<sup>151</sup> § 6º 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, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Ainda a respeito da modalidade de responsabilidade objetiva em relação ao Estado, há duas teorias que aqui devem ser lembradas: a teoria do risco administrativo, em que se admite a contraprova de causas excludentes de responsabilidade, bem como a teoria do risco integral, pela qual nesta, não há possibilidade de apor-se tal argumentação de defesa.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que houve indistinção de tais teorias no direito brasileiro, por grande parte da doutrina tratá-las como expressões sinônimas. E a respeito disso conclui:

Ocorre que, diante de normas que foram sendo introduzidas no direito brasileiro, surgiram hipóteses em que se aplica a teoria do risco integral, no sentido que lhe atribuiu Hely Lopes Meirelles, tendo em vista que a responsabilidade do Estado incide independentemente da ocorrência das circunstâncias que normalmente seriam consideradas excludentes de responsabilidade. É o que ocorre nos casos de danos causados por acidentes nucleares (art. 21, XXIII, *d*, da Constituição Federal), disciplinados pela Lei nº. 6.453 de 17-10-77; e também na hipótese de danos decorrentes de atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, conforme previsto nas Leis nº. 10.309, de 22-11-01, e 10.744, de 9-10-03. Também o Código Civil previu algumas hipóteses de risco integral nas relações obrigacionais, conforme artigo 246, 393 e 399.<sup>152</sup>

Hely Lopes Meirelles deixa bastante claro essa distinção, ao prelecionar que “o risco administrativo não se confunde com o risco integral. O risco integral não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular”<sup>153</sup>, somente sendo dispensado, que a vítima tenha que comprovar a culpa da Administração, situação esta imposta pela teoria da culpa administrativa.

Ainda, à teoria do risco administrativo, importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa, sendo a expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos, repartindo os ônus sociais pelos beneficiados pela atividade da Administração Pública, de forma que, todo danos sofrido pelo particular deverá ser ressarcido, independentemente de culpa do agente público que a causou, contanto que haja causalidade entre a ação administrativa e o dano causado pelo administrado<sup>154</sup>. Neste tipo de responsabilidade há defesa que afaste o dever de ressarcimento e recomposição ao administrado, excluindo-se o nexos causal, quando comprovado fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro.

<sup>152</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 825-826.

<sup>153</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. Revista, atualizada e ampliada Salvador: Juspodivm, 2020, p. 662.

<sup>154</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 286.

A teoria do risco integral, conforme Helly Lopes Meirelles, é modalidade extremada da doutrina, abandonada pela prática, por “conduzir ao abuso e à iniquidade social”<sup>155</sup>, impondo à Administração o dever de indenizar toda e qualquer situação, não se admitindo qualquer excludente.

Para Cavalieri Filho, restou evidente que houve o acolhimento da teoria do risco administrativo, e não a teoria do risco integral, justamente por ter a Constituição (§6º, art. 37) condicionado a responsabilidade do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, sendo que, caso não haja tal causalidade, não haverá como surgir sua obrigação de indenização, devendo haver causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano<sup>156</sup>.

Este autor também esclarece que o dever jurídico violado em casos de responsabilidade objetiva da Administração Pública é o dever de segurança ou de incolumidade, ou seja, o Estado possui a obrigação de exercer suas atividades, mesmo que com riscos inerentes, com a maior segurança possível, no sentido de não causar dano a quem quer que seja<sup>157</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Melo, em análise dos sujeitos do Estado, mais precisamente que o comprometem, explana que o Estado em si não possui manifestação psicológica, e, portanto, Estado e agente são considerados como uma unidade.<sup>158</sup>

Daí, pode se verificar a importância e o rigor da conduta do agente que age como preposto do Estado, sendo possível entender, dentro desse contexto, a severidade das punições que a Lei de Improbidade Administrativa traz, considerando que o Estado responde de forma objetiva em relação aos danos que causar a terceiros.

Do mais alto grau de autoridade, incluindo os mais modestos trabalhadores que atuam pelo aparelho estatal, todos representam igualmente o Estado, sendo unidade, a responder por seus atos de forma objetiva.

Ante todo o exposto, de forma resumida: houve demonstração e que a ambos elementos, culpa e dolo, sempre a vontade é precedente, sendo que naquele esta não está conectada ao resultado ou objeto, aproximada à ausência de cuidado, de diligência, e, de outro lado, o elemento subjetivo do dolo demonstra vontade intencional ao resultado gerado.

Na seara cível, a responsabilidade subjetiva é a regra, ou seja, para que seja gerada a obrigação de indenizar, necessário que seja demonstrada a culpa do agente, além da

---

<sup>155</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. Revista, atualizada e ampliada Salvador: Juspodivm, 2020, p. 663.

<sup>156</sup> CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 289.

<sup>157</sup> Ibid., p. 287.

<sup>158</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1024.

causalidade da conduta ao dano gerado, em que pese haver no atual Código Civil previsões muito mais ligadas à responsabilidade objetiva. E tal porque, a responsabilidade objetiva precisa estar prevista em lei de forma expressa.

Já na responsabilidade objetiva, a análise do elemento subjetivo é indiferente, pois advém do risco da atividade, pressupondo uma vulnerabilidade da vítima de demonstrar culpa ou dolo, bem como, pressupondo-se que daquela atividade haja risco inerente.

Assim é também, atualmente, a regra quanto à responsabilidade da Administração Pública, pois esta deverá indenizar a vítima pelos danos causados, de forma objetiva, ressalvado seu direito de regresso em face do agente causador do dano.

Tal pensamento advém da unidade entre o Estado e seu agente público, ou seja, não há separação do ato de ambos, dentro do exercício da atividade pública, o que torna tão severas suas punições, inclusive no tocante à improbidade administrativa.

Passa-se, então, à análise da conformação penal em relação aos elementos subjetivos.

## 2.3 TEORIAS DO DELITO E ELEMENTO SUBJETIVO NO DIREITO PENAL

Para que seja possível realizar esta análise na seara penal, de forma aprofundada, necessário trazer a evolução dos diferentes modelos de conduta, utilizando-se, principalmente, para tanto, os ensinamentos de Juarez Tavares. Posteriormente serão analisados os conceitos de dolo e culpa no Direito Penal, sem, no entanto, esgotar toda a matéria atinente a essa disciplina, pois a pretensão é de contextualização de tais elementos quando do julgamento de atos de improbidade administrativa, o que será feito mais à frente.

Juarez Tavares sustenta que cada sistema punitivo advém de forte influência da base econômica da sociedade, compreendendo que a “intensificação do sistema punitivo da atualidade está também conjugada às imposições de domínio do capitalismo monopolista (...), fortalece os processos de marginalização e exclusão social”<sup>159</sup>.

Além disso, ele assevera que:

Mediante uma diversificação dos modos e métodos de confrontar o direito com a realidade empírica, principalmente aquela vivida por uma pessoa em um Estado Democrático de Direito, formula-se o projeto de uma estrutura capaz de proporcionar uma crítica constante dos fundamentos da norma criminalizadora.<sup>160</sup>

---

<sup>159</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 136.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 137.

Ou seja, a movimentação do sistema punitivo é impulsionada pela influência das evoluções sociais e econômicas da sociedade, no sentido de buscar ser adequado à estrutura vivida na atualidade, neste momento, do Estado Democrático de Direito.

No sentido de estabelecer o Direito Penal como ciência, os juristas do século XIX iniciaram estudos a respeito de um sistema para análise de delito, sendo este segmentado em três partes (sistema tripartido): fato típico (subsunção ao tipo, à Lei Penal, correspondência formal, objetiva), antijurídico (causa que exclua sua antijuridicidade) e culpável (imputabilidade e dolo ou culpa).

Esse raciocínio é referente à primeira teoria, a clássica, denominada causal ou naturalista, dentro de um contexto social em que se buscava respeito máximo ao positivismo, no sentido de substituir o império da vontade pelo império da Lei. Tal teoria surgiu através dos juristas Franz von Liszt e Ernst von Beling, em evidente influência do filósofo prussiano iluminista Immanuel Kant, tratando a análise do fato delitivo em parte objetiva e subjetiva, mundo fenomênico e numênico.

A preocupação do sistema punitivo era de impor a norma, para escapar das imposições volitivas dos soberanos, garantindo regras decorrentes da Lei.

O modelo causal da teoria do crime concebe que a ação é definida como “causa do resultado”, movimento corpóreo que produz modificação no mundo exterior. Juarez Tavares preleciona que:

Segundo se depreende da obra de VON LISZT, um dos eminentes juristas do final do século XIX e começo do século XX, a ação poderia ser decomposta nos seguintes elementos; a) um impulso causal, traduzido como voluntariedade; b) um movimento corpóreo; c) uma modificação empírica do mundo exterior. Por esse modelo, a ação, como processo causal, englobava necessariamente o resultado, expresso nos termos de “modificação do mundo exterior.”<sup>161</sup>

Esse modelo começou a enfrentar problemas com os delitos omissivos, que não comportavam um movimento corpóreo.

Da mesma forma que Juarez Tavares sustenta, Artur Gueiros Souza e Carlos Eduardo Japiassú asseveram que, em que pese essa modalidade tenha consolidado as categorias modernas do conceito de delito “ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade”, ao exigir

---

<sup>161</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 138.

necessariamente um movimento comissivo de modificação do mundo exterior, seria incompatível com as hipóteses de omissão e tentativa inacabada<sup>162</sup>.

Por meio dessa teoria, a análise de culpabilidade, relacionada aos elementos subjetivos dolo e culpa, tinha relação psicológica do autor com o fato, ignorando que na culpa, ao menos no inconsciente, não haveria nenhuma relação psíquica, como nos delitos de esquecimento, a exemplificar, caso em que o autor do delito esquece de desligar gás do fogão ao sair de casa, causando explosão e morte de vizinhos, por exemplo.<sup>163</sup>

O sistema causal, naturalista, também chamado de clássico, sob forte influência de Immanuel Kant, foi aprimorada para a teoria chamada neokantista, ou neoclássica, nas primeiras décadas do século XX, substituindo a lógica do pensamento ontologista, ou seja, ligado às categorias do “ser”, redefinindo o conceito de delito, tendo como base a finalidade do Direito Penal da justiça e doutrinador referencial Edmund Mezger.

Para a teoria neokantista, no âmbito da tipicidade houve importante modificação, qual seja, a concepção descritiva do tipo ficou adstrita aos elementos normativos dentro de um contexto cultural que lhe atribuísse o juiz, sendo impossível determinar tipos objetivos apenas por dados do mundo exterior<sup>164</sup>.

A respeito do conceito de antijuridicidade e culpabilidade deste modelo, inferem Artur Gueiros Souza e Carlos Eduardo Japiassú:

Significativas transformações ocorreram, igualmente, no conceito de antijuridicidade e de culpabilidade. A primeira deixou de ser considerada como mera violação formal de uma norma jurídica (concepção que remontava a Binding), devendo ser deduzida das finalidades das disposições penal a compreensão do injusto como danosidade social (antijuridicidade material), além da já mencionada necessidade de sua dimensão subjetiva<sup>165</sup>.

A culpabilidade também sofreu modificações, agregando dolo ou culpa (vínculo psicológico) à noção de reprovabilidade pela formação da vontade contra o dever. Ainda se observava, no entanto, os elementos subjetivos (dolo ou culpa) no campo da culpabilidade dentro da concepção tripartida do delito.

Posteriormente, no primeiro terço do século XX, adveio o modelo finalista, do jurista Hans Welzel que se solidificou no período pós-guerra, em que a recuperação e o desenvolvimento eram o foco da sociedade, diante de profundas mudanças ocorridas. Por meio deste modelo, a conduta dividia-se em dois segmentos, objetivo e subjetivo. O segmento objetivo

---

<sup>162</sup> SOUZA, Artur de Crito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal**: volume único. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 117.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 118.

tratava-se em meios causais e sua execução; e o subjetivo, engloba a representação do fim e a vontade, a que ele denomina, de dirigente.<sup>166</sup>

Conforme Juarez Tavares: “A característica essencial do modelo final não reside propriamente no fim perseguido pelo sujeito, mas sim na dirigibilidade consciente dos meios causais com vistas ao alcance do objetivo.”<sup>167</sup>

Importante destacar que os elementos, dolo ou culpa, para a teoria finalista estão alocados no fato típico, portanto, houve significativa mudança com relação à teoria causal, em que, o elemento subjetivo estava contido no campo da culpabilidade.

Neste sentido, prelecionam Artur Gueiros Souza e Carlos Eduardo Japiassú.<sup>168</sup> “No novo sistema proposto por Welzel, a finalidade da ação típica foi equiparada ao dolo, deduzindo-se, assim, que o dolo, juntamente com outros elementos subjetivos do injusto, bem como a culpa, deveria pertencer ao tipo.”

Porém, na teoria causal ou finalista, a omissão restava como ponto não abordado, limitando-se tais modelos, às condutas comissivas e sua modificação no mundo exterior (causal) ou estas e sua finalidade, dirigibilidade.

A partir de 1970, Claus Roxin e Bernd Schünemann, lançaram a teoria funcionalista, formulando o seguinte questionamento: “para que serve a solução de um problema jurídico que, apesar de harmonicamente claro e uniforme, é, sob o ponto de vista político criminal, errôneo?”. O modelo funcionalista, na realidade, não surgiu como novo, pois inseria-se na tradição metodológica neokantista, no entanto, ele ampliou o conceito de culpabilidade, colocando-a como condição necessária, mas não absoluta, para punição, “pois é ainda preciso erificar se é conveniente a punição tendo em conta razões preventivo-gerais (interesse da coletividade) e preventivo-especiais (reprovação pessoal)”.<sup>169</sup>

Posteriormente, surgiu o modelo social, através do qual a omissão passou a ser considerada, socialmente relevante, procedendo-se uma separação entre conduta puramente individual e conduta social. Tavares<sup>170</sup> exemplifica: “Se alguém está em sua casa e coça a cabeça pratica uma conduta puramente individual. Se está, porém, à mesa de jogo e o gesto de coçar a cabeça constitui uma senha ao seu companheiro acerca das cartas que possui, tal fato implica uma conduta socialmente relevante.”

---

<sup>166</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p.138.

<sup>167</sup> Ibid., p. 138.

<sup>168</sup> SOUZA, Artur de Crito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal**: volume único. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 120.

<sup>169</sup> SOUZA, Artur de Crito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal**: volume único. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 121-122.

<sup>170</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p.139-140.

Na visão de Juarez Tavares, esse tipo de teoria de delito é o mais difundido, pois faz a análise a partir de juízos de relevância extrajurídicos. No entanto, como as demais mencionadas, possuía grave deficiência concernente na dependência da relevância da conduta, sendo este juízo epistemológico, ou seja, de premissas valorativas.<sup>171</sup>

Por fim, outra teoria igualmente importante a ser trazida, é a chamada Teoria Constitucionalista do Direito, sendo que alguns de autores que a adotaram Luiz Flávio Gomes e Fernando Capez, consideraram decorrente de inevitável aproximação entre Direito Penal e Constituição Federal.

Nesta teoria, os princípios constitucionais, que defluem do Estado Democrático de Direito, principalmente do princípio da dignidade da pessoa humana, atuarão na tipicidade material necessária, além da tipicidade formal, ou seja, a subsunção da conduta ao tipo.

Assim, o Estado não se limita mais à letra da Lei, mas sim às questões sociais, assegurando compromisso de intervenção para reduzir as desigualdades sociais.

Luiz Flávio Gomes preconiza essa teoria para falar da aplicação do chamado princípio da insignificância:

A consequência dogmática inevitável decorrente da incidência do princípio da insignificância é a exclusão da tipicidade do fato. O fato deixa de ser materialmente típico. **A decisão supra do Min. Celso de Mello dá apoio a essa nova concepção doutrinária da tipicidade penal, que é um dos avanços da nossa teoria constitucionalista do delito e que vem a ser a soma da tipicidade formal + tipicidade material.** Não basta, assim, que a conduta realizada tenha produzido o resultado naturalístico exigido por alguns tipos penais (crimes materiais), que haja nexos de causalidade entre a conduta e esse resultado, que a conduta esteja devidamente descrita numa formulação típica legal. Esse lado formal do delito (da tipicidade penal) é necessário, mas não suficiente.<sup>172 173</sup> **(grifo nosso).**

<sup>171</sup> Ibid., p. 140.

<sup>172</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 75.

<sup>173</sup> O autor Luiz Flávio Gomes se refere ao julgamento do **HC 84.412-0-SP** pelo Ministro Celso de Mello, que representou à época (2004) verdadeiro avanço da teoria constitucionalista do delito, observa-se sua ementa: EMENTA: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA(...) **O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.** Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) **a mínima ofensividade da conduta do agente**, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - **O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se**

Luiz Flávio Gomes sustenta que a tipificação material tem fundamento em dois critérios, sendo eles, o juízo de valoração ou desaprovação da conduta e o juízo de valoração ou desaprovação do próprio resultado, exemplificando-o caso de resultado socialmente adequado a perfuração da orelha de criança, em que não há que se falar em reprovação.<sup>174</sup>

Quando não há um desvalor da ação, não incidirá a persecução penal, pois, conforme o Ministro Celso de Mello destaca no julgamento do HC 84-412-0-SP, referência para a aplicação do princípio da insignificância, à seara penal “não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.”<sup>175</sup>

Destaca-se que o princípio da insignificância foi introduzido por Claus Roxin no Direito Penal, sendo mecanismo de contenção do fato típico, com o mínimo de valor e impacto social relevante. Ou seja, pode ocorrer a tipicidade formal, mas não haverá tipicidade material.<sup>176</sup>

Fernando Capez afirma que o princípio constitucional norteador desta teoria é o da dignidade humana, sendo que os demais princípios destes derivados dão conteúdo à norma penal, como por exemplo, o mencionado princípio da insignificância. Ele conceitua o fato típico por meio desta teoria como tendo a subsunção formal adicionada ao dolo ou culpa, acrescentando o conteúdo material do crime, “que é muito mais do que apenas a inadequação social da teoria social da ação”, devendo o fato ter uma relevância mínima para ser punível, não servindo ao Direito tutelar o que ele denomina de “fatos de escassa lesividade”. Este autor ainda assevera que: “A teoria constitucional do direito penal é, portanto, uma evolução em relação às anteriores

---

**justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas**, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. **O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social** (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 84412**, Segunda Turma, Relator(a): Celso de Mello, julgado em: 19/10/2004, DJ 19-11-2004. **(Grifo nosso)**. Disponível em: <[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2084412%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2084412%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true)>. Acesso em: 19 out. 2020.

<sup>174</sup> GOMES, op. cit., p. 173.

<sup>175</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 84412**, Segunda Turma, Relator(a): Celso de Mello, julgado em: 19/10/2004, DJ 19-11-2004, Disponível em [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2084412%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2084412%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true) Acesso em: 19 out. 2020.

<sup>176</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 74.

e permite ao Poder Judiciário exercer controle sobre o que o legislador diz ser crime, tornando o juiz um intérprete e não mero escravo da lei”.<sup>177</sup>

Desta forma, verifica-se que atualmente a Constituição Federal, por meio de seus princípios, exerce papel fundamental inclusive dentro da dogmática penal, para categorização do próprio fato típico, além de averiguação dos elementos subjetivos (dolo e culpa).

Dentro desse contexto, pode-se afirmar, que tais elementos subjetivos (dolo e culpa) não serão suficientes para a tipificação penal, ou seja, para além destes, há de ser considerado o que a própria Constituição Federal, através de seus princípios, mormente o da dignidade humana, consideram como suficiente materialmente para que haja punição.

Alguns dos principais princípios constitucionais que decorrem da dignidade da pessoa humana, como o mencionado princípio da insignificância, atuam como balizas para a correta interpretação e aplicação das normas penais: legalidade, insignificância, alteridade, confiança, adequação social, intervenção mínima, fragmentariedade, proporcionalidade, humanidade, necessidade e ofensividade.<sup>178</sup>

Assim, considera-se o que é relevante, socialmente, de acordo com preceitos constitucionais, para então haver a imputação de pena decorrente do ato delituoso. Há, portanto, limitações constitucionais ao sistema punitivo, para garantir a dignidade da pessoa humana, evitando-se desproporções punitivas.

Neste aspecto, cabe aqui destacar, crítica realizada por Rafael Tomaz de Oliveira e Sebastião Sérgio da Silveira no sentido que: há que se ter cuidado com a forma de aplicação da chamada “Jurisprudência dos valores”, justamente em decorrência da “constitucionalização do direito” em que as disposições constitucionais são aplicadas em todos os ramos do direito, para que não haja “excessiva margem de discricionariedade para o julgador no momento da decisão”. Eles ainda destacam:

Tornou-se comum no Brasil o discurso sobre a chamada *constitucionalização do direito* - em referência ao espalhamento das disposições constitucionais para todos os demais ramos do direito. É comum a referência ao fato de que o direito (infraconstitucional) não pode ficar imune aos "valores" introduzidos pela nova ordem constitucional. Valores esses que são conduzidos para dentro do sistema jurídico pela via dos princípios constitucionais que devem ser aplicados segundo as regras da ponderação. (...)As críticas que são feitas aos partidários da valoração passam pelo excesso de subjetivismo que existe na ideia de valores (que estão a depender do sujeito que os

<sup>177</sup> CAPEZ. Fernando. **Improbidade administrativa. Limites constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 80.

