

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA



ISSN 2595-5667

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 05 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 01 - JAN/JUN 2020

ISSN 2595-5667

Editor-Chefe:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

**Rio de Janeiro,
2020.**

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial Internacional:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela, Venezuela
Sr. Erik Francesc Obiol, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Peru, Peru
Sr. Horacio Capel, Universidad de Barcelona, Barcelona, Espanha.
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilha, Espanha.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Valdivia, Chile.
Sra. Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim, Universidade de Coimbra, UC, Portugal.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu, Turquia

Conselho Editorial Nacional:

- Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica, PUC/SP, Brasil.
Sr. Alexandre Santos de Aragão, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília, UNB, Brasil.
Sr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sunfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Brasil.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Fabio de Oliveira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Garcia Cabral, Escola de Direito do Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul., Brasil
Sr. Henrique Ribeiro Cardoso, Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piriapiri, PI, Brasil., Brasil
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. José Vicente Santos de Mendonça, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Georges Louis Hage Humbert, Unijorge, Brasil
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sra Marina Rúbia Mendonça Lôbo, Pontificia Universidade Católica de Goiás, Goiás, Brasil.
Monica Sousa, Universidade Federal do Maranhão
Sr. Mauricio Jorge Pereira da Mota, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sra. Patricia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

**REFLEXÕES ATUAIS SOBRE O ELEMENTO SUBJETIVO NA
RESPONSABILIZAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

**CURRENT REFLECTIONS ON THE SUBJECTIVE ELEMENT IN
RESPONSIBILITY FOR ADMINISTRATIVE IMPROBITY**

Felipe Humberto Meneghello Ebenau¹

Data da Submissão: 31/03/2020

Data da Aprovação: 02/05/2020

RESUMO: O presente artigo tem por escopo selecionar aspectos gerais do tema “improbidade administrativa” com um aprofundamento no ponto “elemento subjetivo”, discorrendo sobre a responsabilização por improbidade administrativa nas modalidades “culpa” e “dolo” à luz da interpretação atual da Lei 8.429/1992 e da Constituição Federal. O que se pretende é a investigação a respeito de como o tema vem sendo tratado pela doutrina, de modo a demonstrar como e em que ocasiões se dá a responsabilização por improbidade administrativa. A partir da pergunta: “em que medidas o elemento subjetivo influencia na responsabilização por improbidade administrativa?”, o presente trabalho proporciona um esclarecimento de questões atuais na responsabilização por improbidade.

PALAVRAS-CHAVES: Improbidade. Administrativa. Responsabilização. Elemento. Subjetivo.

ABSTRACT: The purpose of this article is to select general aspects of the theme “administrative improbity” with a deep examination of the point “subjective element”, discussing the responsibility for administrative improbity in the “fault” and “malice” modalities, according to the Law 8.429/1992 and the Federal Constitution. What is intended is the investigation of how the topic has been treated by the doctrine, in order to demonstrate how and on what occasions the responsibility for administrative improbity occurs. From the question: “to what extent does the subjective element influence accountability for

¹ Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado em História pela Universidade de São Paulo. Mestrando em Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

administrative improbity?”, the current work provides an explanation of issues in accountability for administrative improbity.

KEYWORDS: Administrative. Improbity. Accountability. Subjective. Element.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu princípios e regras atinentes à moralidade e à devida probidade no exercício da função administrativa. A Lei de Improbidade Administrativa (nº 8.429/1992) veio, nesse sentido, como forma de regular de maneira mais minuciosa, os casos de improbidade, as sanções, as providências processuais, o ressarcimento ao erário etc.

A Lei, no entanto, foi pouco clara a respeito do elemento subjetivo (aqui referido como dolo ou culpa e a suas subdivisões). Os artigos 9º e 11 da Lei de Improbidade são silentes a respeito do elemento subjetivo, não sendo possível extrair da letra expressa da Lei se condutas dolosas, culposas, ou ambas, podem constituir atos de improbidade. Mesmo o art. 10 da Lei, no qual há referência expressa a condutas dolosas ou culposas, não deixa transparecer com exatidão a medida da culpabilidade do agente.