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 79.

conhece e os articula) chegando às acusações de irracionalidade a que o procedimento da ponderação submete o direito.<sup>179</sup>

Diante dos principais modelos da teoria do crime, observa-se um deslocamento dos elementos subjetivos do dolo e culpa para a categorização do fato como típico, diferentemente do que propunha o modelo causal, em que estes restavam somente a culpabilidade, após observação a subsunção formal da conduta delituosa. Neste sentido, a respeito da culpabilidade, nos ensina Juarez Tavares:

Na doutrina penal nem sempre manteve coerência quanto aos elementos da culpabilidade nos crimes dolosos. Na teoria causal-naturalista e ainda no neokantismo, o dolo integrava a própria culpabilidade como uma de suas modalidades. Também os partidários da teoria social da ação conferiam ao dolo uma dupla função, incluindo-o tanto no tipo quanto na culpabilidade. O finalismo excluiu-lhe totalmente o dolo, configurando a culpabilidade com a capacidade de culpa, com a consciência potencial da antijuridicidade e com a exigibilidade de comportamento conforme a norma.<sup>180</sup>

À culpabilidade restou somente o juízo de reprovação do Estado, para critério de aplicação de pena<sup>181</sup>, e a teoria tripartida transformou-se em bipartida, porém, ainda existindo a interpretação e aplicação divergente a respeito pelos adeptos da teoria clássica.

Sendo assim, para que determinado fato seja típico, no Direito Penal, há que se ter o elemento subjetivo do dolo e da culpa, sendo esta última cabível quando expressamente prevista no ordenamento penal, bem como todo esse conjunto ser adequado sob a interpretação dos princípios constitucionais.

Isso porque, o dolo é a regra, inclusive para tipicidade de fato de delituoso, não havendo que se aplicar qualquer interpretação sem que haja a observância dos elementos subjetivos dolo ou culpa para caracterização de crime, conforme artigo 18 do Código Penal<sup>182</sup>, afastando-se a responsabilidade objetiva.

<sup>179</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Direito penal e proporcionalidade: Anotações sobre o caráter invasor da constituição no controle das normas penais.** Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_27076297\\_DIREITO\\_PENAL\\_E\\_PROPORCIONALIDADE\\_ANOTACOES SOBRE O CARATER\\_INVASOR\\_DA\\_CONSTITUICAO\\_NO\\_CONTROLE\\_DAS\\_NORMAS\\_PENAIAS.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_27076297_DIREITO_PENAL_E_PROPORCIONALIDADE_ANOTACOES SOBRE O CARATER_INVASOR_DA_CONSTITUICAO_NO_CONTROLE_DAS_NORMAS_PENAIAS.aspx)>. Acesso em: 21 out. 2020

<sup>180</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito.** 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 497.

<sup>181</sup> Fixação da pena

CÓDIGO PENAL - Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

<sup>182</sup> CÓDIGO PENAL - Art. 18 - Diz-se o crime:

E no direito civil a culpa é a regra geral, sendo dolo uma de suas modalidades. Na seara civil, há possibilidade de responsabilidade objetiva, para a qual sequer é necessária a análise presença do elemento subjetivo. Para fins de responsabilidade do Estado a regra, inclusive, é da aplicação da responsabilidade objetiva, ressalvado o direito de regresso desta em face do agente público, desde que evidenciado o seu elemento subjetivo do dolo ou culpa.

Sérgio Cavalieri assevera que dolo e culpa na seara civil não são diferentes do que dolo e culpa na área penal, sendo, a rigor, substancialmente iguais, tendo os mesmos elementos, e quando há diferença é apenas no grau, mencionando como exemplo o sentido de dolo civil em defeitos dos negócios jurídicos, que se refere à malícia, fraude, para indução da outra parte em erro, sendo que esta é a mesma noção do Direito Penal.<sup>183</sup>

Em relação à análise da sistemática que o nosso ordenamento jurídico penal aplica para constatação dos elementos subjetivos, necessário destacar que é realizada através do princípio da culpabilidade, pelo qual, “cada um é responsável por aquilo que podia evitar, pois a culpa penal é estritamente pessoal e subjetiva”. Referido princípio representa verdadeira conquista dos cidadãos em relação ao arbítrio dos órgãos estatais, conforme afirmam Artur Gueiros Souza e Carlos Eduardo Japiassú, somente se justificando a pena criminal se o agente deveria evitar e se poderia evitar o ilícito praticado. Os autores pontuam ainda que:

O princípio da culpabilidade surgiu e se consolidou a partir da ideia de que a caracterização do delito e, portanto, a imposição da pena, pressupõe – sempre – um comportamento humano voluntário. Há de se respeitar a dimensão subjetiva do atuar humano. Não se pode punir alguém apenas pela vinculação objetiva de seu atuar e o resultado desvalioso. Exige-se que tenha operado com dolo ou culpa *stricto sensu*. (...) o princípio da culpabilidade afasta a responsabilidade penal objetiva (sem culpa) e exige que se cause um resultado doloso ou, ao menos, culposamente. (...) a culpabilidade é o parâmetro da pena; não pode a pena ser superior à culpa do agente.<sup>184</sup>

Assim, o princípio da culpabilidade possui duas funções: “pressuposto e limite de toda punição”. A primeira função atribui a característica da responsabilidade subjetiva na dogmática penal, exigindo-se que se cause um resultado doloso ou culposo, este último, desde que previsto na Lei. A segunda função tem relação com a dosimetria da pena, sendo esta proporcional à valoração negativa da ação que foi praticada.<sup>185</sup>

---

#### **Crime doloso**

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

#### **Crime culposo**

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.

<sup>183</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 43.

<sup>184</sup> SOUZA, Artur de Crito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal**: volume único. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 48

<sup>185</sup> *Ibid.*, 48.

Fernando Capez preleciona que o Código Penal atual adota a teoria finalista, em que se entende que “o dolo pertence à ação final típica, constituindo seu aspecto subjetivo, ao passo que a consciência da ilicitude pertence à estrutura da culpabilidade, como um dos elementos necessários à formulação do juízo de reprovação”<sup>186</sup>. O dolo constitui uma vontade, e a consciência da ilicitude está na análise da culpabilidade. Assim, primeiro é analisado se o agente possuiu a vontade de praticar aquela conduta e posteriormente se havia consciência de sua ilicitude.

O dolo direto é a vontade da qual há a prática direta e o resultado. O dolo indireto ou indeterminado pode ser conceituado como o eventual, em que o agente não desejou o resultado de forma direta, mas aceitou a possibilidade deste ocorrer, bem como o alternativo, em que não se importa em produzir qualquer resultado decorrente de sua conduta. Tavares, a respeito das espécies de dolo, explica:

Há duas espécies de dolo: o *dolo direto* e o *dolo eventual*. Segundo a fórmula adotada no Código Penal brasileiro (art. 18), haverá dolo direto quando o agente “quis o resultado”; dolo eventual, quando assumiu o risco da produção desse resultado. Na doutrina alemã compreende-se ainda outra espécie: a intenção. O direito brasileiro, no entanto, incluiu essa última no dolo direto.<sup>187</sup>

Dentro do conceito de dolo direto, conforme conceitua Welzel *apud* Gueiros Souza; Japiassú<sup>188</sup>, o dolo é somente a vontade de ação orientada à realização do tipo de um delito. Há o dolo de primeiro grau, ou seja, o querer do resultado pelo agente, dirigindo-se sua ação à realização do fato típico; bem como o dolo de segundo grau, àquele em que a ação foi direcionada à outra finalidade, porém, fará parte dos efeitos de sua conduta, outros resultados. Edmundo Mezger, *apud* Gueiros Souza; Japiassú<sup>189</sup> menciona como exemplo da espécie de dolo de segundo grau no Direito Penal, o chamado “caso Thomas” em que Thomas pretendeu receber os valores segurados entre os portos de Southmpton de Nova York e colocou um grande tonel cheio de dinamite no interior de um aparato de relógio, contando que este explodisse quando o navio estivesse em alto-mar, porém, ao descarregarem o tonel este explodiu causando a morte de 59 pessoas, com 50 feridos e 24 desaparecidos.

<sup>186</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal** - Parte Geral - Vol. 1 – 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 281.

<sup>187</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 297.

<sup>188</sup> SOUZA, op. cit., p. 166-167.

<sup>189</sup> SOUZA, Artur de Crito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal**: volume único. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 166-167.

Ainda, há o dolo denominado eventual, em que o agente não deseja diretamente o tipo penal causado, mas o aceita como possível ou até provável de ser realizado, assumindo seu risco de resultado.<sup>190</sup>

Tavares menciona que a configuração da conduta dolosa depende da intensidade da relação subjetiva entre o agente e o resultado. Ele explica de forma muito clara a linha tênue entre a culpa consciente e o dolo eventual: “Ao tomar o resultado como possível, esbarra, então nos limites entre dolo e culpa”.<sup>191</sup>

O autor acima referido preleciona que para diferenciação do dolo eventual e a culpa consciente há as chamadas teorias intelectivas e teorias volitivas. Para demonstrar a teoria da possibilidade, dentro das intelectivas, demonstra que a interpretação deve ser realizada no sentido do agente possuir elementos concretos que possam lhes embasar um prognóstico de que aquele resultado pode ocorrer. A exemplo, Juarez Tavares exemplifica um agente que dirige em excesso de velocidade em uma estrada completamente deserta, em local não habitado, não verificando que nesse contexto poderia causar um acidente, para demonstrar a culpa consciente. De outro vértice, cita como exemplo pessoa que atira contra um barril no jardim de sua casa, com pessoas por perto, sendo certo que tenha consciência de que poderá ferir alguém, demonstrando o dolo eventual.<sup>192</sup>

O mencionado autor ainda sustenta que é compatível com no Código Penal brasileiro, a teoria volitiva denominada teoria do consentimento, observando o ponto de vista da vontade, explicando que há o dolo eventual quando o agente incorpora o resultado em sua vontade, conformando-se e aceitando o risco, sendo que a culpa consciente, embora o agente preveja o resultado como possível, acredita que este não ocorrerá, como nos acidentes de trânsito, que, normalmente, o condutor não deseja se envolver em acidente.<sup>193</sup>

Destaca-se haver também o dolo genérico, que é a vontade de realizar conduta sem um fim especial, sendo o foco a mera vontade de praticar o “verbo do tipo” sem qualquer finalidade específica<sup>194</sup>. De outro lado, há o dolo específico, que é justamente a vontade de realizar conduta, com o propósito específico previsto no tipo.<sup>195</sup>

Fábio Medina Osório assevera que há ainda dificuldades, que dão azo às infundáveis discussões entre causalistas e finalistas, com relação à conceituação do dolo à luz das teorias

---

<sup>190</sup> Ibid., p. 169.

<sup>191</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 304.

<sup>192</sup> Ibid., p. 305.

<sup>193</sup> Ibid., p. 310.

<sup>194</sup> CAPEZ, Fernando. **Improbidade administrativa. Limites constitucionais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 286.

<sup>195</sup> Ibid., p. 287.

penais. O dolo ainda não resta pacificado na doutrina penalista, não se sabendo onde considerá-lo, na tipicidade ou na culpabilidade, não tendo sido também exaurido seu alcance, sua essência. Daí a razão também de tantas celeumas e diferentes interpretações.<sup>196</sup>

Em relação à culpa, além da consciente, há a imprópria, que na realidade é uma conduta dolosa que a lei reservou, pena de um crime culposos, pois é mais branda, erro derivado de culpa<sup>197</sup>. Sendo importante destacar que, nesta seara não há a culpa presumida, já que sendo uma forma de responsabilidade objetiva, não está prevista na legislação penal.<sup>198</sup>

Esses são alguns dos tipos de elementos subjetivos na seara penal.

Assim, verifica-se o quão sofisticada e detalhada a sistemática dogmática penal com relação à análise de conduta delituosa, sendo os elementos subjetivos imprescindíveis, desde a teoria causal, até a teoria constitucional do direito penal, ou seja, sem dolo ou culpa, não haverá a completa categorização para punição de crime, mesmo diante de sua subsunção formal.

## 2.4 ELEMENTO SUBJETIVO NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Importante analisar, outrossim, os elementos subjetivos do dolo e culpa na esfera denominada de Direito Administrativo Sancionador, a qual, como já mencionado, os autores Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves criticam sua aplicação à legislação brasileira, pois para eles a realidade espanhola, de onde decorre referido campo, é distinta em virtude da única natureza das sanções ali aplicadas, que é do Direito Penal<sup>199</sup>.

Por outro lado, e como já dito em item anterior, Fábio Medina Osório<sup>200</sup> sustenta ser esse campo aplicável, entendendo haver um Direito Punitivo da improbidade, revestido de características peculiares, que o remetem à categoria do Direito Administrativo Sancionador.

Fábio Medina Osório assevera que, a sanção administrativa no universo no Direito Público Punitivo, possui relações com a teoria da sanção penal, pois esta é sua referência, e, sendo assim, Direito Punitivo incidindo no campo do Direito Administrativo, “transforma-se em Direito Administrativo Sancionador”.<sup>201</sup>

<sup>196</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa, má gestão pública – corrupção – ineficiência**. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 381.

<sup>197</sup> SOUZA, Artur de Crito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal**: volume único. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 176.

<sup>198</sup> CAPEZ, op. cit., p. 295.

<sup>199</sup> GARCIA, Emerson; PACHECO ALVES, Rogério. **Improbidade administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 624.

<sup>200</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa, má gestão pública – corrupção – ineficiência**. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 340.

<sup>201</sup> Ibid., p. 84-85.

O mesmo autor defende o conceito independente de sanção administrativa no Direito brasileiro, entendendo que:

Na tutela da probidade (Lei 8.429/92), a responsabilidade civil (Direito Civil) dar-se-á no âmbito da obrigação de reparar o dano (que não é sanção), e que se submete a regras e princípios próprios. Na compreensão das sanções, o Direito Público Punitivo incide e o ramo especializado é o do Direito Administrativo Sancionador.<sup>202</sup>

Ou seja, Fábio Medina Osório sustenta que a responsabilização civil decorrente dos atos de improbidade não é sanção, e submete-se ao regime próprio do Direito Civil, porém, as verdadeiras sanções que decorrem da improbidade merecem tratamento diferenciado da dogmática penal.

De qualquer forma, destaca-se o campo com designação específica: “Direito Administrativo Sancionador” é tema em construção na doutrina brasileira, inclusive em termos conceituais, ou seja, não é assunto totalmente consolidado, porém, de extrema importância ser trazido a este trabalho.

À obra de coordenação de José Roberto Pimenta Oliveira, aponta-se justamente a Lei de Improbidade Administrativa, a qual regulamentou o artigo 37, §4º da Constituição Federal, como causa propulsora do crescimento do Direito Administrativo Sancionador, em decorrência da aplicação de suas severas penalidades, mencionando-se, também, a Lei 12.846/2013, a Lei Anticorrupção, que determina a responsabilização, administrativa e civil, de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, somente anteriormente sancionadas no âmbito da Lei 8.666/1993 (Lei das Licitações). Conclui-se, que a Lei Anticorrupção e a Lei de Improbidade Administrativa são expressões do Direito Administrativo Sancionador, sendo este, “ao lado do Direito Penal”, responsável por tutelar as relações ilícitas entre o particular e o Estado<sup>203</sup>.

Quanto à natureza da Lei de Improbidade Administrativa, nesta mesma obra aponta-se que:

Ressalta-se que a lei em exame não tem natureza penal, muito menos de Direito Civil; o seu regime jurídico é o do Direito Administrativo Sancionador, com interface periférica com outros ramos jurídicos. Assim, sua aplicação deverá observar as garantias e princípios do regime jurídico-constitucional do Direito Administrativo Sancionador, sob pena de alguns de seus dispositivos padecerem de inconstitucionalidade. (...) Busca-se verificar como os princípios

<sup>202</sup> Ibid., p. 89.

<sup>203</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de Mello (Coord). **Direito administrativo sancionador**. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 13-14.

e garantias vigentes no direito Penal se aplicam ao Direito Administrativo Sancionador. Sua preocupação é o combate ao arbítrio.<sup>204</sup>

O Direito Administrativo Sancionador dispõe a respeito das disciplinas sancionatórias, com a transposição dos princípios do Direito Penal, sem desconsiderar que o próprio Direito Penal poderá atuar em uma perspectiva diferenciada. E esta esfera busca intervir na realidade com o objetivo de defesa do interesse público.<sup>205</sup>

Nessa perspectiva, interessante destacar o que dispõem os artigos 20 e 22<sup>206</sup> da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, acrescido pela Lei 13.655/2018, que trouxeram verdadeira revolução ao Direito Público, no sentido de que “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Tal mudança trouxe novo significado sobre a fundamentação das decisões, trazendo racionalidade à função punitiva estatal.

Esta situação implica em profunda mudança para quem exerce poderes punitivos, já que a decisão somente será válida dentro dessa condição estipulada.

Verifica-se que ressignificou-se, diante de referidos dispositivos, a maneira de atuação da autoridade controladora judicial, criando, inclusive, um cenário de maior segurança ao agente público.

Para Dinorá Adelaide Musetti Grotti, a respeito do Direito Administrativo Sancionador, há o desafio de garantir sua identidade, sob a busca da segurança jurídica, e racionalidade, no sentido de ser construída teoria geral deste de fato eficiente, e que sirva a seu propósito, qual seja, a proteção dos direitos fundamentais.<sup>207</sup>

---

<sup>204</sup> Ibid., p. 14.

<sup>205</sup> Ibid., p. 15.

<sup>206</sup> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

(...)

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

<sup>207</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de Mello (Coord). **Direito administrativo sancionador**. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 15.

Cabe aqui realizar importante destaque, já referido no item anterior, mas de forma mais ampla: verifica-se que em todas as esferas do Direito, a busca atual é a garantia dos direitos fundamentais, acima do que está na letra da lei, no sentido de se exercer de forma efetiva o Estado Democrático de Direito.

Rafael Tomaz de Oliveira e Clarissa Tassinari, a respeito dessa movimentação, que é denominada “neoconstitucionalismo”, asseveram que a proposta teórica de José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, consagrou o termo “constitucionalismo dirigente”, no sentido de demonstrar o papel da Constituição, sendo esta “um meio de direção social” e “uma forma ‘racionalizada’ de política”, após a Segunda Guerra Mundial, através das experiências constitucionais vivenciadas pelos países Europeus.<sup>208</sup>

Os autores sustentam que a obra de Canotilho foi sobremaneira recepcionada no Brasil, sendo que a Constituição se coloca como verdadeiro catalizador de todos os atos do Estado, desempenhando todas as jurisdições, papel voltado à concretização dos fundamentos constitucionais.

Lênio Luiz Streck<sup>209</sup>, por meio da obra “Jurisdição Constitucional e a Decisão Jurídica”<sup>210</sup>, preleciona que o direito adquiriu uma forte carga axiológica, assumindo fundamental importância, a materialidade da Constituição, sendo que o sistema jurídico está vinculado à moral de forma conceitual.

Portanto, a Constituição Federal tem sido verdadeiro vetor para o direito como um todo, seja em qualquer esfera. E ao denominado Direito Administrativo Sancionador não seria diferente.

Em caso de ser reconhecida a natureza jurídica de Direito Administrativo Sancionador para a improbidade administrativa, haverá como consequência, a aplicabilidade dos princípios penais por simetria ao direito administrativo sancionador, bem como os novos parâmetros trazidos pela Lei 13.655/2018, todos esses com os reflexos da Constituição Federal, para garantia dos direitos fundamentais.

Do ponto de vista da responsabilidade do agente, esta somente decorre diante de sua capacidade infratora, comparando-se esta ao princípio da imputabilidade vigente no Direito Penal. A esse respeito, Fábio Medina Osório preleciona: “Trata-se, sem sombra de dúvida, de

---

<sup>208</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TASSINARI, Clarissa. Ativismo Judicial e Judicialização da Política: notas para uma necessária diferenciação. In GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; DOS SANTOS, Marcio Gil Tostes (Orgs.). **Constituição brasileira de 1988: Reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 9.

<sup>209</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 14.

<sup>210</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisprudência constitucional e a decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 114.

verificar se o agente é um sujeito ativo legalmente apto a cometer o ilícito administrativo. Se não o é, resulta inviável reconhecer-lhe capacidade infratora.”<sup>211</sup>

Portanto, o primeiro princípio a ser levado em consideração, para que se incida a responsabilidade do agente dentro do campo do Direito Administrativo Sancionador, é o princípio da capacidade infratora, clara incidência das normas do direito penal, aplicados por simetria à improbidade administrativa por meio deste campo.

Além deste, o princípio da culpabilidade também é considerado, analisando-se a hipótese do o agente revelar-se “culpável”.

Fábio Medina Osório sustenta a sua aplicabilidade no campo do Direito Administrativo Sancionador em decorrência deste princípio ter natureza constitucional, não restando adstrito ao campo do Direito Penal. Ele afirma: “No Direito Administrativo Sancionatório, em termos de pessoas físicas, é pacífica a exigência de culpabilidade para a imposição de sanções; ao menos tem sido assim na Espanha, Itália e Alemanha”.<sup>212</sup>

Regis Fernandes de Oliveira, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, assevera que pode ocorrer a legítima defesa, o estado de necessidade e o estrito cumprimento do dever legal, que podem excluir a ilicitude do comportamento, bem como que as sanções devem guardar proporcionalidade com a gravidade da infração.<sup>213</sup>

Osório expõe seu raciocínio tendo por base a isonomia proposta pela Constituição Federal, pois havendo este vetor de categoria constitucional, não será somente aplicável ao Direito Penal, mas também ao campo do Direito Sancionatório Administrativo, entendendo que no Direito Sancionador é consagrada a teoria da responsabilidade subjetiva aos agentes infratores, sejam públicos ou privados, como forma a limitar o sistema do Direito Punitivo do Estado.<sup>214</sup>

Ou seja, será considerada a responsabilidade subjetiva, necessária à investigação da culpa e do dolo nas condutas dos agentes a serem punidos, como forma de limitar o sistema persecutório sancionador do Poder Público.