Nesse passo, coube à doutrina e à jurisprudência nacionais a tarefa de solucionar o problema do elemento subjetivo na responsabilização por improbidade, o que vem sendo feito há 27 anos, muitas vezes sem consenso ou de maneira oscilante.

Desse modo, o presente trabalho tem por objetivo fornecer um panorama, de acordo com a doutrina e a jurisprudência atuais, sobre em que medida a responsabilização por ato de improbidade administrativa leva em conta o elemento subjetivo.

O artigo divide-se em duas partes principais. Na primeira são trazidos aspectos gerais da improbidade administrativa e na segunda há um aprofundamento no aspecto da responsabilização por improbidade, com foco no elemento subjetivo.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A expressão “improbidade”² denota desonestidade. Por definição, é o contrário de “probidade”. Improbo é, portanto, aquilo desonesto, imoral, de má índole. No âmbito jurídico, que importa para o presente trabalho, a improbidade guarda íntima relação com aquilo que atenta contra o princípio da moralidade, explícito na Constituição Federal de 1988.

A obediência à moral é uma característica essencial que deve ser obedecida por todos aqueles que se relacionam com o Estado, especialmente os agentes públicos, que possuem o dever de atuar com probidade. É, portanto, uma decorrência lógica da própria exigência da boa-fé no âmbito da Administração Pública (NEVES; OLIVERA, 2015, p. 6).

Segundo Sílvio Luís Ferreira da Rocha “*O princípio da moralidade impõe ao agente o dever de ser honesto, probo. Pune-se o agente que pratica atos contra a moralidade pública, cujas hipóteses podem ser extraídas da Lei nº 8.429, de 2.6.1992*” (FERREIRA DA ROCHA; 2013, p. 76). O princípio da moralidade, apesar de ser de difícil expressão verbal, preceitua que o agente público, por ocupar esta posição, deve manter preceitos éticos em todas as suas condutas. Viola-se tal princípio na ocasião em que determinado ato tomado pelo agente público diverge do que o senso comum considera como honesto. Conforme José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 22):

Pensamos, todavia, que somente quando os administradores estiverem realmente imbuídos de espírito público é que o princípio será efetivamente observado. Aliás, o princípio da moralidade está indissociavelmente ligado à noção do bom administrador, que não somente deve ser conhecedor da lei como dos princípios éticos regentes da função administrativa.

É nesse sentido que o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988³ faz referência expressa ao princípio da moralidade. A inclusão do princípio da moralidade administrativa na

² Definição retirada do dicionário Houaiss da língua portuguesa – 4ª edição. Rio de Janeiro: 2012: “**Im.pro.bi.da.de** – 1. Desonestidade, o contrário de honestidade; 2. Ação má, perversidade, o contrário de bondade”, **Im.pro.bo** – 1. que(m) não é probo, íntegro; desonesto, o contrário de íntegro; 2. Árduo, o contrário de fácil”.

³ Constituição Federal de 1988: “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: (...)”.

Constituição foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público (DI PIETRO; 2014, p.900).

Rubens Alexandre Elias Calixto ressalta que a probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa e consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, não se aproveitando dos poderes ou facilidades que o exercício da função pública pode proporcionar (CALIXTO, 2010, p.22).

Maria Sylvia Di Pietro destaca inclusive que quando o comportamento da Administração, embora em consonância com a lei, ofenda a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de equidade, a ideia comum de honestidade, há ofensa ao princípio da moralidade administrativa (DI PIETRO; 2014, p. 79).

Na realidade brasileira atual verifica-se na existência paralela de moral e Administração Pública um problema espinhoso, que só começará a ser resolvido com a participação popular no controle da Administração. Nesses termos, conforme será desenvolvido a seguir, serão destacados aspectos da responsabilização por improbidade administrativa.

3. CONCEITUAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 A CORRUPÇÃO

A corrupção, aqui em uma acepção genérica, remonta a milênios e já foi objeto de inúmeros estudos. Não há dúvida, entretanto, de que a corrupção atinge os piores graus da indignidade humana, degenerando e degradando uma nação de diversas formas. Uma democracia tão jovem e tão conturbada como a brasileira, que ainda sofre com as marcas do colonialismo, da escravidão e de ditaduras, só tende a ser mais violentada com a continuidade da corrupção, sendo a sua primeira vítima a própria democracia, cujo sustentáculo está no pluralismo e na transparência (CALIXTO, 2010, p. 24).