Assim, a análise do elemento subjetivo possui esse importante papel: a limitação punitiva, a tentativa de que todo este aparato jurídico normativo seja aplicado de forma

---

<sup>211</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6. ed. Ver. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 362.

<sup>212</sup> Ibid., p. 368.

<sup>213</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. A civilização repressora e o Direito Sancionador. *In* **Direito administrativo sancionador**. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (Coord). São Paulo: Malheiros, 2019, p. 60-61.

<sup>214</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa, má gestão pública – corrupção – ineficiência**. 4. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 371.

proporcional, evitando-se abusos, bem como, salvaguardando a atividade do agente público, que inerentemente, possui imenso risco de causar danos a terceiros.

Assim, ao Direito Administrativo Sancionador aplicam-se as normas do Direito Penal, por simetria, levando em consideração os fundamentos constitucionais relevantes inerentes, bem como, no aspecto da reparação patrimonial, levar-se-á em consideração os preceitos da seara cível.

No entanto, importante trazer lição de Fábio Osório Medina no sentido que, apesar de confortável teoricamente justificar a possibilidade de utilização de princípios penais no Direito Administrativo Sancionador, há dificuldade advinda justamente de serem esferas diferentes, cabendo ao intérprete encontrar o ponto de equilíbrio, para uma “adequada compreensão do ato de improbidade administrativa e do ilícito administrativo em geral”.<sup>215</sup>

Transcreve-se trecho de sua obra a respeito da culpabilidade penal que é aplicável, em seu ponto de vista, na esfera do Direito Administrativo Sancionador:

A culpabilidade penal decorre da ideia de presunção de inocência, em boa medida, mas fundamentalmente a culpabilidade está conectada com a responsabilidade de uma razoável defesa das posições jurídicas do imputador, diante de acusações submetidas a uma série de limites constitucionais de legalidade, tipicidade, segurança jurídica, proporcionalmente, entre outras. (...) Dolo e culpa são, assim, facetas constitucionais da culpabilidade penal, assim como o estado jurídico de inocência é outra dessas facetas do complexo instituto em exame.<sup>216</sup>

Portanto, assim como é analisado na dogmática penal, o dolo e a culpa, são elementos subjetivos imprescindíveis para a análise da subjetividade da conduta, no sentido de garantir o princípio constitucional da dignidade humana.

Alejandro Nieto menciona que na esfera do Direito Administrativo Sancionador, o princípio da culpabilidade opera em todas as suas variantes, exceto para os casos em que a Lei expressamente prevê a responsabilidade objetiva<sup>217</sup>, o que chama de mero descumprimento.

---

<sup>215</sup> Ibid., p. 372.

<sup>216</sup> Ibid., p. 366.

<sup>217</sup> Imágenes geométricas a parte, al final de este giro administrativo la situación es la siguiente: em el Derecho Administrativo Sancionador opera el principio de culpabilidade en todas sus variantes, pero también hay supuestos de infracciones formales (o por simple inobservancia) de responsabilidad objetiva. Cuando la ley es explícita al respecto, no hay dificultades, pues a su regulación habrá que atenerse. El problema aparece cuando las leyes sectoriales nada dicen. Para mí – de acuerdo con lo que se ha explicado en las páginas precedentes – valen los siguientes criterios que me atrevo a sugerir:  
1º El dolo y la culpa grave sólo son exigibles cuando así se establece en la norma.  
2º. La culpa, negligencia e imprudencia son la regla.  
3º. La simple inobservancia opera em los casos em los que la norma previene conductas de prevención de peligro abstracto e inequívocamente cuando ha impuesto una autorización administrativa previa para el ejercicio de la actividad peligrosa.” NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Quinta Edición totalmente reformada. Madrid: Editorial Tecnos, 2018, p. 348-349.

No entanto referido autor, sustenta que ainda na responsabilidade pelo mero descumprimento não se exclui necessariamente por completo a presença de determinada culpa, uma vez que tal descumprimento é consequência de uma ação humana (normalmente por omissão) que pode ser culposa e ou não. Referida ação pode ser dolosa ou culposa por negligência ou imprudência.<sup>218</sup>

Desta forma, para o Direito Administrativo Sancionador, a regra é avaliar a presença dos elementos subjetivos do dolo ou culpa para que a conduta possa ser punida, pois estes são considerados limites ao Direito Punitivo do Estado, aplicando regras do Direito Penal por simetria.

### **3 ELEMENTOS SUBJETIVOS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

#### **3.1 DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL SOBRE O ELEMENTO SUBJETIVO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Conforme já exposto, exceto pelo seu artigo 10º, a Lei de Improbidade Administrativa nada dispõe sobre a exigência e elemento subjetivo para a configuração dos atos ilícitos que elenca e disciplina. Considerando ainda que este mesmo dispositivo legal menciona “dolosa ou culposa” a respeito da conduta, em relação aos demais atos de improbidade, pairaram dúvidas acerca da interpretação do cabimento do elemento subjetivo da culpa para configuração aos demais atos de improbidade referentes aos artigos 9º e 11 em que restaram silentes esse aspecto.

---

<sup>218</sup> Ibid., p. 349.

Diante de tal ausência normativa expressa a respeito dos elementos subjetivos, instaurou-se na jurisprudência, por longo período, a discussão sobre a exigência de elemento volitivo para a tipificação das condutas nela descritas.

Surgiram várias posições antagônicas, que iam da responsabilidade objetiva, sem cogitação do elemento subjetivo até aquelas que exigiam o dolo direto para todos os tipos contemplados naquela lei.

Para demonstração concreta acerca dessa discussão, observa-se o entendimento incidente no Recurso Especial nº 708.170 - MG (2004/0171187-2). O caso tratou de Prefeito que contratou centenas de servidores, para prestação de serviços alegados como de cunho emergencial na Administração Municipal, sem a realização de concurso público. A argumentação do agente público recorrente constou a não violação do art. 11 da Lei 8.429/92, pela suposta inexistência de prova da finalidade de benefício próprio, má-fé ou desonestidade.

A Ministra Relatora Eliana Calmon assim asseverou: “Deve-se observar que o ato de improbidade é constatado de forma objetiva, independentemente do dolo ou culpa, e é atualmente punido em uma outra esfera, diferente da via penal, da via civil ou da via administrativa”.<sup>219</sup> Ou seja, incidente, na hipótese, o entendimento da responsabilidade objetiva decorrente da lesão dos princípios da Administração Pública da via administrativa”.<sup>220</sup> Ou seja, incidente, na hipótese, o entendimento da responsabilidade objetiva decorrente da lesão dos princípios da Administração Pública<sup>221</sup>.

<sup>219</sup> Para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais. 3. O ato de improbidade é constatado de forma objetiva, independentemente de dolo ou de culpa e é punido em outra esfera, diferentemente da via penal, da via civil ou da via administrativa. 4. Diante das Leis de Improbidade e de Responsabilidade Fiscal, inexistente espaço para o administrador "desorganizado" e "despreparado", não se podendo conceber que um Prefeito assuma a administração de um Município sem a observância das mais comezinhas regras de direito público. Ainda que se cogite não tenha o réu agido com má-fé, os fatos abstraídos configuram-se atos de improbidade e não meras irregularidades, por inobservância do princípio da legalidade. 5. Recurso especial conhecido em parte e, no mérito, improvido. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 708.170/MG**, Segunda Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 06/12/2005, DJ 19/12/2005, p. 355. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7178845/recurso-especial-resp-708170-mg-2004-0171187-2/inteiro-teor-12915992>. Acesso em: 05 dez. 2020.

<sup>220</sup> 3. O ato de improbidade é constatado de forma objetiva, independentemente de dolo ou de culpa e é punido em outra esfera, diferentemente da via penal, da via civil ou da via administrativa. 4. Diante das Leis de Improbidade e de Responsabilidade Fiscal, inexistente espaço para o administrador "desorganizado" e "despreparado", não se podendo conceber que um Prefeito assuma a administração de um Município sem a observância das mais comezinhas regras de direito público. Ainda que se cogite não tenha o réu agido com má-fé, os fatos abstraídos configuram-se atos de improbidade e não meras irregularidades, por inobservância do princípio da legalidade. 5. Recurso especial conhecido em parte e, no mérito, improvido. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 708.170/MG**, Segunda Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 06/12/2005, DJ 19/12/2005, p. 355. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7178845/recurso-especial-resp-708170-mg-2004-0171187-2/inteiro-teor-12915992>. Acesso em: 05 dez. 2020.

<sup>221</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - **REsp 737.279/PR**, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13/05/2008, DJe 21/05/2008. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Rel.+Min.+Castro+Meira%2C+Segunda+Turma>. Acesso em: 05 dez. 2020, e também: BRASIL.

Em relação à discussão acerca do dolo direto, verifica-se o Recurso Especial 915.322/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado datado de 23.9.2008, também caso de contratação de funcionária sem concurso público, a qual laborou por 8 anos na Prefeitura de Resplendor/MG, tendo inclusive ingressado com Reclamação Trabalhista em face do Município ao término de sua contratação. Houve, por meio da conduta do Prefeito desta cidade, ao contratar funcionária sem concurso público, a violação aos princípios da administração pública, e a discussão principal em referido julgado é sobre a necessidade ou não a presença dos elementos subjetivos dolo e culpa para consideração do ato como de improbidade administrativa, já que na lide concreta estes não restaram configurados, pelo contrário, ficou claro que não houve intenção de lesão ao erário da parte do agente público.

O Ministério Público interpôs o Recurso Especial, à fundamentação de que a mera violação dos princípios da Administração Pública tipifica os atos do art. 11 e ensejam as penas do art. 12<sup>222</sup> da Lei de Improbidade Administrativa, para reformar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no qual reconheceu-se que não ocorreram dolo ou culpa e, tampouco, lesividade ao erário, observando-se que houve efetivamente a prestação de serviços.

Assim, o dolo e a culpa, no acórdão recorrido pelo Recurso Especial se referem efetivamente, para o Tribunal de origem, eventual existência de dano ao erário ou enriquecimento ilícito, e não à consciência da infração cometida pelo agente público.

Desta forma, verifica-se que os elementos subjetivos mencionados se relacionavam ao fim pretendido pelo agente público ao agir de maneira errada, sendo um dolo direto, para o fim de enriquecer ilicitamente ou mesmo causar dano ao erário.

O debate então instaurou-se justamente por isso: haveria necessidade de dano ao erário para configurar o ato de improbidade? A análise não seria dirigida à indagação da boa ou má-fé do agente?

Para a “tipificação”, expressão utilizada pela jurisprudência para a configuração da hipótese de ato de improbidade administrativa do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, não é necessário que haja lesão do princípio para a finalidade de causar dano ao erário ou enriquecimento ilícito, mas a consciência de que o ato violava o princípio da administração

---

Superior Tribunal de Justiça, **REsp 880.662/MG**, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 15/02/2007, DJ 01/03/2007. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=REsp+880.662%2FMG>. Acesso em: 05 dez. 2020.

<sup>222</sup>Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (...)

pública, como o da legalidade, em latente lesão ao disposto no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal.

Foi destacado em referido julgado que o artigo 12, III<sup>223</sup>, da Lei de Improbidade Administrativa, referente à punição de atos que lesem os princípios da administração pública, consta expressamente que o dano é eventual, não necessário para a tipificação do ato como sendo de improbidade administrativa.

Ainda, levou-se em consideração, analisando-se a conduta do agente público em questão que:

É lícito afirmar que esse Prefeito, no mínimo, não se interessa em zelar pela moralidade, pela impessoalidade e pela legalidade que devem pautar seu ofício, negligenciando uma função básica do agente probo.

Caso se exija prova de dano aos cofres públicos para a configuração da improbidade, abrem-se as portas para a contratação de funcionários públicos sem concurso, desde que o sujeito-contratado efetivamente trabalhe e preste os serviços correspondentes ao cargo.<sup>224</sup>

Foi demonstrado, no voto-vista do Ministro Herman Benjamin que o dolo restou configurado sim, não com relação ao objetivo de lesar o erário ou enriquecer-se ilicitamente, mas com a consciência de que não era lícita a contratação de qualquer funcionário sem concurso público, observa-se: “Trata-se de evidente dolo. Foi o próprio Prefeito quem assinou a carteira de trabalho da telefonista (fl. 96), não cabendo sequer falar em culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Foi ato próprio, com a inequívoca intenção de contratar a servidora sem concurso público.”<sup>225</sup> Agrava-se a situação pelo fato do Prefeito ter inclusive confessado que tinha consciência de ter contratado a funcionária, sem concurso público.

Diante do exposto, o Ministro Relator Humberto Martins concluiu pela punição incidente ao agente público da perda dos direitos políticos por 3 (três) anos.

Portanto, por meio desse julgado é possível evidenciar-se o tipo de dolo necessário para configuração do ato ímprobo naquele momento, não sendo considerado mais o dolo direto, mas sim o dolo genérico, a seguir demonstrado por outro julgado de grande repercussão no contexto das discussões acerca da sujeição à improbidade administrativa.

<sup>223</sup> III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, **se houver**, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. (**grifo nosso**).

<sup>224</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 915.322/MG**, Segunda Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 23/09/2008, DJe 27/11/2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19146226/recurso-especial-resp-765212-ac-2005-0108650-8/inteiro-teor-19146227>>. Acesso em 05 dez. 2020.

<sup>225</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 915.322/MG**, Segunda Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 23/09/2008, DJe 27/11/2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19146226/recurso-especial-resp-765212-ac-2005-0108650-8/inteiro-teor-19146227>>. Acesso em 05 dez. 2020.

O julgamento do Recurso Especial 765.212/AC teve esta questão debatida de maneira bastante profunda, sobre a necessidade ou não dos elementos subjetivos para configuração do ato de improbidade, tendo deixado claro que o dolo necessário é o genérico, ou seja, a vontade de realizar a conduta sem qualquer finalidade específica, e deste transcrevemos parte de sua ementa para análise na sequência de seu acórdão:

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(...)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). (...) 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". (...) 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. (...) 10. Recurso Especial parcialmente provido.<sup>226</sup>

Observa-se neste julgado a utilização pura da sistemática penal, à fundamentação da aplicação do Direito Administrativo Sancionador, analisando-se a conduta tida como ímproba, qual seja, de realização promoção pessoal de Ex-Prefeito do Município de Senador Guimar/AC, através de propaganda pública, desvirtuando a sua finalidade de propagação da educação, informação e orientação social, evidenciando-se a imoralidade. Foi analisado ainda, se haveria erro escusável ou tolerável, irregularidades para a não incidência da improbidade ao ato cometido. Além disso, verificou-se que houve lesão ao princípio da impessoalidade, com vedação do artigo 37, § 1º, da Constituição da República.

O Relator Ministro Herman Benjamin expôs seu entendimento no sentido de que os elementos subjetivos são requisitos necessários a impedir verdadeiro “exagero caracterizar improbidade administrativa cada vez que o Administrador causasse um dano – mesmo os imprevisíveis – aos cofres públicos”. Ele assevera que administrar é assumir riscos de danos de forma contumaz, sendo que para ser considerado o ato ímprobo, “exige-se um elemento subjetivo especial, ligado à própria consecução do dano ao Erário. É o dolo, ou culpa, referido na norma.”<sup>227</sup>

<sup>226</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 765.212/AC**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe 23/06/2010. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/26877119/recurso-especial-n-765212>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

<sup>227</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 765.212/AC**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe 23/06/2010. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/26877119/recurso-especial-n-765212>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

Ainda, sua análise foi de que o dolo neste caso não haveria de ser específico, dirigido para a finalidade, por exemplo, de produzir dano ao Erário, mas o fim seria a própria lesão consciente do princípio da administração pública, neste caso, a impessoalidade.

Destaca-se interessante situação ocorrida neste julgado: o Ministro Herman Benjamin, inicialmente, havia fundamentado seu posicionamento na tese de voluntariedade da conduta, assim tendo se posicionado, antes de alterar seu entendimento:<sup>228</sup>

A configuração de ato de improbidade previsto no art. 11 prescinde da comprovação de dolo, sendo bastante a violação aos princípios administrativos, todos eles informadores do dever de boa administração e honestidade no trato da coisa pública. Não se trata, evidentemente, de responsabilidade civil objetiva, regime incompatível com a Lei da Improbidade Administrativa. Tal não implica dizer que o texto legal, necessariamente, exige a prova de dolo, pois para a configuração do ilícito em questão basta a voluntariedade da conduta. Aqui, é de mister distinguir voluntariedade de intencionalidade. (...) Em síntese, quer me parecer que o elemento subjetivo, no caso, reside na simples intenção dos agentes (= voluntariedade) de praticarem o ato, *in casu* com a identificação pessoal em propaganda governamental, à custa do erário público. 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. É desnecessário, nesse contexto, perquirir se os recorridos agiram com intuito específico de violar os princípios administrativos e a norma constitucional citada alhures.<sup>229</sup>

Posteriormente ao voto do Ministro Mauro Campbell, o Ministro Relator modificou seu posicionamento, levando em consideração a imprescindibilidade do elemento subjetivo e a responsabilização objetiva ou por simples voluntariedade, tendo como fundamentação que ao “microsistema de proteção à moralidade administrativa”, formado pela Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), Constituição Federal e Lei de Improbidade Administrativa, por trazer sanções de importante gravidade para os agentes públicos, aplicam-se normativas do Direito Penal, natural do direito administrativo sancionador.

O Ministro Mauro Campbell sustenta, no entanto, que não seriam todas as regras e princípios da seara penal que poderiam ser aplicadas às ações constitucionais de proteção à

<sup>228</sup> “No voto inicial que apresentei no caso concreto, acenei com a tese da voluntariedade da conduta. O Min. Mauro Campbell apresentou judicioso e profundo voto-vista, no qual, divergindo do entendimento que vinha sendo adotado pela Segunda Turma, defende que o art. 11 somente admite improbidade por conduta dolosa (dolo genérico, direto ou eventual), ou seja, existe quando o administrador sabe ou deveria saber que o ato viola os deveres estatuídos no ordenamento, e age com vontade.

De fato, o que se exige é o dolo genérico, ou seja, “a vontade de realizar fato descrito na norma penal incriminadora” (Damásio de Jesus, obra citada, p. 289), ou, in casu, na norma administrativa. Assim posta a questão, passo a me filiar à jurisprudência predominante na Primeira Turma, que exige a presença de dolo para a caracterização de ofensa ao art. 11 da Lei de Improbidade (p. 14)”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 765.212/AC**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe 23/06/2010. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/26877119/recurso-especial-n-765212>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

<sup>229</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 765.212/AC**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe 23/06/2010. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/26877119/recurso-especial-n-765212>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

moralidade, até porque entende que as esferas cível, administrativa e penal são separadas, sendo que as sanções do microsistema mencionado não têm natureza criminal, sendo do Direito Administrativo Sancionador.

Pelo sistema de proteção a moralidade ser do Direito Administrativo Sancionador, é possível a aplicação da lógica penal, incidindo o princípio da culpabilidade, “segundo o qual a punição de qualquer pessoa depende da atuação com dolo ou culpa”. Conclui, portanto, o Ministro Mauro Campbell:

Essa necessidade de tratamento unitário do direito punitivo e as consequências que daí advêm já seriam suficientes para rechaçar a tese segundo a qual a norma do art. 11 da Lei n. 8.429/92 traz hipótese de responsabilidade objetiva. No entanto, creio que há uma linha teórica a mais, ainda não muito bem explorada doutrinária e jurisprudencialmente.<sup>230</sup>

A grande questão a ser levantada do voto inicial do Relator é a indistinção que ele faz de vontade e voluntariedade, sendo que a primeira leva em conta um resultado desejado, e a segunda, seria somente uma interação muscular, com um resultado natural, o que nos lembra as teorias causalista e finalista do delito. O Ministro Mauro Campbell ainda aponta que:

Bem, voluntariedade, entretanto, não se confunde com vontade. A vontade necessariamente pressupõe uma conduta com resultado querido. Novamente com Luiz Regis Prado, citando Welzel: [...], "a voluntariedade significa que um movimento corporal e suas consequências podem ser conduzidos a algum ato voluntário, sendo indiferente quais consequências queria produzir o autor". Isso quer dizer que a voluntariedade se caracteriza pela simples inervação muscular que põe em andamento um processo de natureza causal. De outro lado, a vontade tem conteúdo próprio inerente ao comportamento humano, e diz respeito a um resultado querido: [...] (Curso de Direito Penal, v. 1, 2008, p. 320) (...) No entanto, mesmo nesse âmbito, a voluntariedade sem vontade já foi rechaçada, pois não se concebe que hoje baste apenas o nexo causal entre o ato e o resultado delitivo, sendo fundamental a subjetividade. Leiam-se os trechos doutrinários abaixo:

Hoje, entretanto, adotada a teoria finalista da ação e vedada a responsabilidade objetiva pela reforma penal de 1984, o disposto na última parte do art. 3º, em que se diz prescindir a contravenção de dolo e culpa, salvo casos excepcionais, está superado: a contravenção, assim como o crime, exige dolo e culpa, conforme a descrição típica. (Damásio de Jesus, Leis das contravenções penais anotada, 1994, p. 25).<sup>231</sup>

Referido Ministro, portanto, conclui que o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa só incide se, na violação aos deveres de administração nele elencados, houve dolo (em sentido amplo - direto ou eventual), havendo o substrato fático da norma e, também, o elemento subjetivo dolo.

<sup>230</sup> Ibid.