O combate à corrupção, portanto, depende de uma série de fatores culturais e institucionais, é preciso reforçar os instrumentos de controle da máquina administrativa, com incremento da transparência, da prestação de contas e do controle social (NEVES; OLIVERA, 2015, p. 6).

A corrupção assume diversas formas, uma delas é a improbidade administrativa, sendo possível uma aproximação de ambos os conceitos. Aqui, portanto, não será tratada a corrupção como exposta no Código Penal, relativa à solicitação ou recebimento de vantagem indevida

(conforme artigo 317), mas sim nos aspectos da corrupção que se ligam à improbidade, embora um mesmo ato possa gerar responsabilização em diferentes esferas.

Destaca-se, assim, que a probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de seus direitos políticos (art. 37, §4º). A probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, exercitando as suas funções sem tirar vantagem dos poderes ou facilidades dela decorrentes. A improbidade administrativa é, assim, uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário ou pela vantagem indevida obtida pelo ímprobo (SILVA; 2005, p. 669).

3.2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A ofensa ao princípio da moralidade, expresso na Constituição Federal, gera ato de improbidade administrativa. A Constituição da República, de maneira específica, definiu a improbidade administrativa e apontou as consequências a que estão sujeitos aqueles que a cometem. O artigo 37, §4º da Constituição traz a base para esse estudo:

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

(...)

§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.
(...).

Uma lesão ao princípio da moralidade é apontada, portanto, como ato de improbidade administrativa, visto que a probidade é pressuposto daqueles que exercem função pública ou qualquer a ela equiparada. Vale ressaltar, no entanto, que o conceito de improbidade administrativa é mais amplo do que apenas ofensa a moralidade. Sobre o tema, Daniel Amorim Assumpção Neves (2015, p. 7) lembra que “*a imoralidade acarreta improbidade, mas a recíproca não é verdadeira. Vale dizer: nem todo ato de improbidade significa violação ao*

princípio da moralidade”. Isso pode ser demonstrado a partir do *caput* do artigo 11 da Lei 8.429/1992⁴ que dispõe que qualquer violação a princípios que regem a Administração Pública acarreta improbidade administrativa.

Francisco Octavio de Almeida Prado ressalta que essa previsão inserida no capítulo pertinente à Administração Pública da Constituição Federal, não esgota, no entanto, o regime constitucional dos atos de improbidade administrativa, visto que tais atos se aplicam também a preceitos concernentes ao *jus puniendi* do Estado inseridos entre os direitos e garantias fundamentais consagrados no Texto Constitucional (PRADO; 2001, p. 30).

Verificado o ato de improbidade, o buscar-se-á a responsabilização do agente público por meio de ação civil pública de improbidade administrativa⁵. Nela pretende-se o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação de sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa (CARVALHO FILHO; 2015, p. 1112).

Desse modo, é possível inferir que o artigo 37, §4º, da Carta Magna torna-se a principal e mais importante fonte normativa em matéria de improbidade, sendo que a Lei nº 8.429 de 1992 veio a regulamentar o exposto na Constituição, ampliando o objeto da improbidade administrativa. A improbidade, portanto, tem porte constitucional e deve ser analisada a partir desse ponto de vista.

4. A LEI Nº 8.429/92

No plano infraconstitucional, a norma do artigo 37, §4º da Constituição Federal foi regulamentada pela Lei 8.429 de 02/06/1992, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), que nos dias atuais dá mais consistência sistemática e maior completude orgânica à matéria, de modo a enumerar os atos de improbidade, discriminar as punições e cuidar de alguns aspectos procedimentais da ação de improbidade (CALIXTO, 2010, p. 39).

⁴Lei 8.492/1992: “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...)”

⁵ A improbidade administrativa é processada por meio de ação civil pública à qual a própria Constituição Federal deu tratamento especial no seu artigo 129, III como sendo uma das atribuições institucionais do Ministério Público. A aludida ação não tem natureza penal, mas civil, conforme o próprio artigo 37, §4º da Constituição expressamente destaca: “sem prejuízo da ação penal cabível”. Desse modo, resta claro que as sanções do artigo 12 da Lei de Improbidade são perseguidas na esfera cível.