<sup>231</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 765.212/AC**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe 23/06/2010. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/26877119/recurso-especial-n-765212>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

A Ministra Eliana Calmon sustentou, também acompanhando os demais votos, que seria inviável a aplicação da responsabilidade objetiva às condutas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, sendo o elemento subjetivo requisito do princípio da culpabilidade, aplicando-se a natureza jurídica do Direito Administrativo Sancionador, bem como destacando que seria extremo exigir, para fins de enquadramento no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que o agente ímprobo agisse com dolo específico<sup>232</sup>.

Destaca-se que a respeito do cabimento do elemento subjetivo da culpa, entende-se jurisprudencialmente que, para atender ao princípio da culpabilidade do Direito Penal e da responsabilidade subjetiva, somente haverá de considerar a culpa nos casos em que a lei for expressa neste sentido. Neste sentido, segue ementa de julgado referência deste assunto:

1. Nem todo o ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para os fins da Lei 8.429/92. A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador. 2. As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sendo que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa. Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas, conclui-se que o silêncio da Lei tem o sentido eloqüente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9º e 11.<sup>233</sup>

A interpretação traz à Lei de Improbidade Administrativa o mesmo raciocínio do Direito Penal, a respeito da regra ser do elemento subjetivo do dolo, conforme preceitua o artigo 18 do Código Penal, bem como, aplicando-se o princípio da culpabilidade, excluindo quaisquer interpretações de responsabilização objetiva.

Por muito tempo, portanto, os Tribunais divergiram sobre tal questão até que esta restou sedimentada. Atualmente, para a configuração dos ilícitos previstos nos artigos 9º e 11 da Lei 8429/92 o Tribunal da Cidadania consolidou entendimento e o divulgou no Periódico Eletrônico intitulado Jurisprudência e Teses, edição nº 38, que é necessário o dolo e, para a tipificação da infração prevista no artigo 10 é necessário, no mínimo a culpa.<sup>234</sup>

<sup>232</sup> Ibid.

<sup>233</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 940.629/DF**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, primeira turma, julgado em 16/08/2008, DJe 04/09/2008. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=940629&b=ACOR&p=false&l=10&i=5&operador=mesmo&tipo\\_visualizacao=RESUMO](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=940629&b=ACOR&p=false&l=10&i=5&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO). Acesso em: 18 de out. 2020.

<sup>234</sup> É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudências e Teses**. 38. ed. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <[www.stj.jus.br/.../jurisprudencia/jurisprudenciaemeses/Jurisprudencia%20em%20teses](http://www.stj.jus.br/.../jurisprudencia/jurisprudenciaemeses/Jurisprudencia%20em%20teses)>. Acesso em: 20 fev. 2020.

Portanto, para responsabilização concreta em decorrência de enriquecimento ilícito, violação aos princípios administrativos e dano ao Erário, necessária a demonstração de tais elementos subjetivos na Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, que busca apuração e condenação dos agentes públicos e particulares.

Sérgio Cavalieri Filho<sup>235</sup> dispõe que em razão do disposto no §6º, do art 37 da Constituição: “assegurado direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa”, resta claro que a responsabilidade do agente público pelos danos causados a terceiros ou ao erário, não daria margem para qualquer tipo de discussão acerca da exigência do elemento subjetivo para a responsabilização do agente público.

Fábio Medina Osório, neste sentido, destaca:

Num plano mais direto, a CF/88 prevê que agentes públicos somente podem ser responsabilizados por dolo ou culpa, ao tratar do direito de regresso do Estado lesado, que é obrigado a indenizar particulares por faltas de seus funcionários. Trata-se de inegável projeção de um dos vetores mais importantes da culpabilidade, embora aí não esteja escrito, com todas as letras, nominalmente, esse princípio, porque, paradoxalmente, a responsabilidade subjetiva não resulta atrelada apenas à culpabilidade, eis que se trata de um valor mais amplo, no sentido reconhecido pelo texto constitucional.<sup>236</sup>

Esse entendimento foi estabelecido em decorrência dos riscos que o agente público, a toda momento, está sujeito, sendo que do contrário, certamente continuaria havendo excessos de punição e latente desestímulo do engajamento do próprio administrador no exercício de suas funções. Sérgio Cavalieri corrobora com essa interpretação: “É preciso um mínimo de estabilidade e tranquilidade no cumprimento desse *mínus* para que haja eficiência na prestação do serviço público e na gestão dos recursos públicos.”<sup>237</sup>

Evidente, portanto, que o agente público assume riscos com sua administração e por isso os elementos subjetivos, dolo ou culpa, são limitadores de sua sujeição passiva às punições de atos de improbidade administrativa, no sentido destas somente ocorrerem quando aqueles restarem evidenciados.

### 3.1.1 Dolo

<sup>235</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 293.

<sup>236</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6. ed. Ver. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 370.

<sup>237</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 294.

O dolo, como inclusive analisado pelos julgados acima, tem sido considerado, para fins de tipificação da improbidade administrativo, como dolo genérico<sup>238</sup>, o mais amplo possível, até porque, os tipos sancionadores da improbidade são conceitos jurídicos indeterminados, sendo incompatível dolo específico com as hipóteses amplas previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Fábio Medina Osório<sup>239</sup> sustenta que o dolo, que este chama de “dolo administrativo”, não poderia ser confundido com o simples desejo de enriquecimento ilícito, por exemplo, no tocante ao artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa, sendo apenas uma consequência de todos os elementos factuais e jurídicos abrangidos na conduta proibida. Este, cita como exemplo, para compreender o complexo conceito de tal elemento subjetivo, um agente público que, ao manejar normas punitivas, descumpra regras para castigar supostos transgressores. Menciona funcionários bem-intencionados, em sua perspectiva de valores, mas que adotam posturas agressivas tendo como pretexto, salvaguardar interesses públicos.

Ou seja, não se trata de mero dolo vinculado ao desejo de enriquecer-se ilicitamente (ou somente neste sentido), mas de dolo, conforme denomina o referido doutrinador, “mais sutil, sofisticado, delineando posturas autoritárias, prepotentes, vingativas, rancorosas ou simplesmente estúpidas”<sup>240</sup>.

Para concretamente demonstrar, importante analisar-se o julgado do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1133522/RN (2009/0065469-4)<sup>241</sup>, de 07 de junho de 2011, que tratou

<sup>238</sup> Em se tratando de fracionamento de aquisições **o dolo é genérico, estando a conduta do réu tipificada no artigo 10, 1, da Lei nº 8.429/92**. O próprio fracionamento do objeto licitatório indica que o agente detinha pleno conhecimento das normas que regem o processo de licitação, tendo, inclusive, buscado enquadrar os valores dos produtos àqueles que permitiriam a realização do concurso na modalidade “dispensa de licitação”. Nessas condições, não se faz possível alegar o desconhecimento das regras atinentes aos certames licitatórios, o que mostra, de plano, a presença do elemento subjetivo necessário à condenação. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça **AREsp: 1608720 MG 2019/0320606-7**, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Data de Publicação: DJ 05/02/2020. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/882743734/agravo-em-recurso-especial-aresp-1608720-mg-2019-0320606-7>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

<sup>239</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6. ed. Ver. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 255-256.

<sup>240</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6. ed. Ver. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

<sup>241</sup> 1. Cuida-se, na origem, de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte em face de juiz de direito e outro, pela suposta prática de atos de improbidade administrativa, decorrente de “esquema paralelo” e secreto de interceptações telefônicas. 2. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente. 3. Os membros da magistratura, integrantes das Cortes de Justiça, mas que não se incluem na ressalva dos arts. 39 e 39-A, caput e parágrafo único, da Lei nº 1.079/50 (com a redação dada pela Lei nº 10.028/2000), respondem por atos de improbidade, na forma dos arts. 1º e 2º, da Lei nº 8.429/92. Precedentes: REsp 1.169.762/RN, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/09/2010; REsp 1.127.542/RN, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 12/11/2010; AgRg no REsp 1.127.541/RN, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 11/11/2010 e REsp 1.174.603/RN, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 16/03/2011. 4. Recurso especial provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1133522/RN**, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma,

de recurso de demanda, que na origem, é Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte em face de juiz de direito e outro, pela suposta prática de atos de improbidade administrativa, decorrente de esquema paralelo e secreto de interceptações telefônicas.

Em referido caso, o ato a ser reprimido trata de conduta, deformada em justificativa constitucional, agredindo, na realidade, os direitos fundamentais da pessoa humana, pelo abuso de poder.

Ainda, não se confunde o dolo necessariamente com a má-fé. Neste aspecto, Fábio Medina Osório destaca que:

O dolo não é necessariamente a má-fé, porque há ilícitos graves que resultam de desvios comportamentais em face de exigências legais específicas. O desvio de finalidade, em que o agente busca interesse público completamente distinto daquele definido na regra de competência, talvez não se ajuste a uma idéia comum de má-fé ou dolo. Porém, inegável que tal administrador ou agente público pode ser sancionado por seu comportamento ilegal, e essa ilegalidade pode ser compreendida como um limite ao estilo patrimonialista ou personalista de governar, administrar ou simplesmente atuar.<sup>242</sup>

Porém, na jurisprudência hodierna, a má-fé e o dolo são inseridos como sinônimos.

Observa-se:

Entenderam os desembargadores vencedores que a condenação por ato de improbidade administrativa exigia a demonstração de dolo ou má-fé do agente. (...) "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**<sup>243</sup>. (grifo nosso).

Vivian Maria Pereira Ferreira menciona que a má-fé tem sido utilizada para uma compreensão mais abrangente da improbidade administrativa, como comprovação de consciência da antijuridicidade:

(...)a má-fé não constitui elemento do dolo, mas é condição para a imputação da **improbidade administrativa ao sujeito**. Assim, para a configuração do dolo, seria desnecessário identificar um intuito específico quando da prática da conduta típica. Todavia, sem que se demonstre que a conduta foi praticada com um estado mental de desonestidade, não há que se falar em improbidade administrativa.<sup>16</sup> A ausência de

---

julgado em 07/06/2011, DJe 16/06/2011, Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21115938/recurso-especial-resp-1133522-rm-2009-0065469-4-stj/inteiro-teor-21115939>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

<sup>242</sup> OSÓRIO, op. cit., p. 387.

<sup>243</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1800277/SC**, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 17/09/2019, DJe 24/09/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859362165/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1800277-sc-2019-0051186-3>>. Acesso em: 06 dez.2020.

má-fé funcionaria, assim, como a falta de consciência da antijuridicidade, que exclui a culpabilidade no âmbito penal (NUCCI, 2018, p. 257).<sup>17</sup> O elemento subjetivo, nas ações de improbidade administrativa, não se limita, assim, à demonstração do dolo, nos termos da definição pouco precisa que o STJ tentou firmar no caso do REsp n. 765.212, mas abarca também a questão da má-fé, de modo que se torna inescapável que o tema da improbidade administrativa seja abordado a partir de uma compreensão mais abrangente sobre a racionalidade e a inteligibilidade da ação humana.<sup>244</sup> (**grifo nosso**).

Portanto, observa-se, que há um movimento de ampliação da interpretação do elemento subjetivo do dolo, relacionando-o também com a má-fé.

### 3.1.2 Culpa leve, Culpa grave e Erro Grosseiro

Em relação ao elemento subjetivo da culpa, pelas explanações anteriores, caso entenda-se aplicável o Direito Administrativo Sancionador, esta será exceção à regra, devendo ser expressamente disposta na normativa, como é o caso do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

Para exemplo de ato ímprobo típico por culpa do agente público, observa-se o acórdão do Recurso Especial nº 1.404.895 - CE (2013/0316829-6)<sup>245</sup>, de 15 de junho de 2018, no qual se analisou a incidência do artigo 10, XI (“XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;”) da Lei de Improbidade Administrativa.

Por meio do referido julgado foi mencionado que houve a configuração dos elementos caracterizadores do ato de improbidade administrativa, já que deste resultou duplo

<sup>244</sup> FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. **Rev. Direito GV**, v.15, n.3, São Paulo: FGV, 2019. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/edicao/revista-direito-gv-10>>. Acesso em: 22 out. 2020.

<sup>245</sup> 1. Cuida-se, na origem, de apelação interposta pelo ora recorrente contra sentença que julgou procedente o pedido formulado em ação civil pública, o qual consiste em sua condenação pela prática de conduta enquadrada em ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 10, XI, da Lei n. 8.429/1992. 2 (...) 6. Quanto ao mérito, ficou consignada no acórdão recorrido a configuração dos elementos caracterizadores do ato de improbidade administrativa, afirmando-se expressamente que "a caracterização do ato de improbidade é clara e dele resulta duplo prejuízo ao erário: a malversação do dinheiro público efetivamente recebido pelo Município de Canindé e a necessidade de nova despesa aos cofres públicos para o término da obra", além de que "o descumprimento do Convênio, nos termos do contexto demonstrado em linhas passadas, revela a postura no mínimo negligente do agente público em relação ao trato com o erário, de sorte que a imputação da sua conduta no art. 10, XI, da Lei nº 8.429/92 afigurou-se escorreita". 7. Desse modo, não merece conhecimento a alegada violação do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, na medida em que a pretensão veiculada exige o reexame de fatos e provas, encontrando, portanto, óbice na Súmula 7/STJ. 8. Recurso especial não conhecido. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1404895/CE**, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 12/06/2018, DJe 15/06/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595896011/recurso-especial-resp-1404895-ce-2013-0316829-6/relatorio-e-voto-595896040/amp>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

prejuízo ao erário: a malversação do dinheiro público efetivamente recebido pelo Município de Canindé e a necessidade de nova despesa aos cofres públicos para o término da obra, além de que o “descumprimento do Convênio, nos termos do contexto demonstrado em linhas passadas, revela a postura no mínimo negligente do agente público em relação ao trato com o erário, de sorte que a imputação da sua conduta no art. 10, XI, da Lei n° 8.429/92 afigurou-se escorreita”.

Verifica-se que neste caso a conduta passou do erro escusável, tolerável, tornando-se ineficiência que causou prejuízo aos cofres públicos. Neste sentido a jurisprudência assim define:

Verifica-se que demonstrando-se ser o erro escusável, não incidiria a configuração do ato de improbidade administrativa, vide: “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>246</sup>

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, explicam que, considerando que o artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, não distingue os graus de culpa, leve, grave ou gravíssima, a culpa se mede pela capacidade de previsibilidade que o agente tinha para a análise, na medida que o agente público se afastou da juridicidade (dever que impõe ao administrador o respeito ao ordenamento jurídico como um todo): ou seja, “na base da curva de previsibilidade, tem-se a culpa leve, onde o evento só poderia ser previsto com o emprego de uma diligência incomum, própria daqueles que exercem atividades que pressupõem um maior grau de discernimento.” Os mencionados autores, sintetizando referida análise questionam: “a conduta era escusável ou inescusável?”<sup>247</sup>.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado punir o administrador desonesto e não o inábil, o desastrado, considerando sempre o caso concreto.

É o exemplo do julgamento do Recurso Especial 1703216 SE pelo Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, publicado em 14 de novembro de 2018, pelo qual, ficou determinado que a improbidade administrativa atrela-se à “desonestidade qualificada”, observando a incidência do art. 10 da Lei 8.429/92, entendeu-se ser necessário haver o dolo, ou culpa grave, no mínimo, analisando caso concreto de homologação do resultado das licitações após passar

<sup>246</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 765.212/AC**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe 23/06/2010. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/26877119/recurso-especial-n-765212>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

<sup>247</sup> GARCIA, Emerson; PACHECO ALVES, Rogério. **Improbidade administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 433.

pelo crivo da Secretaria de Administração e análise da Controladoria e Procuradoria do Município e autorizado pelo Prefeito.

Foi evidenciado que não havia prova da intenção da demandada em burlar o certame, ou a sua orientação para tal finalidade ou, ainda, de que tenha ela sido beneficiada, de qualquer forma, com as irregularidades apontadas (superfaturamento). Em referido julgamento o entendimento foi de que pode até haver uma “certa dose de descuido” natural de qualquer ser humano, sem cogitar-se que referida irregularidade incida em improbidade administrativa:

4. Tal circunstância demonstra que, em casos que tais, não se poderia cogitar de negligência grave, mas sim de negligência leve, ou, quando muito, de negligência média, o que, portanto, seria apta para excluir a improbidade administrativa. (...) 9. Os atos irregulares, por sua vez, são aqueles praticados em desacordo às diretivas da Administração Pública, esta que só permite que se faça aquilo que a lei determina. Qualquer coisa fora do esquadro normativo que baliza as rotinas dos Administradores Públicos é uma ilegalidade. As irregularidades podem ocorrer por falta de orientação técnica, por inabilidades, deficiência de formação profissional do Gestor Público e, até mesmo, por uma certa dose de descuido, natural de ocorrer com corpos e mentes humanas.<sup>248</sup>

Assim, a análise da ineficiência precisa ser realizada a partir do grau de diligência que o administrador público haveria de ter com o caso concreto, pois desconsidera-se, no sentido de incidência da improbidade administrativa, meros descuidos, irregularidades, que não demonstrem dolo ou culpa grave do agente público naquele ato concreto. Neste sentido, o julgado acima ainda destaca:

10. Ilegalidades e práticas irregulares não denotam necessariamente aspectos de má intenção e de maus desígnios, que são característicos da improbidade administrativa e integram o próprio tipo ímprobo previsto em lei. Isto porque na improbidade administrativa já existe a volição preordenada para a prática da conduta que propiciará o locupletamento frente aos cofres públicos ou lesará o Erário, o que não é encontrável em atos simplesmente ilegais do Administrador Público.<sup>249</sup>

Como vem sendo entendido, portanto, não se leva em consideração a culpa leve, que é uma característica daquele agente inábil, desastrado, que pretendia acertar em sua

<sup>248</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. - **REsp: 1703216 SE 2017/0261324-0**, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Publicação: DJ 14/11/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/648309875/recurso-especial-resp-1703216-se-2017-0261324-0/decisao-monocratica-648309911?ref=amp>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

<sup>249</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. - **REsp: 1703216 SE 2017/0261324-0**, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Publicação: DJ 14/11/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/648309875/recurso-especial-resp-1703216-se-2017-0261324-0/decisao-monocratica-648309911?ref=amp>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

conduta, mas interpretando erroneamente a lei, não a aplicou corretamente<sup>250</sup>, não; a pretensão da sistemática da Improbidade Administrativa, à luz dos entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça denota que o intuito é punir o agente mal intencionado, que de fato erra com descuido, de forma consciente.

Ou seja, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem sustentado a culpa grave ou dolo para incidência do artigo 10, o qual dispõe pela possibilidade de consideração do elemento subjetivo da culpa, mas sem ter esmiuçado referido critério de aplicação “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 eivada de culpa grave, nas do artigo 10”.<sup>251</sup>

O erro grosseiro, conforme dispõe, Sérgio Cavalieri Filho, “é aquele que resulta da falta de cautela grosseira, da desatenção injustificável, do desconhecimento inadmissível a qualquer agente público, vale dizer, culpa grave.”<sup>252</sup> Portanto, erro grosseiro é considerado culpa grave.

Analisando-se jurisprudencialmente referido elemento, em um caso concreto que tratou da imputabilidade de ato de improbidade administrativa ao advogado público em razão de opiniões e pareceres técnicos advocatícios, restou assim entendido:

III - No tocante, precisamente, à alegação de que, abstratamente, um ato consultivo não pode configurar improbidade administrativa, embora deva ser tal argumento conhecido, não merece ser provido. Convém ressaltar o entendimento desta Corte Superior no sentido de que é juridicamente possível a caracterização de improbidade administrativa quando o ato de natureza consultiva decorre de erro grosseiro ou de má-fé. Consequentemente, o parecerista, ao contrário do sustentado por Neuci Santoro Soares, pode ser responsabilizado nos termos da Lei de Improbidade Administrativa. Nesse sentido: EDcl no AgRg no REsp n. 1.408.523/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 14/6/2016, DJe 10/10/2016.<sup>253</sup>

Observa-se que o erro grosseiro, inclusive, está equiparado à má-fé, de forma bastante ampla, a tipificar o ato de natureza consultiva, como de improbidade administrativa.

<sup>250</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 879.040/MG**. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, julgado em 21 de outubro de 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2063929/recurso-especial-resp-879040-mg-2006-0109384-4/inteiro-teor-12231444>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

<sup>251</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação de Improbidade Administrativa - **AIA 30/AM 2010/0157996-6**, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 28.9.2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21076797/acao-de-improbidade-administrativa-aia-30-am-2010-0157996-6-stj/inteiro-teor-21076798>. Acesso em: 06 dez. 2020.

<sup>252</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 294.

<sup>253</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 984.246/RJ**, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 15/08/2019, DJe 23/08/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/871064874/agravo-em-recurso-especial-aresp-984246-rj-2016-0243223-9>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

Outrossim, necessário destacar que o erro, para ser escusável, há de ser considerado somente aquele inevitável, como preleciona Fábio Medina Osório, observando-se a clareza com que este autor explica o sentido deste erro, dentro da esfera do Direito Administrativo Sancionador, a qual, foi possível, inclusive, avaliar pelos julgados anteriores, que tem sido a considerada adequada para a análise dos atos de improbidade administrativa:

Diga-se que somente o erro inevitável, invencível, há de ser eficaz no Direito Administrativo Sancionador, sendo que o grau de exigência – para reconhecimento dessa modalidade exculpatória – é tanto maior quanto o sejam as qualidades profissionais do agente, o qual passa a ter um dever de conhecimento de determinadas circunstâncias normativas, dentro do seu nível de responsabilidades, o que não inviabiliza as excludentes cabíveis.<sup>254</sup>

Portanto, há que se entender o contexto de atuação do agente público em questão, para que se possa avaliar o grau de conhecimento que ele deveria ter para o exercício de sua função, a justificar possíveis erros inevitáveis, aplicando-se o entendimento da necessidade de serem evidenciados os erros grosseiros ou dolo.