A referida Lei dividiu os atos de improbidade administrativa em três categorias: (i) atos que importam enriquecimento ilícito, expostos no artigo 9º da Lei; (ii) atos que causam prejuízo ao erário, expostos no artigo 10 da Lei; e (iii) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, expostos no artigo 11 da Lei.

Além disso, no seu artigo 12 a LIA determina sanções políticas, civis e administrativas aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade.

Dispõe a lei, ainda, sobre declaração de bens, prescrição e infração penal.

4.1 OS ATOS DE IMPROBIDADE – ARTIGOS 9º, 10 E 11 DA LEI Nº 8.429/92

Como já ressaltado, a LIA prevê três espécies de ato de improbidade administrativa, aqueles que importam em enriquecimento ilícito (artigo 9º), aqueles que causam prejuízo ao erário (artigo 10) e aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11).

A LIA define cada ato de improbidade e traz, em seguida, um rol exemplificativo de condutas que se enquadram naquela definição. Ressalta-se que o rol de condutas trazido pela lei é meramente exemplificativo, não vinculando a aplicação da lei somente àqueles atos específicos. Conforme Mônica Garcia (2004, p. 258) : “*O rol de condutas é, portanto, meramente exemplificativo, sendo certo que o que importa é que a conduta do agente se enquadre naquela descrição genérica, feita no caput do artigo respectivo*”.

O ato de improbidade disposto no artigo 9º⁶ é o mais grave dentre aqueles presentes na LIA. O *caput* do artigo 9º indica o parâmetro essencial dos atos que importam enriquecimento

⁶ **Art. 9º** Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: **I** - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público; **II** - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado; **III** - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado; **IV** - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; **V** - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem; **VI** - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; **VII** - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego

ilícito. Ressalta-se que para a configuração do tipo descrito no artigo 9º não é necessária a comprovação de dano ou prejuízo ao erário, pois o bem jurídico protegido pela norma é a probidade da Administração e esse bem é agredido na ocasião de o Agente Público se desviar dos fins legais aos quais está atrelado pela percepção de vantagem patrimonial (PRADO; 2001, p. 71).

O núcleo central do artigo está na expressão “*auferir vantagem patrimonial indevida*”. Interpreta-se, portanto, que aquele que obtém vantagem ilícita em razão do cargo deve ser penalizado apenas pelo fato de tal vantagem haver, em primeiro lugar, ocorrido, sem a necessidade de que fique comprovado um efetivo prejuízo ao erário.

Os 12 incisos deste artigo indicam que a preocupação do legislador era com a vantagem patrimonial indevida auferida por agente público, e não com o efetivo prejuízo sofrido, ou não, pela entidade pública. Para fins de improbidade nos moldes do artigo 9º, portanto, não é necessária a constatação do empobrecimento da Administração, mas apenas a constatação do aumento patrimonial incompatível.

A prática do ato constante no artigo 9º, como mencionado, é grave, sendo que medidas severas são impostas àquele que comete o ato, como bem ressalta Marcelo Figueiredo (2009, p. 78):

nessa modalidade deve-se requerer – e o juiz competente deve deferir – não só a indisponibilidade dos bens dos requeridos, suficientes ao ressarcimento integral do dano, como também, e principalmente, o rápido, eficaz, e abrangente bloqueio de bens (móveis imóveis, semoventes direitos etc.) encontráveis no território nacional e fora dele.

Conforme o artigo 10 da LIA⁷, constituem improbidade administrativa os atos que causam lesão ao erário, sendo estes qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que ensejam

ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; **VIII** - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade; **IX** - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza; **X** - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado; **XI** - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; **XII** - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

⁷ **Art. 10.** Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: **I** - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes

perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades públicas.

Portanto, a conduta omissa, dolosa ou culposa, deve efetivamente acarretar um prejuízo mensurável ao erário para que seja enquadrada na hipótese do artigo 10, prejuízo esse que deverá ser ressarcido aos cofres públicos. Marcelo Figueiredo (2009, p. 95) ressalta que: *”se o agente público se enriquece ilicitamente à custa do patrimônio público (amplamente considerado), há, logicamente, uma perda, um prejuízo, uma parcela de lá retirada que deverá ser recomposta”*.

Diferentemente do artigo 9º, há aqui uma tutela específica do patrimônio econômico-financeiro, sendo essencial a ocorrência de lesão ao erário. Assim, para a tipificação do artigo 10 é necessário que a conduta do agente tenha causado um dano monetário ou economicamente apreciável.

do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; **II** - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; **III** - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie; **IV** - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado; **V** - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado; **VI** - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea; **VII** - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; **VIII** - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; **IX** - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento; **X** - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público; **XI** - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular; **XII** - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente; **XIII** - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades. **XIV** - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; **XV** - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. **XVI** - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; **XVII** - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; **XVIII** - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; **XIX** - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; **XX** - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. **XXI** - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

Acrescenta-se, nesse sentido, que a conduta descrita no artigo 9º normalmente vem acompanhada da conduta do artigo 10, ou seja, o ato ímprobo que importa enriquecimento ilícito normalmente tem como consequência um prejuízo ao erário, ou vice-versa. Por outro lado, é certo que a conduta do artigo 10 pode ocorrer de maneira isolada da do artigo 9º.

O artigo 11⁸ diz respeito às espécies de ato de improbidade que atentam contra princípios da Administração pública, notadamente os atos que violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Mônica Nicida Garcia ressalta que se trata de uma disposição de grande abrangência, que pode colher os mais diversos atos, como se depreende do rol exemplificativo que segue ao *caput* do artigo 11 (GARCIA; 2004, p. 264). O artigo 11 prevê a proteção a princípios, uma preocupação, na visão de Marcelo Figueiredo, válida, tendo em vista que princípios “*são dotados de maior proeminência porque condicionam toda a interpretação do Direito*” (FIGUEIREDO; 2009, p. 95).

Dada abrangência, no entanto, deve ser interpretada com atenção ao princípio da proporcionalidade e da proibição dos excessos, tendo em vista as severas penalidades que a lei impõe aos atos do artigo 11. Nesse sentido, ressalta Mauro Roberto Gomes de Mattos (2005, p. 382):

Há que se ter temperamentos ao interpretar a presente norma [do artigo 11], pois o seu caráter é muito aberto, devendo, por esta razão, sofrer a devida dosagem de bom senso para que mera irregularidade formal, que não se configura como devassidão ou ato ímprobo, não seja enquadrado na presente lei, com severas punições.

4.2 AS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI 8.429/92 – ARTIGO 12

⁸ **Art. 11.** Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: **I** - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; **II** - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; **III** - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; **IV** - negar publicidade aos atos oficiais; **V** - frustrar a licitude de concurso público; **VI** - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; **VII** - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço. **VIII** - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. **IX** - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.

A LIA dispõe em seu artigo 12⁹ as sanções para os atos previstos nos artigos 9º, 10 e 11, conforme esquematizado na tabela a seguir, ressaltando-se que é possível a aplicação cumulativa das disposições de cada inciso.

Art. 9º - Enriquecimento ilícito	Art. 10 – Dano ao erário	Art. 11 – Violação aos princípios da administração
<ul style="list-style-type: none"> • 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 • proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que 	<ul style="list-style-type: none"> • ressarcimento integral do dano • perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se ocorrer 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 • proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta 	<ul style="list-style-type: none"> • 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 • 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

⁹ **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.

por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos	ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos	majoritário, pelo prazo de três anos
---	---	---

Destaca-se que o ato de improbidade pode, possivelmente, enquadrar-se em dois ou mais dos três tipos de improbidade previstos na lei, caso em que será cabível a sanção para o ato mais grave.

Ressalta-se, por fim o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo o qual “*O magistrado 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*”¹⁰.

3.3 O CONCEITO DE AGENTE PÚBLICO

O legislador, quando da elaboração da lei de improbidade, conceituou “agente público” como algo mais abrangente do que o que normalmente se faz no regime do Direito Público. A redação dos artigos 1º e 2º da Lei 8.429/92 permite inferir que a LIA contempla quatro categorias de agentes públicos: (i) agentes políticos; (ii) agentes autônomos; (iii) servidores públicos; e (iv) particulares em colaboração com o Poder Público (PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JUNIOR; 2015, p. 126).