De outro vértice, não sendo considerado o ato como ímprobo, diante da ausência da culpa grave, dolo ou erro grosseiro, estaria presente, em razão das esferas independentes, a responsabilidade aquiliana do agente público para reparação do dano causado?

A Lei 13.655/2018 incluiu diversos dispositivos na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, estabelecendo mudanças interpretativas acerca da responsabilidade advinda dos atos do agente público, determinando, por meio de seu artigo 28<sup>255</sup>, sua responsabilidade pessoal por suas decisões ou opiniões técnicas, em caso de dolo ou erro grosseiro.

Desta forma, além do agente público não responder por improbidade administrativa em virtude de culpa leve, sendo considerada somente a grave, como examinado, no campo da responsabilidade extracontratual civil, restou, através deste dispositivo legal citado, limitação ao dolo e erro grosseiro.

Interessante destacar que o parágrafo primeiro deste artigo, o qual restou vetado, continha a disposição de que não se considerava erro grosseiro, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais.<sup>256</sup>

E nas razões de veto, houve a seguinte justificativa:

<sup>254</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6. ed. Ver. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 391.

<sup>255</sup> Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

<sup>256</sup> § 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais.

A busca pela pacificação de entendimentos é essencial para a segurança jurídica. O dispositivo proposto admite a desconsideração de responsabilidade do agente público por decisão ou opinião baseada em interpretação jurisprudencial ou doutrinária não pacificada ou mesmo minoritária. Deste modo, a propositura atribui discricionariedade ao administrado em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica.<sup>257</sup>

Assim, verifica-se que referida Lei impunha maior discricionariedade a possibilitar a não responsabilidade de agentes público em caso interpretação pessoal de jurisprudência ou doutrina, desde que razoável, havendo evidente subjetividade da norma, a lesar todo o sistema legislativo, que impõe ao administrador público honestidade, probidade, moralidade, no trato da coisa pública.

O Tribunal de Contas da União, por meio do acórdão nº. 2.391/2018 exarou entendimento de que o disposto no artigo 28 da Lei 13.655/2018 somente alcançaria às sanções aplicáveis e não à reparação decorrente. Observa-se:

146. Isso ocorre porque as alterações promovidas na LINB, em especial no art. 28, não provocaram uma modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito.

147. O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso à administração pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição(...)<sup>258</sup>

Porém, o parágrafo 6º<sup>259</sup> do art. 37 da Constituição da República dispõe a respeito da responsabilidade do Estado por danos causados por seus agentes a terceiros (presentes dolo ou culpa), enquanto o artigo 28 da Lei 13.655/2018 diz respeito à responsabilidade pessoal deste diante das decisões que tomar, dentro do direito punitivo a incidir sobre o mesmo (presentes dolo e erro grosseiro ou culpa grave), sendo situações distintas.

Paulo Modesto assevera que:

Neste acórdão, o TCU fez uma distinção não contemplada no artigo 28 da LINDB: para a fins punitivos, seria exigida a prova de dolo ou culpa grave (erro grosseiro); para fins reparatórios, supostamente domínio fora do campo de incidência do artigo

<sup>257</sup> BRASIL. Planalto. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2020.

<sup>258</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 2.391/2018**. Disponível em: <<https://pesquisa.ap.gov.br/#/documento/acordao-completo/2391%252F2018/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=08a4b650-2b5c-11eb-ac92-6395b1a6fcf5>>. P. 42-43>. Acesso em: 20 nov. 2020.

<sup>259</sup> § 6º 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, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 nov. 2020.

28 e com fundamento no § 6º do artigo 37 da Constituição, seria exigida a prova de dolo ou da culpa simples.<sup>4</sup> Em outros Acórdãos, o TCU invoca a exigência de “especial zelo” e a figura idealizada do “administrador médio” como parâmetro de controle (Acórdão 2.860/2018 – Pleno).<sup>260</sup>

O mesmo autor assevera que, diante desta insegurança jurídica acerca da responsabilidade do agente público diante de suas tomadas de decisões, dentro do aspecto da necessidade dos elementos subjetivos preconizados pelo artigo 28 da Lei 13.655/2018, em meio à Pandemia da Covid-19 foi promulgada a Medida Provisória 966 de 2020, no sentido de “reafirmar e detalhar disposição expressa de lei vigente, que aplica jurisprudência firme do STF, sob a argumento de premente necessidade de atenuar a insegurança jurídica neste momento”, em virtude da resistência de órgãos de controle em relação ao texto disposto pelo referido artigo.

Referida Medida Provisória teve sua vigência encerrada em 10 de setembro de 2020. No entanto, seus artigos 2º discorria a respeito do denominado “erro grosseiro”, considerando-o aquele “manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. No artigo 3º estavam designados critérios de aferição da ocorrência do erro grosseiro, como os obstáculos e as dificuldades reais do agente público, complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público, dentre outras.

Na exposição de motivos, ficou claro que o objetivo de referida Medida Provisória era de que houvesse a limitação acerca da responsabilização de agentes públicos pelas suas ações ou omissões em atos relacionados com a pandemia da Covid-19, para somente aqueles praticados com dolo ou erro grosseiro, com alcance limitado às medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública pandemia e combate aos efeitos econômicos e sociais.

Referida Medida Provisória foi alvo de inúmeras críticas, bem como de ações diretas de inconstitucionalidade<sup>261</sup>, sendo entendida também como instrumento para não responsabilizar o Presidente da República pelo seu posicionamento a favor do protocolo da “cloroquina”.

Dentro dos objetivos deste trabalho, referida Medida Provisória somente deixa indubitável a necessidade de evolução normativa jurídica segura, para a interpretação dos elementos subjetivos necessários a cada espécie de responsabilização do agente público, pois, até

---

<sup>260</sup> MODESTO, Paulo. MP 966 e a responsabilidade dos agentes públicos. **Boletim de Notícias Conjur Consultor Jurídico**. 21.05.2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/interesse-publico-mp-966-responsabilidade-agentes-publicos#sdfootnote4sym>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

<sup>261</sup> Como as ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427 e 6428.

o momento, o entendimento dependerá o órgão de controle ao qual a questão será suscitada, seja jurisdicional ou mesmo fiscalizador.

### 3.2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA OU MERA ILEGALIDADE A PARTIR DOS ELEMENTOS SUBJETIVOS

Fábio Medina Osório assevera que atua com falta de probidade o agente gravemente desonesto (sentido relacionado à corrupção<sup>262</sup>) ou intoleravelmente incompetente, incapaz de administrar coisa pública<sup>263</sup>. Assim, para este autor, as condutas de improbidade se inserem nestes dois grandes grupos – desonestidade e ineficiência.

O mesmo autor declara que o tripé do ato de improbidade administrativo se consubstancia na ilegalidade, imoralidade e deslealdade. Este último se refere à honestidade e a mínima eficiência funcional, considerando que nem toda desonestidade funcional será ímproba, havendo de existir uma ideia desta honestidade, para a improbidade dolosa. Ele ainda explica que, a desonestidade está constituída por meio do descumprimento de normas jurídicas, conferindo-lhe caráter de “norma em branco ou cláusula geral”, levando-se em consideração a intenção no descumprimento e o desvalor desta infração, sob a análise da importância das normas lesadas.<sup>264</sup>

Já a ineficiência é analisada dentro do contexto de má gestão pública, não sendo esta, porém, um valor absoluto a ser evidenciado. Aceita-se, na visão de Osório, que o desatendimento de metas fiscais, embora sejam estas configuradas como graves ilícitos, não sejam necessariamente enquadrados como atos de improbidade administrativa. Ele ainda destaca:

Sem embargo, vê-se que, tal como ocorre com a desonestidade e a falta de parcialidade, a ineficiência também comporta numerosos, quiçá infinitos matizes, donde algumas transgressões poderão ser toleradas, absorvidas, censuradas levemente, ao passo que outras podem comportar remédios e medidas enérgicas, afetando direitos fundamentais do infrator.<sup>265</sup>

<sup>262</sup> De fato, alguns sistemas, como o brasileiro, estão cada vez mais centrados na tutela da improbidade, expressão mais ampla, objeto de nosso foco, constituindo a corrupção uma das facetas mais preocupantes do problema, mas não sua totalidade. A linguagem cotidiana, a improbidade substituiu a corrupção, abarcou ou absorveu as modalidades de enriquecimento ilícito, porque essa é a linguagem dos meios forenses que se transplanta ao meio jornalístico. OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa, má gestão pública – corrupção – ineficiência**. 4. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 42.

<sup>263</sup> Ibid., p. 54.

<sup>264</sup> Ibid., p. 131-132.

<sup>265</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa, má gestão pública – corrupção – ineficiência**. 4. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 42, p. 154.

Para individualização do olhar para as referidas condutas, e, assim, para poder compreendê-las dentro de um contexto mais definido, é necessário entender o modo de agir do agente público no caso concreto, e seus resultados, sendo certo que a análise dos elementos subjetivos possui referido desígnio.

É imprescindível, neste aspecto, a busca da demonstração da intenção do agente e neste sentido Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>266</sup> comenta que inclusive, a pesquisa do elemento subjetivo do agente é coerente com a gravidade e severidade das sanções aplicáveis pela Lei de Improbidade Administrativa, como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública: “A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins.”

Falar, por exemplo, que um administrador público agiu de forma ineficiente, sem aprofundar-se na análise, significa pouco. Há de se observar se houve algum erro juridicamente tolerável, o grau de falha, a repercussão nos valores jurídicos-administrativos, no sentido de que haja uma resposta de controle de tal ato proporcional com o desvalor da ação<sup>267</sup>.

Fábio Medina Osório considera que “A improbidade é uma espécie de imoralidade administrativa qualificada”, sendo que “o problema da falta de probidade administrativa tem que ser visto no universo da ética pública, no contexto de normas jurídicas especificamente protetoras das funções públicas, dos valores imanentes às Administrações Públicas e aos serviços públicos.”<sup>268</sup>

Conforme visto no item anterior, dolo e culpa são elementos imprescindíveis para a tipificação do ato de improbidade, destacando-se que, tais elementos não são exclusivos do Direito Penal, mas pertencem a outras searas de Direito como a responsabilização civil e administrativa.

Fábio Medina Osório assim destaca:

De fato, só haverá improbidade administrativa quando estiver presente o dolo ou a culpa grave, visto que tanto a corrupção pública quanto a grave desonestidade funcional pressupõem conduta dolosa, enquanto a grave ineficiência funcional pressupõe culpa grave, motivo pelo qual aparece seu caráter de insuportabilidade, a tal ponto que se fazem necessárias, geralmente, a exclusão do agente do setor público e a suspensão de seus direitos políticos (art 37, §4º, da CF), como regra.<sup>269</sup>

<sup>266</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1040.

<sup>267</sup> OSÓRIO, op. cit., p. 132.

<sup>268</sup> Ibid., p. 81 e 84.

<sup>269</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa, má gestão pública – corrupção – ineficiência**. 4. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 254.

Ainda, para que seja considerado um ato de improbidade, há que se ter um processo de adequação típica, exigência que vai além dos domínios penais, em razão do devido processo legal e legalidade, já que estamos diante do Estado Democrático de Direito. Assim, como afirma Osório, um ato ímprobo é necessariamente um ato típico.<sup>270</sup>

Está consolidado na jurisprudência do STJ<sup>271</sup> que a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada justamente pelo elemento subjetivo.

Para exemplificação de atos realizados considerados mera ilegalidades, os quais, não foram punidos conforme a sistemática da Lei de Improbidade Administrativa, observa-se o caso da ausência na prestação de contas das verbas provenientes de convênio Programa Brasil Alfabetizado - BRALF/2009) firmado entre o Município de Serra do Mel/RN e o FNDE.<sup>272</sup>

Não obstante realmente tenha sido constatada a omissão no dever de prestação de contas, observou-se que, ao protocolar sua defesa preliminar, o ex-Prefeito acusado demonstrou que o fez, porém, de forma tardia. No acórdão restou considerado que deveria distinguir-se conduta ilegal da conduta ímproba, devendo ser demonstrado o intuito de agir com desonestidade, malícia ou dolo. Assim, determinou-se que: “Na espécie, tratou-se de condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, tendo em vista a ausência de má-fé do administrador público.”<sup>273</sup>

Assim, neste exemplo, foi apurado que a conduta se tratou de irregularidade advinda de ineficiência, a ser corrigida com correção administrativa.

Neste sentido, Odasir Piacini Neto<sup>274</sup> explica que as irregularidades funcionais possuem meio próprio para ser apuradas, como as sindicâncias e processos administrativos disciplinares, a exemplo do que dispõe o regime jurídico único dos servidores públicos da União, Lei 8.112/1990 (artigos 143-182), demonstrando que não são todos esses atos que podem ser equiparados a atos de improbidade, em crítica ao que ocorre nos dias atuais.

<sup>270</sup> Ibid., p. 253.

<sup>271</sup> Não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 827.445/SP**, julgado em 02/02/2010, DJe 08/03/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19159994/recurso-especial-resp-827445-sp-2006-0058922-3-stj/relatorio-e-voto-19159996>>. Acesso em: 06 dez. 2020. E também vide: **AIA 30/AM**, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 28.09.2011 e **AgInt no AREsp 1310324/RJ**, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 29/06/2020, DJe 01/07/2020.

<sup>272</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5 Região. **PROCESSO: 08000180920124058401**, APELREEX - Apelação / Reexame Necessário, Desembargador Federal Francisco Wildo, Primeira Turma, Julgamento: 21/05/2015. Disponível em: <[http://www.trf5.jus.br/data/2015/05/PJE/08000180920124058401\\_20150525\\_34655\\_40500002258199.pdf](http://www.trf5.jus.br/data/2015/05/PJE/08000180920124058401_20150525_34655_40500002258199.pdf)>. Acesso em: 21 out. 2020.

<sup>273</sup> Ibid.

<sup>274</sup> PIACINI NETO, Odasir. Sanha persecutória vulgariza conceito de improbidade administrativa. 18.07.2017. **Boletim de notícias Conjur Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-18/odasir-neto-sanha-persecutoria-vulgariza-conceito-improbidade>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

Outro exemplo de mera ilegalidade é o caso da Ação Civil Pública que tratou de irregularidade cometidas no âmbito do programa do seguro-desemprego no Estado de Alagoas. As irregularidades apontadas foram a de inexistência de licitação para aquisição de materiais e contratação de serviços publicitários, pagamentos fora dos prazos consignados no plano de trabalho, prestação de contas fora do prazo, ausência de recolhimento das contribuições previdenciárias dos prestadores de serviços) no âmbito dos Convênios SPPE/MTE nº 007/2003 e 034/2003, que previam a transferência voluntária, pela União, da quantia de R\$ 487.219,35 (quatrocentos e oitenta e sete mil, duzentos e dezenove reais e trinta e cinco centavos) mais R\$ 683.600,71 (seiscentos e oitenta e três mil, seiscentos reais e setenta e um centavos), ao tempo em que previa uma contrapartida de R\$ 400.224,43 (quatrocentos mil, duzentos e vinte e quatro reais e quarenta e três centavos), com a finalidade de executar o programa de seguro-desemprego por intermédio do Sistema Nacional de Emprego - SINE, compreendendo a manutenção de postos de atendimento, visando a inserção no mercado de trabalho.

Decidiu-se que o objetivo do convênio foi atingido, não havendo provas específicas quanto ao dano. “Inexistem nos autos elementos suficientes para que se possa imputar ao réu alguma conduta desonesta a fim de impor-lhe as sanções da Lei de Improbidade”. Pelo acórdão entendeu-se que não houve indícios de desídia do administrador na gestão dos recursos, tendo sido as contas prestadas, aprovadas, sendo reconhecido que as metas do convênio foram alcançadas.<sup>275</sup>

Portanto, nem toda ilegalidade será improbidade, em que pese o contrário ser verdadeiro. Waldo Fazzio Junior aponta a diferença: “ilegalidade e improbidade não são vícios gêmeos; o vício da improbidade é mais velho e mais nocivo. Atos ilegais merecem antídotos jurídicos ordinários. Não assim os ímprobos”<sup>276</sup>.

### 3.3 ELEMENTOS SUBJETIVOS DO AGENTE PARTICULAR – ART 3º DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

---

<sup>275</sup> BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. **Processo: 00000981620104058000, AC503473/AI**, Relator: Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado), Quarta Turma, Dje:05/03/2015 - Página 333. Disponível em: <[https://www4.trf5.jus.br/data/2015/03/ESPARTA/00000981620104058000\\_20150305\\_3615305.pdf](https://www4.trf5.jus.br/data/2015/03/ESPARTA/00000981620104058000_20150305_3615305.pdf)>. Acesso em: 30 mar. 2020.

<sup>276</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 312.

Até o momento, foi apresentada fundamentação a respeito da necessidade de evidenciar elementos subjetivos para tipificação da conduta ao ato de improbidade administrativa, analisando-se sob o viés do agente público propriamente dito.

O artigo 3º da Lei de Improbidade Administrativa, no entanto, amplia o rol de sujeitos ativos de atos de improbidade administrativa, estando assim definido: “As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves sustentam que o terceiro poderá responder por ato de improbidade administrativa em três situações, que serão evidenciadas quando da conformação do elemento subjetivo do agente público e a prática do ato ímprobo em si<sup>277</sup>. A primeira hipótese diz respeito a participação do terceiro como pessoa que induz o agente público àquela conduta de improbidade.

O induzimento é diferente da instigação, na qual o agente público já possuiria a ideia, que é somente estimulada pelo terceiro. Para tal interpretação, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves prelecionam:

Em razão disto, aquele que tão somente instiga o agente público não terá sua conduta subsumida ao artigo 3º da Lei 8.429/99, não sendo demais lembrar, em reforço desta conclusão, que, no Direito Penal, os vocábulos são empregados em conjunto e veiculam significados diversos (ex.: art. 122 do CP – *Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça*).<sup>278</sup>

A segunda situação é a facilitação do atingimento do resultado visado pelo agente público, com ajuda do terceiro, exemplificando, o fornecimento de veículo para transportar bens e valores desviados do patrimônio público. E terceira hipótese de responsabilização do terceiro é o simples benefício que este obtém com a prática do ato de improbidade do agente público, sem qualquer influência ou ajuda.

Os autores discorrem a respeito da necessidade do conhecimento, pelo terceiro, da origem ilícita do benefício auferido, já que, caso contrário, a mera obtenção do referido benefício cuja ilicitude era desconhecida, incidirá em responsabilidade objetiva, a qual não tem respaldo legal, e compromete a segurança das relações jurídicas. Porém, os autores fazem destaque a uma exceção:

---

<sup>277</sup> GARCIA, Emerson; PACHECO ALVES, Rogério. **Improbidade administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 355.

<sup>278</sup> *Ibid.*, p. 355.

Esse liame subjetivo, à evidência, não é necessário em se tratando de mera pretensão de ressarcimento dos danos causados ao erário, sendo plenamente possível a condenação do agente público e do terceiro beneficiado pelo ato, como devedores solidários, ainda que inexistam um liame prévio entre eles.<sup>279</sup>

Neste sentido, tem sido considerado na jurisprudência, vide parte da ementa a seguir, hodierna:

A Corte "a quo" sustentou que o agente público ou terceiro, para ser chamado a responder por sua atuação, deve, de alguma forma, induzir ou concorrer - seja por ação ou omissão - para a prática da conduta tida como ímproba, não sendo razoável que a Secretária Municipal da Saúde, com atribuições fiscais e de gerenciamento do exercício de um dos envolvidos não figura-se no pólo passivo dos autos.(...) O Tribunal de origem expressamente afirmou a presença de omissão e comissão dolosa da agravante, o que gerou o aumento da multa civil. (...) <sup>280</sup>

Em qualquer das hipóteses necessário será a demonstração do liame subjetivo entre o terceiro e o agente público, sendo que, conforme menciona Fazzio Junior, “a abordagem puramente objetiva é insuficiente para traçar a perfeita conformação do quadro de improbidade. Demonstrações de conluio são necessárias para a censurabilidade, sob pena de ceder às suposições vizinhas da injustiça”.<sup>281</sup>

A exemplo, o caso da Ação de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público em razão de procedimento licitatório promovido, tendo como resultado a aquisição de combustível superfaturados. À primeira vista, há uma tendência, quase que intuitiva do leitor pensar na responsabilidade do particular com referido ato. Porém, o julgado abaixo, de maio do ano de 2020, demonstrou seguir a limitação imposta pela normativa da Lei de Improbidade Administrativa no caso, sendo necessária prova de que o terceiro tenha induzido ou concorrido para sua prática ou dele se beneficiado, tendo concluído que estas situações não restaram comprovadas:

1. Trata-se, na origem, de Ação por Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em razão de procedimento licitatório

<sup>279</sup> GARCIA, Emerson; PACHECO ALVES, Rogério. **Improbidade administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 356.

<sup>280</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1336263/PR**, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/02/2019, DJe 13/02/2019, Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/699745055/embargos-de-declaracao-no-agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-edcl-no-agint-no-aresp-1336263-pr-2018-0189223-0/inteiro-teor-699745074>. Acesso em: 06 dez. 2020. Vide também: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 642.096/RS**, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 20/04/2020, DJe 24/04/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/882743734/agravo-em-recurso-especial-aresp-1608720-mg-2019-0320606-7>. Acesso em: 06 dez. 2020.