A lei de improbidade revela, portanto, uma efetiva preocupação com a responsabilização pelo ato de improbidade, tanto que abriu um grande leque para que essa responsabilidade possa ser a alguém imputada.

¹⁰ Entendimento retirado da publicação periódica **Jurisprudência em Teses**: tese nº 13 da edição nº 40, de 2 de setembro de 2015. Precedentes: AgRg no AREsp 538656/SE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 05/08/2015; AgRg no AREsp 239300/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 01/07/2015; REsp 1091420/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 05/11/2014; REsp 1416406/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014; REsp 1324418/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 25/09/2014; REsp 1280973/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 07/05/2014; AgRg no REsp 1305243/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 22/05/2013; AgRg nos EDcl no AREsp 33898/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 09/05/2013. (VIDE INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA N. 560)

5. RESPONSABILIZAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Quando um agente público é punido por sua desonestidade, pune-se a sua improbidade e, por conseguinte, tutela-se a probidade no serviço público. Nesse sentido, em todas as esferas de responsabilidade (criminal, cível e administrativa) possuem diretrizes que punem atos desonestos, ímprobos, ainda que não o façam expressamente.

Na esfera da Lei 8.429/92 fica claro, no entanto, que as sanções que ali constam são independentes de sanções penais e administrativas. A LIA criou, portanto, no ordenamento jurídico, uma nova forma de responsabilização, que não se confunde e não impede que outros tipos de sanção ocorram.

A responsabilização judicial por improbidade administrativa visa a responsabilização de um agente público não pelo cometimento de um ilícito administrativo, mas por uma afronta à Lei de Improbidade. A responsabilidade pelo ato de improbidade administrativa, assim, não está inserida na esfera criminal ou administrativa, mas constitui-se, antes, em uma esfera autônoma e independente, que com as demais não se comunica (GARCIA; 2004, p. 250).

5.1 O DOLO E A CULPA NA RESPONSABILIZAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A doutrina faz uma distinção entre as várias espécies de elementos subjetivos do tipo. Para a explanação que se deseja fazer no presente capítulo faz-se necessário, de início, remeter-se a conceitos do direito penal, que serão expostos a seguir.

5.1.1 DEFINIÇÃO DE DOLO

O dolo é amplamente reconhecido como a vontade e a consciência que o agente tem de praticar a conduta. Segundo Mirabete e Fabbrini (2013, p. 126) são elementos do dolo, portanto, a consciência (conhecimento do fato – que constitui a ação típica) e a vontade (elemento volitivo de realizar esse fato).

O artigo 18, I do Código Penal disciplina o dolo. Age com dolo, portanto, aquele que pratica a conduta de modo consciente e voluntário, sendo estes os componentes inseparáveis da conduta. A doutrina, no entanto, reconhece subdivisões no conceito de dolo, ligadas ao ímpeto

com que atua o agente, falando-se em *dolo direto* e *dolo eventual*. O *dolo direto* é tido como aquele em que o agente tem a vontade direta de produzir um resultado específico. O agente atua, portanto, com a intenção absolutamente voltada para produzir o resultado que pretende. O *dolo eventual* é aquele em que o agente não pretende produzir diretamente o resultado, porém, assume o risco e aceita a possibilidade de produzi-lo e, assim mesmo, age. O sujeito prevê o resultado e, embora não deseje que ele ocorra, pouco se importa com a sua ocorrência.

5.1.2 DEFINIÇÃO DE CULPA

A conduta culposa é aquela que poderia ter sido evitada pelo agente caso este tivesse agido com mais cautela. Há, portanto, essencialmente, a falta de observância do dever de cuidado ao agir, relativa a uma conduta ideal “normal”. A incidência da culpa depende, portanto, de um juízo de valor. Segundo Fernando Capez (2001, p. 208), “*para se saber se houve culpa ou não será sempre necessário proceder-se a um juízo de valor, comparando a conduta do agente no caso concreto com aquela que uma pessoa medianamente prudente teria*”.