<sup>281</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.63.

promovido pelo Município de Rio das Ostras que resultou na aquisição de combustível superfaturado.

(...)De acordo com a norma, para que o particular seja responsabilizado, é necessária a prova de que tenha induzido ou concorrido para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiado. O Juízo a quo chegou a fazer essa análise, afirmando que a ré "não tinha qualquer ingerência no que se refere à administração da aludida empresa", assim como "não recebia o respectivo `pro-labore'", concluindo não ser possível "adentrar no patrimônio da ré [...] sem que haja comprovação de sua participação ou benefício nos atos ímprobos". O que se pode seguramente inferir dessas afirmações é que nas instâncias ordinárias não se produziu prova de que a ré tenha induzido a prática do ato ímprobo, para ele haja concorrido ou dele se tenha beneficiado. Como consequência, fica afastado o art. 3º da Lei de Improbidade.

8. Recursos Especiais interpostos pelos réus parcialmente conhecidos e, nessa parte, não providos. Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro não provido.<sup>282</sup>

O terceiro responde, porém, a regra é que não seja de forma exclusiva, mas sempre em conjunto com o agente público, pois o ato de improbidade deve ser praticado por este, sendo requisito indispensável da Lei de Improbidade Administrativa. Garcia e Pacheco entendem, neste sentido, que: "Ajuizada a ação civil e julgado improcedente o pedido em relação ao agente público, igual destino há de ter o terceiro."

A análise, nestes casos, do elemento subjetivo também é necessária para configuração da responsabilidade do terceiro, ainda mais porque, ele sequer é parte passiva obrigatória da relação processual, via de regra, conforme entendimento jurisprudencial que vinha se consolidando ao longo do tempo.<sup>283</sup>

No entanto, em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao equiparar o particular à agente público em função do recebimento de verba pública, foi permitido que este respondesse exclusivamente no pólo passivo de ação civil de improbidade:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA. ORGANIZAÇÃO NÃO GOVERNAMENTAL. DIRIGENTE. VERBA PÚBLICA. IRREGULARIDADES. AGENTE PÚBLICO. EQUIPARAÇÃO. 1. Nos termos da jurisprudência pacificada no Superior Tribunal de Justiça, afigura-se inviável o manejo da ação civil de improbidade exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda. 2. O art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992 submete as entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público à disciplina do referido diploma legal, equiparando os seus dirigentes à condição de

<sup>282</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1784262/RJ**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 12/05/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855176097/recurso-especial-resp-1784262-rj-2018-0288099-9/inteiro-teor-855176107?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

<sup>283</sup> 2. Não é o caso de aplicar a jurisprudência do STJ, segundo a qual os particulares não podem ser responsabilizados com base na LIA sem que figure no polo passivo um agente público responsável pelo ato questionado, pois houve a devida pretensão de responsabilizar os agentes públicos em outra demanda conexa à originária deste Recurso Especial. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **REsp 1732762/MT**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 17/12/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860380262/recurso-especial-resp-1732762-mt-2018-0067557-1/inteiro-teor-860380273?ref=serp>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

agentes públicos. 3. Hipótese em que os autos evidenciam supostas irregularidades perpetradas pela organização não governamental denominada Instituto Projeto Viver, quando da execução de convênio com recursos obtidos do Governo Federal, circunstância que equipara o dirigente da referida ONG a agente público para os fins de improbidade administrativa, nos termos do dispositivo acima mencionado. 4. Agravo interno provido para dar provimento ao recurso especial.<sup>284</sup>

Pelo dispositivo mencionado, porém, equiparou-se o particular ao agente público, em virtude de ser organização não governamental, Instituto Projeto Viver, que recebeu recursos do Governo Federal, nos termos do parágrafo único do art. 1º da LIA.<sup>285</sup>

Neste caso concreto houve voto vencido do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, tendo por base o entendimento de que se seria inviável o manejo da ação civil de improbidade somente em face do particular, sem o agente público, tendo fundamentado seu posicionamento em entendimentos contrários do Superior Tribunal de Justiça<sup>286</sup>. O Ministro assim consignou em seu voto:

O acórdão não violou texto de lei federal algum, porque, de fato, a lide sancionadora não poderia ter sido isoladamente instaurada contra o instituto e o particular, uma vez que se exige, de forma inexorável, a presença de um Agente Público no polo passivo para a plena conformação da *actio*.<sup>287</sup>

Portanto, a extensão do conceito de agente público a responder pela improbidade administrativa não resta pacificada se no aspecto mais amplo ou mais restritivo, conforme voto vencido respectivo mencionado.

Destaca-se que, com relação às pessoas jurídicas, a Lei 12.846 de 1º de agosto de 2013, denominada popularmente “Lei Anticorrupção” dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil destas, sendo sociedades empresariais e as sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou

<sup>284</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1845674/DF**, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 18/12/2020. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=1845674](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=1845674)> . Acesso em: 20 dez. 2020.

<sup>285</sup> Art. 1º (...) 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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.429%2C%20DE%2020DE%20JUNHO%20DE%201992&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20san%C3%A7%C3%B5es%20aplic%C3%A1veis,fundacional%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.429%2C%20DE%2020DE%20JUNHO%20DE%201992&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20san%C3%A7%C3%B5es%20aplic%C3%A1veis,fundacional%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs)>. Acesso em 20 dez. de 2020.

<sup>286</sup> REsp. 1.171.017/PA, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 6.3.2014

<sup>287</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1845674/DF**, op. cit., fl. 5.

estrangeira.

Esta lei ampliou a responsabilização das pessoas jurídicas, alcançando seus dirigentes através da desconsideração da personalidade jurídica, bem como determinado que, conforme artigo 5º, são atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Além disso, conforme seu artigo 1º<sup>288</sup>, restou determinado expressamente a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, esta independe de dolo ou culpa, nas esferas administrativa e judicial, sendo necessário que haja nexo entre causa e efeito, através de prática de ato lesivo, conforme artigo 5º, a ser praticado pela pessoa jurídica e que cause danos à Administração Pública (nacional e estrangeira).

Conforme Acácia Regina Soares de Sá, em relação a possibilidade de ocorrência de *bis in idem* com relação as punições da Lei de Improbidade Administrativa, considerando a relevante aproximação entre os institutos:

Nessa direção, é possível observar que a lei anticorrupção pode ser considerada especial em relação à Lei de Improbidade Administrativa no que se refere às pessoas jurídicas, isso porque trata mais profunda e efetivamente de atos de corrupção por elas praticados, a exemplo do que ocorre em relação à previsão de sanções administrativas, responsabilização objetiva entre outros mecanismos utilizados.

O Supremo Tribunal Federal – STF, em 26.04.2019, afetou em repercussão geral o Tema n.º 1043 que trata da

[...]utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art. 129, § 1º)<sup>289</sup>.

Portanto, o terceiro, pessoa jurídica pode responder pela prática de atos de corrupção inclusive na seara da Lei “Anticorrupção”, em grau de responsabilidade objetiva.

<sup>288</sup> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

<sup>289</sup> SÁ, Acácia Regina Soares de. **Improbidade administrativa e a lei anticorrupção a vedação do bis-in-idem**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, artigo 01.09.2020. Disponível em: <[https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/improbidade-administrativa-e-a-lei-anticorruptao-a-vedacao-do-bis-in-idem-1\\_09/2020](https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/improbidade-administrativa-e-a-lei-anticorruptao-a-vedacao-do-bis-in-idem-1_09/2020)>. Acesso em: 28 out. 2020.

## **4 REQUISITOS E PRESSUPOSTOS PARA IMPUTAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

### **4.1 SUJEIÇÃO E TIPICIDADE**

A Lei de Improbidade Administrativa é considerada como um Código Geral, a respeito de responsabilidades por atos ímprobos, criada para regulamentar o dispositivo no parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição Federal, e tem sido função dos Tribunais superiores a

formação, através de precedentes, dos critérios da Lei de Improbidade Administrativa, já que há termos indeterminados e significativamente abertos à interpretações diversas, como foi possível verificar pela análise das discussões jurisprudenciais dos Superior Tribunal de Justiça acerca da necessidade dos elementos subjetivos, no sentido de que, o ato seja de fato considerado de improbidade administrativa, com a mudança de opiniões e votos dos Ministros em cada caso concreto.

Neste sentido, Fábio Medina Osório faz um importante destaque:

Ao mesmo tempo em que não se pode negar a inevitabilidade da disseminação de decisões judiciais em alguma medida contraditórias, paradoxais e problemáticas, é necessário estancar ou reduzir os espaços ao arbítrio e esse papel cabe à doutrina. A tensão entre segurança jurídica e efetividade das normas punitivas em face de comportamentos ilícitos dinâmicos e velozes é um desafio que a LGIA deve enfrentar.<sup>290</sup>

Este autor ainda assevera que é necessário observar a denominada “teoria dos precedentes”, a qual faz referência o artigo 926<sup>291</sup> do Código de Processo Civil a respeito dos tribunais terem de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, sendo os precedentes normas de força de fonte primária do Direito, e a tipologia referente à improbidade administrativa formada a partir destes.

Para tipificação dos artigos 9º, 10 e 11, é necessário a averiguação dos elementos subjetivos dolo e culpa, sendo que, para os ilícitos mencionados no artigo 9º (enriquecimento ilícito), é necessária a presença de dolo, o qual, conforme analisado anteriormente, não está adstrito ao resultado, mas o dolo genérico. Para a configuração de prejuízo ao erário (artigo 10) é necessária a presença de dolo, no mesmo sentido, ou culpa considerada grave, pois a depender da culpa leve, poderá incorrer em erros escusáveis, como também restou analisado. Por último, para configuração do artigo 11, a respeito de atos que lesem os princípios da Administração Pública, há que se evidenciar o dolo.

Embora essa tenha sido a visão mais pacificada, inclusive dos Tribunais Superiores, através da análise dos julgados, há quem defenda que as condutas culposas não estão separadas

<sup>290</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa, má gestão pública – corrupção – ineficiência**. 4. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 219.

<sup>291</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

somente à categorização de lesão ao Erário, podendo estender-se aos demais artigos mencionados, “dependendo da estrutura das normas proibitivas concretamente analisadas”<sup>292</sup>.

Em relação ao sujeito ativo da improbidade, aquele que responderá por esta na Ação Civil Pública de improbidade Administrativa, o agente público é o sujeito ativo direto da improbidade, sendo este sempre pessoa física, havendo ampla abrangência conceitual disposta no artigo 1º e 2º da Lei de Improbidade Administrativa a respeito, no sentido de que qualquer pessoa que se relacione com a Administração possa responder<sup>293</sup>.

Incide responsabilidade não somente às pessoas físicas, como também às jurídicas na medida que estas tenham se beneficiado e participado da conduta ímproba do agente público, participando como terceiros nos termos do artigo 3º da Lei de Improbidade Administrativa.

O sujeito passivo está relacionado a entidades que possam ser atingidas pelos atos ímprobos, como a administração direta, indireta e fundacional da União, incluindo empresas incorporadas ao patrimônio público ou entidade que tenha mais de 50% do patrimônio ou receita anual do erário, conforme artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa. Ainda será sujeito passivo, 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 50% do patrimônio ou da receita anual.

A respeito do patrimônio público tutelado pela Lei de Improbidade Administrativa, Marcelo Figueiredo assim sustenta:

A Lei 8.429 tem por escopo proteger a Administração em seu sentido mais amplo possível; é ela, em seus variados matizes e representações orgânicas e funcionais, quase sempre, o alvo de “corrupção”, de favoritismos, de má gestão; enfim, de toda sorte de malversações e ilícitos.<sup>294</sup>

<sup>292</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa, má gestão pública – corrupção – ineficiência**. 4. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 232.

<sup>293</sup> 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.

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

<sup>294</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa, comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 54.

A sociedade de economia mista também integra o sujeito passivo, conforme entendimento jurisprudencial mais recente<sup>295</sup>.

Conforme artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, a ação principal, terá o rito ordinário, e será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, sendo possibilidade disposta pelo inciso III do artigo 129 da Constituição Federal, da ação civil pública, o que normalmente é instrumento por meio do qual há o processamento de lide que trate de ato ímprobo.

A análise será feita não somente em relação à intenção do agente, sua vontade na ação realizada, mas o desvalor do resultado da ação, ou seja, de acordo com a função exercida, o cargo do agente público, qual seria a proporção de sua responsabilidade com aquele ato praticado, esperada e a exigibilidade de conduta diversa.<sup>296</sup>

Marcelo Figueiredo, neste sentido, faz a seguinte reflexão acerca da necessidade de se afastar exageros provenientes do exegetismo:

Em síntese, imaginemos dada omissão culposa (involuntária, portanto) do agente público causadora de pequena lesão ao erário. Para a lei há ato de improbidade administrativa, e *tollitur quaestio*. Será crível afirmar-se que tal agente terá seus direitos políticos cassados por força da lei, perderá a função pública, terá seus bens indisponíveis etc. etc. etc. Parece que a conclusão do raciocínio aponta para o absurdo, indício de erro no percurso exegético. Enfim, é preciso abrandar o rigor legal, ou, por outra, amoldá-lo ao espírito constitucional. (...) Propõe-se a aplicação dos princípios do devido processo legal em sentido substancial, da proporcionalidade, da proibição de excesso e da racionalidade, como meio de se evitar situações arbitrárias.<sup>297</sup>

Referida reflexão remete à possível aplicação do princípio da insignificância, da seara penal, para os atos de improbidade administrativa.

Em que pese inicialmente não aceita (conforme a Súmula vigente 599<sup>298</sup> do STJ) a aplicação de tal princípio para os atos de improbidade administrativa, o Superior Tribunal de

<sup>295</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1660381/SP**. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/08/2018, DJe 26/11/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860316308/recurso-especial-resp-1660381-sp-2016-0180466-2/inteiro-teor-860316317?ref=serp>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

<sup>296</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa, má gestão pública – corrupção – ineficiência**. 4. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 251.

<sup>297</sup> FIGUEIREDO, op. cit., p. 97.

<sup>298</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 599**, Corte Especial, julgado em 20/11/2017, DJe 27/11/2017, Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27599%27\).sub.#TIT1TEMA0](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27599%27).sub.#TIT1TEMA0)>. Acesso em: 06 dez. 2020.

Justiça vem admitindo, especialmente no processo de aplicação da pena.<sup>299</sup> Observa-se a ementa do julgado do STJ<sup>300</sup> mencionado por Capez neste sentido:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECRETAÇÃO DE PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RETROAÇÃO DOS EFEITOS DA CITAÇÃO À DATA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. SÚMULA Nº 106/STJ. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. ART. 17, § 7º, DA LEI Nº 8.429/92.

ATRIBUIÇÃO DO MAGISTRADO. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC.

(...)

5. Não compete ao autor da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, mas ao magistrado responsável pelo trâmite do processo, a determinação da notificação prevista pelo art. 17, § 7º, da Lei de Improbidade.

6. Ressalva do ponto de vista do Relator no sentido de que a Ação de Improbidade é ação civil com conteúdo misto administrativo-penal, **a qual aplicam-se subsidiariamente o CPC e o CPP, este notadamente na dosimetria sancionatória, sempre à luz da regra exegética de que *lex specialis derogat lex generalis***. No âmbito civil, é cediço que as regras do procedimento ordinário apenas incidem nas hipóteses de lacuna e não nos casos de antinomia.

(...)

8. Recurso especial conhecido e provido. **(grifo nosso)**.

Desde 2007, a partir de alguns julgados, passou-se a ventilar tal aplicação, entendendo ser possível a utilização do referido princípio para tais casos.

No julgamento do mandado de segurança 15.917, caso que tratava de um advogado da União que fora demitido por buscar se beneficiar em concurso de promoção na carreira, aplicou-se o princípio da insignificância e da presunção de inocência. Entendeu-se a bagatela do ato relacionada à potencialidade mediana lesiva ao princípio da moralidade administrativa, assim, mesmo, que tenha havido dolo ou culpa, houve uma insignificante lesão à moralidade administrativa.

ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ADVOGADO DA UNIÃO. ERRO NA TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA. PENA DE DEMISSÃO APLICADA PELA AGU. AFASTAMENTO. PENALIDADE INDICADA PELA COMISSÃO PROCESSANTE. RESTABELECIMENTO. (...)6. **Se a conduta praticada pelo servidor, direta ou indiretamente ligada ao cargo, de maneira dolosa ou culposa, for de mediana potencialidade lesiva ao princípio da moralidade administrativa, hipótese dos autos, deve ser enquadrada no disposto nos incisos III e IX do art. 116 da Lei nº 8.112/90, consoante os postulados da razoabilidade e proporcionalidade.**7. Descaracterizada a tipificação da conduta do impetrante como inserta no artigo 132, IX, da Lei nº 8.112/90 (improbidade administrativa), remanesce a imputação dos ilícitos de menor gravidade assim como capitulados pela Comissão Processante.8. Segurança concedida, em parte, para anular a Portaria nº 1.472/10, do Advogado-Geral da União, que demitiu o impetrante, e determinar sua reintegração, restabelecendo a penalidade aplicada pela Comissão Processante, com

<sup>299</sup> CAPEZ. Fernando. **Improbidade administrativa. Limites constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 213.

<sup>300</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 761.972/RS**, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 27/03/2007, DJ 03/05/2007, p. 219. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19242011/recurso-especial-resp-761972-rs-2005-0098794-9/inteiro-teor-19242012>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

efeitos patrimoniais contados da data da publicação do ato impugnado<sup>301</sup>. (**grifo nosso**)

Ainda, em outro exemplo de aplicação de referido princípio, observa-se o ato de improbidade imputado ao Prefeito Municipal do Rio de Janeiro/RJ que disponibilizou recursos do erário municipal para construção de uma capela dedicada à devoção de São Jorge, em Santa Cruz, Bairro do Município do Rio de Janeiro/RJ, tendo como valor envolvido R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). Afastou-se as condenações por improbidade administrativa, com fundamento na aplicação do princípio da insignificância, realizando-se análise de elemento subjetivo (dolo ou culpa) e objetivo como ausentes. Neste caso, a justificativa apoiou-se na ideia de pouca significância com relação à lesão ao erário e não ocorrência de culpa e dolo:

A primeira e principal consequência dessa orientação jurídica é que o ato havido por ímprobo **deve ser administrativamente relevante**, sendo de se aplicar, na sua compreensão, o conhecido princípio da insignificância, de notável préstimo no Direito Penal moderno, a indicar a inaplicação de sanção criminal punitiva ao agente, quando o efeito do ato agressor é de importância mínima ou irrelevante, constituindo a chamada bagatela penal.<sup>43</sup> A Jurisprudência dos Tribunais do País, na verdade, contém copiosos exemplos de decisões judiciais que rejeitam a sanção penal nos chamados crimes de bagatela, isto é, nos casos em que o agente, mesmo realizando o tipo desenhado na lei sancionadora, atinge bem, direito ou interesse de exígua expressão.(...) **Com efeito, os recursos merecem provimento com base nas alegações de não comprovação dos requisitos objetivo (ocorrência de prejuízo ao erário) e subjetivo (ausência de demonstração do dolo do agente) necessários para a configuração do ato de improbidade administrativa.**<sup>302</sup> (**grifo nosso**).

Referida aplicação do princípio da insignificância remete à ideia de que a tipicidade como adequação da conduta do agente ao tipo penal, não basta para aplicação da análise concreta do caso. Há, neste sentido, da conduta também ser antinormativa, não sendo determinada por outra norma, de outras áreas do direito, sendo este o entendimento da denominada tipicidade conglobante, de criação de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. Referidos autores asseveram:

Para nós, esta resposta é inadmissível, porque tipicidade implica antinormatividade (contrariedade à norma) e não podemos admitir que na ordem normativa uma norma ordene o que a outra proíbe. Uma ordem normativa, na qual uma norma possa ordenar o que a outra pode proibir, deixa de ser ordem e de ser normativa e torna-se uma “desordem” arbitrária. As normas jurídicas não “vivem” isoladas, mas num

<sup>301</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 15.917/DF**, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 23/05/2012, DJe 19/06/2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23072673/embargos-de-declaracao-no-mandado-de-seguranca-edcl-no-ms-15917-df-2010-0210513-0-stj/inteiro-teor-23072674>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

<sup>302</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.536.895 - RJ (2015/0032419-7)**. DJe 08/03/2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1474918&num\\_registro=201500324197&data=20160308&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1474918&num_registro=201500324197&data=20160308&formato=PDF)>. Acesso em: 06 dez. 2020.

entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não podem ignorar-se mutuamente. Uma ordem normativa não é um caos de normas proibitivas amontoadas em grandes quantidades, não é um depósito de proibições arbitrárias, mas uma ordem de proibições, uma ordem de normas, um conjunto de normas que guardam entre si uma certa ordem, que lhes vem dada por seu sentido geral: seu objetivo final, que é evitar a guerra civil (a guerra de todos contra todos, *bellum omnium contra omnes*) (Welzel).<sup>303</sup>

A ideia é de que o tipo não poderá vedar o que o direito determina, sendo o juízo da tipicidade mais amplo, no sentido de exigir que haja a comprovação da chamada tipicidade conglobante, indagando-se o alcance proibitivo de acordo com toda ordem normativa<sup>304</sup>.

Desta forma haverá a análise da tipicidade formal e da tipicidade conglobante, que resulta na análise de antinormatividade e tipicidade material, sendo que, inexistindo algum desses fatores, não haverá tipicidade penal que configure certo crime.

**Pedro Luiz Ferreira de Almeida<sup>305</sup>, neste sentido, preleciona:**

é possível utilizar os conceitos de tipo formal e material, reconhecendo que há condutas que, apesar de serem formalmente típicas, aos tipos previstos na LIA ou em legislação extravagante, são insignificantes para essa esfera de responsabilização, em face de sua atipicidade material. Portanto, é possível afirmar que o princípio da insignificância é aplicável no âmbito da improbidade administrativa.

Fernando Capez propõe em sua obra a aplicação da teoria da imputação objetiva aos casos concretos, acreditando que desta forma evitar-se-á injustiças e violações à dignidade humana.<sup>306</sup>

Para o doutrinador citado, o princípio da dignidade humana é o norteador da formação do direito penal, vez que este é produto decorrente de um longo e árduo processo de evolução histórica, a qual passou por penas atroz e arbitrarias, bastando o nexos causal entre a ação e o resultado<sup>307</sup>. Deste princípio, Capez menciona os seguintes derivados: insignificância, que aqui analisaremos, legalidade, alteridade, confiança, adequação social, intervenção mínima, fragmentariedade, proporcionalidade, humanidade, necessidade e ofensividade<sup>308</sup>. Para cada um deles há de ser interpretado o fato constituído como criminoso para que haja a configuração de tipicidade.

<sup>303</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 458.

<sup>304</sup> Ibid., p. 460-461.

<sup>305</sup> DE ALMEIDA, Pedro Luiz Ferreira. (2021). O princípio da insignificância e a improbidade administrativa. **Revista Digital De Direito Administrativo**, 8(1), 121-154. <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v8i1p121-154> p. 151-152.

<sup>306</sup> CAPEZ, Fernando. **Improbidade administrativa. Limites constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 326.

<sup>307</sup> Ibid., p. 174.

<sup>308</sup> Ibid., p. 35.

O autor sustenta que, em que pese a Lei de Improbidade Administrativa, não preveja pena que cerceie a liberdade de locomoção; esta traz restrições severas ao cidadão, cerceando direitos civis, eleitorais, patrimoniais, que podem macular a dignidade humana, tal como ocorre na imposição de sanções penais. Desta forma, não sendo prevista a lei como de natureza penal, o agente público estaria privado de algumas garantias individuais que decorreram de uma longa evolução histórica. Em virtude disso é que propõe a aplicação da análise dos princípios decorrentes da dignidade humana para configuração, ou não, do ato de improbidade, no sentido de garantir ao acusado as mesmas garantias penais constitucionais, conquistadas no decorrer do processo histórico evolutivo.

Portanto, ele expõe que com a imputação objetiva não será indagado somente se há subsunção ao tipo, mas haverá um processo mental de adequação, levando-se em conta muito mais do que a mera correspondência exterior e formal, ou mesmo a causalidade.<sup>309</sup>

Ele preleciona de forma concreta como incidir a teoria da imputação objetiva na improbidade administrativa:

A imputação objetiva significa, sobre o prisma objetivo, isto é, sem contar o dolo e a culpa, exigir para a existência de uma infração penal que a conduta tenha conteúdo material, revelado pela ofensividade, inadequação social, relevância mínima e assim por diante.

Preenchidos tais requisitos objetivos necessário para o conteúdo ontológico da infração, opera-se a imputação objetiva, ou seja, o enquadramento objetivo do fato ao tipo. Em seguida, ainda na fase da verificação do fato típico, analisam-se o dolo e a culpa, necessários para a imputação subjetiva do fato ao tipo.<sup>310</sup>

Assim como no Direito Penal, para que o ato seja considerado ímprobo, há o processo de adequação típica, e a respeito dessa exigência, comenta Osório é uma exigência que ultrapasse a seara penal, pertencente ao que denomina de “campo punitivo” do direito Administrativo Sancionador, incidindo-se o devido processo legal e a legalidade do Estado Democrático de Direito. Desta forma conclui: “Um ato ímprobo é, por definição, típico. O tipo expressa o modelo de conduta proibida.”<sup>311</sup>

O mesmo autor assevera que dentro do processo de adequação típica do ato ímprobo está a averiguação do dolo e da culpa, concluindo que, só haverá improbidade administrativa

<sup>309</sup> Capez ainda dispõe na p.75: “Depreende-se, pois, que a teoria da imputação objetiva constitui importante elemento no estudo dos atos de improbidade administrativa, dado que, como critério limitador do *jus puniendi* estatal, operando a exclusão do fato típico, a sua análise passa a ser imperiosa pelo aplicador do Direito.

<sup>310</sup> CAPEZ. Fernando. **Improbidade administrativa. Limites constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 317.

<sup>311</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa. Má gestão pública – corrupção- ineficiência**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018, p. 253.

quando estiver presente o dolo ou a culpa grave, analisando a corrupção pública e a grave desonestidade funcional, as quais pressupõem conduta dolosa, enquanto a grave ineficiência funcional pressupõe culpa grave, “motivo pelo qual aparece seu caráter de insuportabilidade, a tal ponto que se fazem necessárias, geralmente, a exclusão do agente de seu setor público e a suspensão de seus direitos políticos (art. 37, §4º, da CF), como regra”.<sup>312</sup>

Marcelo Figueiredo também sustenta pela existência da tipicidade, ao expor a respeito do artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa, dizendo que há “núcleo central do tipo” ao mencionar seu caput<sup>313</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo desta maneira, conforme se observa pelo julgado do Recurso Especial 751.634/MG:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDOR PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. SUJEIÇÃO AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE. (...) 2. Nem todo o ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para os fins da Lei 8.429/92. A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador. 3. As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sendo que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa. Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas, conclui-se que o silêncio da Lei tem o sentido eloqüente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9.º e 11.4. Recurso especial a que se nega provimento.<sup>314</sup>

Napoleão Nunes Maia Filho entende que é indispensável a exigência de tipicidade dos atos de improbidade administrativa, devendo seguir a lógica da seara jurídica penal, mencionando a máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, fundamento mais importante no Direito Sancionador. Referido autor critica a generalidade da Lei, no entanto, com dispositivos extremamente abertos, no sentido de que se exige de seu aplicador cautela na aplicação, no sentido desta não ser ampliada indevidamente em seus contornos<sup>315</sup>.

<sup>312</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa. Má gestão pública – corrupção- ineficiência**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 254.

<sup>313</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade administrativa, comentários à lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6. ed. Atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 77.

<sup>314</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 751.634/MG**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 26/06/2007, DJ 02/08/2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8920467/recurso-especial-resp-751634-mg-2005-0082158-3/inteiro-teor-14065486>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

<sup>315</sup> MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **O poder administrativo sancionador: origem e controle jurídico**. Napoleão Nunes Maia Filho; Mário Henrique Goulart Maia. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 134-135.

## 4.2 CRÍTICA À TIPICIDADE ABERTA E RISCO À GARANTIA DOS DIREITOS DA CIDADANIA

Por ser impossível a especificação de todas as condutas que ensejariam em atos de improbidade administrativa, a Lei realizou descrição genérica do *caput* nos artigos 9º, 10º e 11º; Sérgio Turra Sobrane comenta que com essa disposição, nenhum ato ficará de fora, sendo que mesmo que não se encontre nos incisos de cada artigo, poderá ser enquadrado nas descrições genéricas dos artigos<sup>316</sup>.

Carlos Ari Sunfeld assim destaca sobre a Lei de Improbidade Administrativa e seu caráter genérico:

Em seu núcleo, ela se limita a enumerar os pecados da improbidade, em três artigos muito longos, cujo texto é menos para especificar e precisar que para apanhar e abranger. São como deixas para o improviso, dedo em riste, em cena de acusação, cheia de ira santa. Pode-se cometer improbidade por “enriquecimento ilícito”, por “prejuízo ao erário” ou por violação dos “princípios da Administração Pública”<sup>317</sup>.

Assim, o caráter normativo da Lei de Improbidade Administrativa é extremamente generalista, sendo seus dispositivos considerados “normas em branco”. O *caput* é geral e seus incisos são exemplos das condutas que podem se enquadrar em cada artigo 9º, 10º ou 11º.

A respeito disso, Osório assevera que tal característica impõe maior segurança jurídica ao modelo<sup>318</sup>. E cada bloco normativo se relaciona com o outro, já que a conduta tipificada no artigo 9º, por exemplo, pode lesar também o artigo 10º, sendo que, toda conduta nestes enquadrada lesará os princípios da Administração Pública, lesões denominadas imateriais, não necessariamente ligadas ao resultado material da ação.

Ainda, Osório preleciona, como inovação de interpretação, que:

(...)toda improbidade administrativa traduz uma ilegalidade de comportamento que não se limita a violar princípios ou deveres abstratos contemplados na Lei Federal 8.429/92. Sendo uma norma sancionadora em branco, quaisquer tipos da LGIA são complementados por legislações setoriais, instituindo regras que se sintetizam e se incorporam aos princípios.<sup>319</sup>

<sup>316</sup> SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa. Aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010, p.37.

<sup>317</sup> SUNDFELD, CARLOS ARI. Um Direito mais que Administrativo. In MARRARA, Thiago. **Direito administrativo: transformações e tendências**. [S.l: s.n.], 2014. Posição 974. Ebook.

<sup>318</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa, má gestão pública – corrupção – ineficiência**. 4. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 223.

<sup>319</sup> *Ibid.*, p. 223.

Os incisos dos caputs dos artigos referidos vem sendo atualizados de acordo com as mudanças de tutela da probidade, como por exemplo, o inciso IX do artigo 11, sobre “deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação”, incluído pela Lei nº 13.146, de 2015, ou mesmo o inciso XIX do artigo 10, pelo qual está disposto que lesará o Erário aquele que “agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas”, incluído pela Lei nº 13.019, de 2014, com a redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015.

Nuno Coelho e Cristiana Fortini<sup>320</sup> prelecionam que a Constituição da República considera a improbidade administrativa entre as poucas hipóteses<sup>321</sup> das quais decorre a possibilidade da suspensão dos direitos políticos. Sendo assim, se houver a ampliação legislativa ou jurisprudencial das hipóteses ensejadoras de aplicação da sanção de suspensão dos direitos políticos, “estará em tensão com os princípios fundantes da ordem republicana do Estado Democrático de Direito (art. 1º, II e V)”.<sup>322</sup>

Ainda, eles asseveram que a improbidade administrativa, por si só, por vezes inclusive somente a sujeição à ação de improbidade administrativa gera importante reprovação social, portanto, melhor seria que tais ações fossem distribuídas de maneira excepcional e limitada, inclusive em virtude das pesadas sanções constitucionais que constroem direitos políticos<sup>323</sup>, incidindo no pleno exercício da cidadania.

Hely Lopes Meirelles, no mesmo sentido, de necessidade de extrema cautela na interpretação dos atos de improbidade administrativa, diante de sua característica geral e pouco precisa, assim sustenta:

<sup>320</sup> COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; PINTO E SILVA, Cristiana Maria Fortini. A pena de suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa e a constituição. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** v. 24, n. 3, 2019, p. 101. Disponível em: DOI: <<https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i31682>>. Acesso em: 19 out. 2020.

<sup>321</sup> Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:  
I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;  
II - incapacidade civil absoluta;  
III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;  
IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;  
**V - Improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º (Grifo nosso).**

<sup>322</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
I - a soberania;  
II - a cidadania;  
III - a dignidade da pessoa humana;  
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;  
V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

<sup>323</sup> COELHO, op. cit. Acesso em: 19 out. 2020.

Todos os três artigos citados acima trazem, no *caput*, uma definição genérica do ilícito e listam nos incisos, exemplificativamente, tipos de atos que se enquadram na definição. Embora a redação dos mencionados dispositivos deixe claro não se tratar, nos incisos, de uma definição *numerus clausus* das modalidades de atos de improbidade, a interpretação tem que ser cuidadosa e restritiva, na medida em que as gravíssimas sanções da lei não podem ser impostas sem uma certeza absoluta quanto ao enquadramento ilícito dos atos questionados na ação. O tipo da improbidade – que é definido no *caput* de cada um dos arts. 9º, 10 e 11 – merece interpretação semelhante à do tipo penal, não comporta ampliação.<sup>324</sup>

Diante do exposto, sob pena de serem lesados importantes direitos do cidadão, a Lei de Improbidade Administrativa em que pese seu caráter genérico, há que receber interpretação restritiva, apoiada em critérios objetivos e concretos para imposição das penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa.

#### 4.3 PRESENÇA DE “INDÍCIOS” E PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*

Na fase preliminar de recebimento da ação de improbidade, nos termos do 17, § 8º<sup>325</sup>, da Lei n. 8.429/1992, o juiz, em decisão fundamentada, poderá rejeitá-la nas hipóteses: (a) se convencido da inexistência do ato de improbidade; (b) se manifesta a improcedência da ação; e (c) se inadequada a via eleita.

A inicial, conforme determinado pelo § 6º<sup>326</sup> do mesmo artigo 17, será instruída com documentos ou justificação que contenham “indícios suficientes da existência do ato de improbidade” ou com razões fundamentadas a respeito da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que a presença de indícios de cometimento de atos previstos na Lei de Improbidade Administrativa autoriza o recebimento da inicial, devendo prevalecer na fase inicial o princípio do *in dubio pro societate*. Tal entendimento é ponto dissonante das normas penais aplicáveis por simetria ao Direito Administrativo Sancionador, em virtude de que, para a seara criminal, *in dubio pro reo*.

<sup>324</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 313-314.

<sup>325</sup> § 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

<sup>326</sup> § 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.

O entendimento de existência ou não de indícios tem sido aplicado na fase de admissão da Ação de Improbidade Administrativa. Vide posicionamento majoritário do Superior Tribunal de Justiça.

Relativamente ao recebimento da inicial, o Superior Tribunal de Justiça possui firme entendimento de que é suficiente a demonstração de **indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria para que se determine o processamento da ação**, nos termos do art. 17, §§ 6º e 8º, da Lei n. 8.429/1992, **a fim de possibilitar maior resguardo do interesse público**<sup>327</sup>. **(grifo nosso)**

Assim, em que pese movimento intenso jurisprudencial para garantir a limitação da sujeição aos atos de improbidade administrativa, importando normas da seara penal a respeito de tipificação, análise de elementos subjetivos do agente público, tal entendimento ainda permanece de maneira bastante conservadora, apoiando-se em meros indícios, os quais sequer se coadunam com as importantes punições que, desde o início, os réus da Ação Civil Pública de improbidade administrativa começam a sofrer, com indisponibilidades de bens, por exemplo, antes mesmo de realizada a instrução processual adequada a averiguar todas as garantias até então mencionadas.

Fábio Medina Osório, neste mesmo sentido assim sustenta sua opinião a respeito:

Essa lógica, pautada pelo princípio *in dubio pro societate*, está defasada e deve ser repensada. A condição de réu é algo muito importante e que produz relevantes reflexos jurídicos, políticos e sociais. Digo isso há muitos anos. As ações penais e de improbidade em muito se assemelham pelo rito aplicável, e pelo regime jurídico do sistema punitivo. Aos processos de improbidade se aplica o regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador, e aos processos criminais o regime de Direito Penal. Os dois tipos de ações estão submersos no devido processo legal punitivo constitucional e ao crescente tratamento unitário do *jus puniendi* estatal no ciclo punitivo (acordos de leniência, delações premiadas, persecução judicial integrada, investigação interinstitucional etc.).<sup>328</sup>

Referido autor assevera ainda que, há que se ter justa causa para desencadeamento do processo, referente a elementos concretos e juízo de verossimilhança, porquanto o processo em si já incide de forma relevante, na reputação dos envolvidos, não somente dos agentes públicos, mas também dos particulares.

Necessário considerar que as ações respectivas têm duração de longos anos, e, diga-se, os réus começam perdendo pois o que está em jogo é a moralidade no trato do patrimônio público, um dos mais importantes fundamentos do Estado democrático de Direito.

<sup>327</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AgRg no AREsp 660.229/RJ**, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 13/10/2020, DJe 21/10/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/482809745/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-725986-rj-2015-0138661-2/inteiro-teor-482809755>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

<sup>328</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito de *in dubio pro societate* deve ser repensado à luz da justa causa. 27 de janeiro de 2017. **Boletim de Notícias Conjur Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-27/medina-osorio-in-dubio-pro-societate-repensado>>. Acesso em: 28 out. 2020.

Desta forma, necessário que o pensamento *in dubio pro societate* seja urgentemente repensado, até porque está na contramão de todos os avanços havidos até o momento em relação as interpretações da Lei de Improbidade Administrativa.

Paulo José Freire Teotônio e Silvio Henrique Freire Teotônio mencionam que:

O estabelecimento de um juízo de culpa, com o devido respeito, só é possível sob o argumento de inequívoca veracidade da imputação, o que, evidentemente, não se pode exigir quando da propositura da Ação Civil Pública, posto que a Instituição dotada de atribuição constitucional terá, ao longo da demanda, toda a prerrogativa e oportunidade de produção de prova a corroborar a veracidade dos termos em que se fundou a inicial.<sup>329</sup>

Ou seja, o mencionado “juízo de culpa” não pode ser realizado no início da propositura da ação civil pública que trate de imputação de improbidade administrativa, até porque fere o princípio do devido processo legal.

Dentre esses avanços, importante mencionar a modificação bastante importante trazida pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que, dentre outras disposições, alterou o § 1º do artigo 17<sup>330</sup>, com expressa possibilidade de celebração de acordos de não persecução cível. Tal mudança impõe maior consensualidade administrativa sobre a persecução à moralidade determinada pelas ações respectivas, e, portanto, trará certamente alterações interpretativas aos tribunais.

Ao contrário da sistemática sofisticada imposta para acordo de leniência na Lei Anticorrupção, nos acordos de não persecução cível a disposição legal é bastante singela<sup>331</sup>, pois ainda não há regulamento para a elaboração desta composição, porém, impõe novas tendências à estrutura punitiva da Lei de Improbidade Administrativa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

<sup>329</sup> TEOTÔNIO, P. J. F., & TEOTÔNIO, S. H. F. (2014). O procedimento preparatório e as medidas cautelares na ação civil pública. **Revista Paradigma**, (21). Recuperado de <<https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/205>>. Fl.6>. Acesso: 20 dez. 2020.

<sup>330</sup> § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

<sup>331</sup> Exemplos de acordos disponibilizados ao público: BRASIL. Ministério Público de São Paulo. **Termo de compromisso de ajustamento de conduta – acordo de não persecução cível**. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwwpob\\_page.show?\\_docname=2659892.PD](http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwwpob_page.show?_docname=2659892.PD)>. BRASIL. Ministério Público de São Paulo. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/sobre/boas-praticas/not2444-acordo.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

A Lei de Improbidade Administrativa, busca punir a prática de ferimento ao dever de probidade, de forma tão ferrenha, e muitas vezes até em maior intensidade, do que os próprios crimes. A suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, dispostas pelo parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição, refletem diretamente no exercício pleno da cidadania do agente infrator, sendo necessário considerar todo o arcabouço de garantias que atualmente há no ordenamento jurídico brasileiro, para que não ocorram excessos que incumbam em penalidades desproporcionais.

No entanto, há certas fragilidades ainda encontradas em referida Lei nº. 8.429/1992, que dependerão das interpretações dos Tribunais, principalmente o que é responsável pela interpretação correta da legislação federal, o Superior Tribunal de Justiça; a respeito da própria natureza jurídica da norma ainda possui posicionamentos controvertidos, sendo demonstrado que, inicialmente, entendia-se possuir natureza penal, adiante, natureza civil e em decorrência aos últimos posicionamentos jurisprudenciais emanados do Superior Tribunal de Justiça, tem-se enquadrada no Direito Administrativo Sancionador, em que pese demonstrado entendimentos doutrinários acerca da incongruência de importar-se do Direito Espanhol referida área, considerando os sistemas distintos de direitos punitivo.

Esta seara aplica, por simetria, normas advindas da seara criminal, bem como princípios constitucionais reflexos, para a garantia da limitação de imposição de ao Direito Punitivo, principalmente no que diz respeito aos elementos subjetivos necessários para a tipificação da conduta como ímproba.

No entanto, demonstrou-se que a integridade do Direito, conforme sustenta Dworkin, é cada vez mais aplicável, ainda bem diante de um sistema normativo que possui tantas interfaces jurídicas, sejam elas penais, civis, administrativas, constitucionais.

Discutiu-se muito ainda na jurisprudência, diante da omissão de determinação nos artigos 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, outra fragilidade encontrada nesta norma, qual seja, a omissão de quais elementos subjetivos seriam considerados para tipificação dos atos como ímprobos, e não meras ilegalidades. Somente o artigo 10 é claro a respeito da possibilidade do elemento subjetivo da culpa, além do dolo.

Foi demonstrado, por recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, que primeiro debateu-se acerca de qual elemento seria considerado para a regra da sistemática da improbidade administrativa, sendo este o dolo, posteriormente, em situações previstas pelo artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, que tipo de culpa seria considerada, se leve, ou grave, concluindo-se pela última.

Sem a verificação de tais elementos subjetivos, o ato irregular cometido pelo agente público ou particular será punido na forma da responsabilidade civil aquiliana, sendo que, conforme a Lei 13.655/2018, a qual incluiu diversos dispositivos na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, acerca de tal responsabilidade, pelo seu artigo 28, determinou-se os elementos de dolo ou erro grosseiro.

Tal limitação de responsabilidade do agente público relaciona-se às garantias e proteções estabelecidas no sentido que não haja o desestímulo ao exercício da atividade pública. Porém, há órgãos de controle, como o Tribunal de Contas da União, que possuem entendimento divergente acerca da necessidade de dolo ou erro grosseiro para tanto, sustentando que tal limitação somente alcançaria às sanções aplicáveis e não à reparação decorrente.

Houveram debates na jurisprudência do Superior Tribunal e Justiça também referentes ao tipo de dolo que seria, para tipificação dos ilícitos mencionados no artigo 9º (enriquecimento ilícito), se específico à finalidade que se propunha ou genérico, aquele que não está adstrito ao resultado, sedimentando-se neste último sentido, ou seja, o dolo considerado é o genérico. Da mesma forma, para a configuração de prejuízo ao erário (artigo 10) evidenciou-se que o dolo genérico ou culpa considerada grave, pois a depender da culpa leve, poderá incorrer em erros escusáveis. E, também, para configuração do artigo 11, a respeito de atos que lesem os princípios da Administração Pública, há que se evidenciar o dolo também genérico.

Porém, toda interpretação conclusiva é advinda da jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça. Não houve ainda modificação legislativa que traga aos demandados nas ações da improbidade administrativa, a segurança jurídica dos critérios que serão adotados em seus julgamentos.

Destacou-se que se encontra em tramitação, no entanto, o Projeto de Lei nº. 10.887/2018 que dispõe acerca de modificações à Lei de Improbidade Administrativa, sendo que, uma das mais importantes alterações propostas é justamente incluir de forma expressa nos artigos 9º, 10 e 11 a expressão “mediante a prática de ato doloso” ao artigo 9º e “ação ou omissão dolosa” aos artigos 10 e 11, em seus caputs, na tentativa de resolver a questão ora explanada.

Porém, não há uma dogmática, uma teoria da improbidade administrativa, a considerar de forma clara os critérios de análise causuística, como há no Direito Penal e suas diversas teorias clássica, neokantista, finalista, constitucionalista. Há sugestões para tanto, como o faz Fernando Capez com a proposta de incidência da teoria da imputação objetiva, para a aplicação da análise dos princípios decorrentes da dignidade humana no sentido de configurar ou não do ato de improbidade, garantindo ao acusado as mesmas garantias penais constitucionais conquistadas no decorrer do processo histórico evolutivo.

Outrossim, verificou-se que a análise feita pelo julgador na Ação de Improbidade Administrativa irá além da intenção do agente, mas importa o desvalor do resultado da ação, de acordo com a função exercida, e análise da proporcionalidade de sua responsabilidade com aquele ato praticado. Evidenciou-se posicionamentos doutrinários a respeito da tipicidade conglobante, indagando-se o alcance proibitivo de acordo com toda ordem normativa, além da análise da tipicidade formal, para configuração do ato ímprobo.

Ainda se discutiu a respeito da interpretação de incidência do conteúdo genérico e exemplificativo dos incisos dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, concluindo-se, sem pacificação, que esta deverá ser o mais restrita, para que não se aplique as penalidades previstas para atos que não sejam considerados ímprobos de fato, dentro desse contexto da análise do desvalor, a depender da análise causuística.

Por fim, demonstrou-se, por meio deste trabalho que, em que pese movimento pendular jurisprudencial para garantir a limitação da sujeição aos atos de improbidade administrativa, importando normas da seara penal a respeito de tipificação, análise de elementos subjetivos do agente público, em relação ao que determina o § 6 do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, esta ação será instruída com documentos ou justificação que contenham “indícios suficientes da existência do ato de improbidade”, recebendo, na admissibilidade, petições apoiando-se fragilmente diante destes, o que é incoerente com as importantes punições que, desde o início da ação, inclusive de forma liminar, os réus começam a sofrer, com indisponibilidades de bens, por exemplo, antes mesmo de realizada a instrução processual adequada a averiguar todas as garantias até então mencionadas, além dos efeitos estigmatizantes que tanto o agente público como o particular, sob a pecha de “desonestos”, começam a sofrer, antecipando-se o efeito moral das penalidades.

Foi possível concluir que houveram evoluções jurisprudenciais para interpretação da norma legal de forma mais garantista possível, para a não aplicação de penalidades abusivas e desproporcionais, tanto aos agentes públicos quanto aos particulares, no entanto, referidos critérios estão sendo construídos sem que seja assegurada segurança jurídica aos sujeitos ativos da improbidade administrativa, a depender dos entendimentos dos julgadores.

O que tem sido desproporcional é a severidade das punições da Lei de Improbidade Administrativa com a ausência de substrato sólido e objetivo da mesma com relação aos critérios de julgamento, ficando este à mercê das interpretações dos julgadores, trazendo de forma clara o papel de protagonista do Poder Judiciário no momento atual.

Diante disso, é imperioso que haja interpretação sistemática à luz de uma teoria da improbidade administrativa, ou seja, desvinculada do “pensamento” do julgador e devidamente fundamentada na Lei, princípios e normas regentes.

Ainda, necessário lembrar que o julgador levará os sujeitos ativos da improbidade administrativa, público ou particular a sofrer efeitos muitas vezes irreversíveis, sendo taxados como eternos “desonestos”, mesmo que não seja evidenciado o ato ímprobo ao final da ação judicial, que normalmente demora a ser finalizada, com trânsito em julgado.

Para que as decisões exaradas das ações judiciais sejam reavaliadas, no ponto de vista do direito, pelo Superior Tribunal de Justiça, há um sistema de “filtro” importante, severo, não sendo qualquer Recurso Especial admitido, o que impede muitas vezes que o órgão superior possa proferir decisões substitutivas, e corrigir decisões abusivas do Tribunal *a quo*.

Infelizmente, tal situação enseja em desestímulo aos próprios agentes públicos desempenharem suas funções, bem como aos particulares, que deixam muitas vezes de exercerem suas atividades na seara pública, dos processos licitatórios, para não correrem o risco de responderem por longas e custosas ações judiciais respectivas, nas quais, em virtude da inicial poder ser recebida “com meros indícios” da improbidade; já de início, liminarmente, têm seus bens indisponibilizados em quantias importantes, a se tratar de obras públicas envolvidas e o valor sempre se referir a estas.

Assim sendo, é necessário que haja uma significativa mudança legislativa trazendo alcance a critérios de maior segurança, e que sejam proporcionais às penalidades sofridas, pois, do contrário, o sistema continuará caminhando em terreno arenoso a não garantir, concretamente, nenhuma premissa constitucional.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed., Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2016.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). **Improbidade Administrativa**: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001.

AZEVEDO, Débora Bithiah; RABAT, Márcio Nuno. **Parlamento Mutilado – Deputados Federais Cassados pela Ditadura de 1964**. Brasília: Biblioteca Digital Câmara. Edições Câmara. 2012. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/11574>>. Acesso em: 17 jul. 2020

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ética Pública e Moralidade Administrativa no Estado Democrático de Direito. *In* **O Direito Administrativo na Atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito/Arnold Wald, Maçal Justen Filho, Cesar Augusto Guimarães Pereira (Orgs.); prefácio do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **RCL 5909**. DJE nº 62, divulgado em 07/04/2008. Decisão do dia 31/03/2008. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2605046>>. Acesso em: 16 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Acórdão na Petição nº 3923**. Relator Min.: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007, DJE-182,26/09/2008. Disponível em:

<[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22Pet% 203923% 22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_ score &sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22Pet%203923%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true)>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 24.458-DF**. Rel. Min. Celso de Mello, j. 18.2.2003, DJU 21.2.2003. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despa-cho102158/false>>. Acesso em: 12 de out. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 940.629/DF**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, primeira turma, julgado em 16/08/2008, DJe 04/09/2008. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=940629&b= ACOR&p=false&l= 10&i=5&operador=mesmo&tipo\\_visualizacao=RESUMO](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=940629&b=ACOR&p=false&l=10&i=5&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO)>. Acesso em: 18 out. de 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 84412**, Segunda Turma, Relator(a): Celso de Mello, julgado em: 19/10/2004, DJ 19-11-2004. Disponível em: <[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2084412%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2084412%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true)>. Acesso em: 19 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 513.576/MG**, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU 6.3.2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7175038/recurso-especial-esp-513576-mg-2003-0054006-5/inteiro-teor-12910078>>. Acesso em: 05 dez.2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 708.170/MG**, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 06/12/2005, DJ 19/12/2005, p. 355. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7178845/recurso-especial-esp-708170-mg-2004-0171187-2/inteiro-teor-12915992>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça - **REsp 737.279/PR**, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13/05/2008, DJe 21/05/2008. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Rel.+Min.+Castro+Meira%2C+Segunda+Turma>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, **REsp 880.662/MG**, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 15/02/2007, DJ 01/03/2007. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=REsp+880.662%2FMG>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 915.322/MG**, Segunda Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 23/09/2008, DJe 27/11/2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19146226/recurso-especial-esp-915922-ac-2005-0108650-8/inteiro-teor-19146227>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 765.212/AC**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe 23/06/2010. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/26877119/recurso-especial-n-765212>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudências e Teses**. 38. ed. Superior Tribunal de Justiça, Disponível em: <[www.stj.jus.br/.../jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20teses](http://www.stj.jus.br/.../jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20teses)>. Acesso em: 20 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp: 1608720 MG 2019/0320606-7**, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Data de Publicação: DJ 05/02/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/882743734/agravo-em-recurso-especial-aresp-1608720-mg-2019-0320606-7>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1133522/RN**, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07/06/2011, DJe 16/06/2011, Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21115938/recurso-especial-resp-1133522-rn-2009-0065469-4-stj/inteiro-teor-21115939>>. Acesso em: 06.dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1800277/SC**, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 17/09/2019, DJe 24/09/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859362165/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1800277-sc-2019-0051186-3>>. Acesso em: 06 dez.2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1404895/CE**, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 12/06/2018, DJe 15/06/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595896011/recurso-especial-resp-1404895-ce-2013-0316829-6/relatorio-e-voto-595896040/amp>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1784262/RJ**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 12/05/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855176097/recurso-especial-resp-1784262-rj-2018-0288099-9/inteiro-teor-855176107?ref=juris-tabs>>. Acesso em 06 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1199582/SP**, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 22/11/2013). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24712119/recurso-especial-resp-1199582-sp-2010-0121428-0-stj/inteiro-teor-24712120>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, **REsp 1732762/MT**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 17/12/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860380262/recurso-especial-resp-1732762-mt-2018-0067557-1/inteiro-teor-860380273?ref=serp>>. Acesso em 06 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1660381/SP**. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/08/2018, DJe 26/11/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860316308/recurso-especial-resp-1660381-sp-2016-0180466-2/inteiro-teor-860316317?ref=serp>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 761.972/RS**, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/03/2007, DJ 03/05/2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19242011/recurso-especial-resp-761972-rs-2005-0098794-9/inteiro-teor-19242012>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 599**, Corte Especial, julgado em 20/11/2017, DJe 27/11/2017, Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27599%27\).sub.#TIT1TEMA0](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27599%27).sub.#TIT1TEMA0)>. Acesso em: 06 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **MS 15.917/DF**, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 23/05/2012, DJe 19/06/2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23072673/embargos-de-declaracao-no-mandado-de-seguranca-edcl-no-ms-15917-df-2010-0210513-0-stj/inteiro-teor-23072674>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.536.895 - RJ (2015/0032419-7)**. DJE 08/03/2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1474918&num\\_registro=201500324197&data=20160308&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1474918&num_registro=201500324197&data=20160308&formato=PDF)>. Acesso em: 06 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 751.634/MG**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 26/06/2007, DJ 02/08/2007, p. 353. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8920467/recurso-especial-resp-751634-mg-2005-0082158-3/inteiro-teor-14065486>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AgRg no AREsp 660.229/RJ**, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 13/10/2020, DJe 21/10/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/482809745/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-725986-rj-2015-0138661-2/inteiro-teor-482809755>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 879.040/MG**. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, julgado em 21 de outubro de 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2063929/recurso-especial-resp-879040-mg-2006-0109384-4/inteiro-teor-12231444>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. - **REsp: 1703216 SE 2017/0261324-0**, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Publicação: DJ 14/11/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/648309875/recurso-especial-resp-1703216-se-2017-0261324-0/decisao-monocratica-648309911?ref=amp>>. Acesso em: 06 dez. 2020

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Ação de improbidade administrativa - **AIA 30/AM 2010/0157996-6**, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 28.9.2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21076797/acao-de-improbidade-administrativa-aia-30-am-2010-0157996-6-stj/inteiro-teor-21076798>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 984.246/RJ**, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 15/08/2019, DJe 23/08/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/871064874/agravo-em-recurso-especial-aresp-984246-rj-2016-0243223-9>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 827.445/SP**, julgado em 02/02/2010, DJe 08/03/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19159994/recurso-especial-resp-827445-sp-2006-0058922-3-stj/relatorio-e-voto-19159996>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério Público de São Paulo. **Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta – Acordo de não Persecução Cível**. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob\\_page.show?\\_docname=2659892.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2659892.PDF)>. Acesso em: 06 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 5 Região. **PROCESSO: 8000180920124058401**, APELREEX - Apelação / Reexame Necessário, Desembargador Federal Francisco Wildo, Primeira Turma, Julgamento: 21/05/2015, Publicação: Disponível em: <[http://www.trf5.jus.br/data/2015/05/PJE/08000180920124058401\\_20150525\\_34655\\_40500002258199.pdf](http://www.trf5.jus.br/data/2015/05/PJE/08000180920124058401_20150525_34655_40500002258199.pdf)>. Acesso em: 21 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 2.391/2018**. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2391%252F2018/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=08a4b650-2b5c-11eb-ac92-6395b1a6fcf5>> P. 42-43>. Acesso em: 20 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério Público de São Paulo. **Atuação Temática**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/sobre/boas-praticas/not2444-acordo.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados - Palácio do Congresso Nacional. **Projeto de Lei Pl 10887/2018**. Autor: Roberto de Lucena - PODE/SP, Apresentação: 17/10/2018. Ementa Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Dados Complementares: Altera a Lei nº 8.009, de 1990. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Processo: 00000981620104058000, AC503473/AI**, Relator: Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado), Quarta Turma, Dje:05/03/2015 - Página 333. Disponível em: <[https://www4.trf5.jus.br/data/2015/03/ESPARTA/00000981620104058000\\_20150305\\_3615305.pdf](https://www4.trf5.jus.br/data/2015/03/ESPARTA/00000981620104058000_20150305_3615305.pdf)>. Acesso em: 30 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1199582/SP**, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 22/11/2013). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24712119/recurso-especial-resp-1199582-sp-2010-0121428-0-stj/inteiro-teor-24712120>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1336263/PR**, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/02/2019, DJe 13/02/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/699745055/embargos-de-declaracao-no-agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-edcl-no-agint-no-aresp-1336263-pr-2018-0189223-0/inteiro-teor-699745074>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 642.096/RS**, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 20/04/2020, DJe 24/04/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860883817/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1553660-rs-2019-0219049-0/inteiro-teor-860883827?ref=serp>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1784262/RJ**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 12/05/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855176097/recurso-especial-resp-1784262-rj-2018-0288099-9/inteiro-teor-855176107?ref=juris-tabs>>. Acesso em 06 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 84412**, Segunda Turma, Relator(a): Celso de Mello, julgado em: 19/10/2004, DJ 19-11-2004, Disponível em: <[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2084412%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2084412%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true)>. Acesso em: 19 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Processo: 00000981620104058000, AC503473/AI**, Relator: Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado), Quarta Turma, Dje:05/03/2015 - Página 333. Disponível em: <[https://www4.trf5.jus.br/data/2015/03/ESPARTA/00000981620104058000\\_20150305\\_3615305.pdf](https://www4.trf5.jus.br/data/2015/03/ESPARTA/00000981620104058000_20150305_3615305.pdf)>. Acesso em: 30 marc. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1845674/DF**, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 18/12/2020. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=1845674](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=1845674)>. Acesso em: 20 dez. 2020.

CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra/PT: Edições Almedina, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Improbidade Administrativa. Limites Constitucionais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1**, 23. ed.. São Paulo: Saraiva, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; PINTO E SILVA, Cristiana Maria Fortini. A Pena de Suspensão dos Direitos Políticos por Improbidade Administrativa e a Constituição. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v. 24, n. 3, 2019, p. 101. Disponível em: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i31682>. Acesso em: 19 out. 2020.

DE ALMEIDA, Pedro Luiz Ferreira. (2021). O princípio da insignificância e a improbidade administrativa. **Revista Digital De Direito Administrativo**, 8(1), 121-154. <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v8i1p121-154>.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Ruiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O Dolo da Improbidade Administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. **Rev. Direito GV**, v.15, n.3, São Paulo: FGV, 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2317-6172201937>>. Acesso em: 22 out. 2020.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa, Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; PACHECO ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e Outras Excludentes de Tipicidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **O Poder Administrativo Sancionador**: origem e controle jurídico. Napoleão Nunes Maia Filho; Mário Henrique Goulart Maia. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 134-135.

MARRARA, Thiago. (2016). O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. **Revista Digital De Direito Administrativo**, 3(1), 104-120. <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i1p104-120> Acesso em 20 de dez. de 2020

MARRARA, Thiago. **Direito administrativo: transformações e tendências**. [S.l: s.n.], 2014. Ebook.

MARIGHETTO, Andrea; ASSIS E SILVA, Francisco de. O “Resgate” da Culpa como Elemento Subjetivo da Responsabilidade. 16/04/2020. **Boletim de Notícias Conjur Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/opinioao-culpa-elemento-subjetivo-responsabilidade>>. Acesso em: 07 set. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MILLARD, Eric. Os discípulos administrativistas de Maurice Hauriou. **Revista Opinião Jurídica**. v. 3, n. 6, 2005. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opinioajuridica/article/view/2887>>. Acesso em: 16 out. 2020.

MODESTO, Paulo. MP 966 e a Responsabilidade dos Agentes Públicos. 21.05.2020. **Boletim de Notícias Conjur Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020->

mai-21/interesse-publico-mp-966-responsabilidade-agentes-publicos#sdfootnote4sym>. Acesso em: 20 nov. 2020.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Quinta Edición totalmente reformada. Madrid: Editorial Tecnos, 2018.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de Mello (Coord). **Direito Administrativo Sancionador**. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TASSINARI, Clarissa. Ativismo Judicial e Judicialização da Política: notas para uma necessária diferenciação. In Antônio Pereira Gaio Júnior; Marcio Gil Tostes dos Santos (Org.). **Constituição Brasileira de 1988: Reflexões em Comemoração ao seu 25º Aniversário**. Curitiba: Juruá, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Direito Penal e Proporcionalidade: Anotações sobre o caráter invasor da Constituição no Controle das Normas Penais**. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_27076297\\_DIREITO\\_PENAL\\_E\\_PROPORCIONALIDADE\\_ANOTACOES SOBRE O CARATER\\_INVASOR\\_DA\\_CONSTITUICAO\\_NO\\_CONTROLE\\_DAS\\_NORMAS\\_PENAIAS.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_27076297_DIREITO_PENAL_E_PROPORCIONALIDADE_ANOTACOES SOBRE O CARATER_INVASOR_DA_CONSTITUICAO_NO_CONTROLE_DAS_NORMAS_PENAIAS.aspx)>. Acesso em: 21 out. 2020.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. A Civilização Repressora e o Direito Sancionador. In **Direito Administrativo Sancionador, Estudos em Homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello**. José Roberto Pimenta Oliveira (Coord). São Paulo: Malheiros, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública – corrupção – ineficiência**. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Sancionador**. 6.ed. Ver. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

\_\_\_\_\_. Conceito de In dubio Pro Societate Deve ser Repensado à Luz da Justa Causa. **Boletim de Notícias Conjur Consultor Jurídico**. 27 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-27/medina-osorio-in-dubio-pro-societate-repensado>>. Acesso em: 28 out. 2020.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania tutelada. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3196>. Acesso em: 20 out. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações**. Volume II. Revista e atualizada por Guilherme Nogueira da Gama. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PIACINI NETO, Odasir. Sanha persecutória vulgariza conceito de improbidade administrativa. 18.07.2017. **Boletim de notícias Conjur Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-18/odasir-neto-sanha-persecutoria-vulgariza-conceito-improbidade>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

SÁ, Acácia Regina Soares de. **Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção a Vedação do Bis-in-idem**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Artigo 01.09.2020. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/improbidade-administrativa-e-a-lei-anti-corrupcao-a-vedacao-do-bis-in-idem-1-09/2020>>. Acesso em: 28 out. 2020.

SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugênio. **Moralidade Eleitoral e Juristocracia**: Análise crítica da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/10). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Aspectos Processuais da Lei de Improbidade Administrativa**. Disponível em: <[https://www.academia.edu/20309058/Alguns\\_aspectos\\_processuais\\_controvertidos\\_da\\_lei\\_de\\_improbidade\\_administrativa](https://www.academia.edu/20309058/Alguns_aspectos_processuais_controvertidos_da_lei_de_improbidade_administrativa)>. Acesso: 26 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Alguns Aspectos Processuais Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa. In: **Temas Avançados de Direito Privado e Processo**: estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos. TEOTÔNIO, Paulo José Freire Teotônio *et al* (Coords). Leme: Editora Pensamentos & Letras, 2010.

\_\_\_\_\_. **Constituição, Cidadania e a Concretização dos Direitos Coletivos**. Curitiba: Juruá Ebooks, 2015.

SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade Administrativa**. Aspectos Materiais, dimensão difusa e coisa julgada. São Paulo: Atlas, 2010.

SOUZA, Artur de Crito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal**: volume único. 2. Ed. São Paulo, 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

\_\_\_\_\_. **Jurisprudência Constitucional e a Decisão Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TEOTÔNIO, P. J. F.; TEOTÔNIO, S. H. F. (2014). O Procedimento Preparatório e as Medidas Cautelares na Ação Civil Pública. **Revista Paradigma**, (21). Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/205.Fl.6>>. Acesso: 20 dez. 2020.

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: M. Limonad, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.