A inobservância do dever de cuidado pode ocorrer por meio das três modalidades de culpa previstas no artigo 18, II do Código Penal, a *imprudência*, a *negligência* e a *imperícia*. *Imprudência* é tida como a culpa de quem age sem o devido cuidado necessário. Trata-se de um comportamento positivo no qual o agente comete uma ação desatenciosa, desenvolvendo-se essa culpa paralelamente à ação. A *negligência*, por outro lado é a culpa por omissão ou conduta negativa. O agente deixa de tomar o necessário cuidado antes da ação. A negligência se dá, ao contrário da imprudência, antes do início do ato. A *imperícia* é a falta de capacidade ou do conhecimento necessário para o exercício de um ofício. Age com imperícia quem pratica uma atividade para a qual não está qualificado, demonstrando falta de habilidade.

É necessário, ainda, distinguir-se as espécies de culpa, que giram em torno do vínculo do agente com a previsibilidade de ocorrência do ato lesivo, falando-se em *culpa inconsciente* e *culpa consciente*.

Age com *culpa inconsciente* aquele que genuinamente não prevê o resultado que, no entanto, era previsível. O agente não tem a capacidade de conhecer o risco que a sua conduta representa. Na *culpa consciente*, por outro lado, o agente prevê o resultado, mas não acredita que ele vá ocorrer. Segundo Mirabete e Fabbrini (2013, p. 37) há no agente a representação da

possibilidade do resultado, mas ele a afasta por entender que o evitará, que sua habilidade impedirá o evento lesivo.

Diante do exposto, verifica-se que é tênue o limiar entre a *culpa consciente* e o *dolo eventual*.

5.1.3 A RESPONSABILIZAÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE DOLOSO OU CULPOSO

Para a responsabilização de agente público por ato de improbidade administrativa faz-se imprescindível a consideração do elemento subjetivo, no sentido de averiguar se a conduta foi praticada com dolo ou com culpa. Nesse, sentido, o ilícito de improbidade e a responsabilização do agente que o comete dependem da consideração do elemento subjetivo. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 919) a aplicação da lei de improbidade exige bom senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser resolvidas na esfera administrativa.

Dos atos de improbidade previstos na LIA, somente o artigo 10, que trata dos atos que causam lesão ao erário, dispõe expressamente sobre condutas dolosas ou culposas. O artigo 10 da LIA traz, categoricamente, a previsão de que tal modalidade de improbidade administrativa é aplicável tanto às condutas dolosas quanto às culposas, o que não acontece com as modalidades dos artigos 9º e 11.

A não previsão do elemento subjetivo nos artigos 9º e 11 traz à tona diversas questões, que serão objeto do presente capítulo. Há uma divergência na doutrina, quando se toca no tema, a respeito de ser a ocorrência de dolo imprescindível ou se somente a culpa é o bastante, por si só, para caracterizar a improbidade administrativa.

Intencional ou não, esta ausência de previsão acerca do elemento subjetivo não afasta a consideração do princípio da culpabilidade. Segundo este princípio, a aplicação de uma norma sancionadora está fundada não só na responsabilidade objetiva, mas também no aspecto subjetivo da conduta. As sanções provenientes do Estado, portanto, devem levar em conta o plano da subjetividade dos infratores, sendo vedada a responsabilização mediante apenas uma constatação objetiva¹¹. Em suma, a culpabilidade é a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração, não se tratando de um elemento da infração, mas um juízo

¹¹ Para maior aprofundamento verificar: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 215

de valor sobre o infrator que é um pressuposto para a aplicação de uma penalidade. O Próprio STJ considera que a aplicação da Lei de Improbidade não deve ser feita de maneira que considere somente a responsabilidade objetiva, conforme descrito na seguinte tese jurisprudencial:

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.¹²

Quando analisada no campo do direito administrativo sancionador, a culpabilidade, da mesma maneira, impõe que seja analisado o campo subjetivo da ação do infrator. Assim sendo, “*não é adequada a medida sancionadora aplicada a sujeito que não agiu de modo doloso ou ao menos com culpa strictu sensu (negligência, imprudência ou imperícia)*” (DE MELLO; 2007, 177). Para o direito administrativo sancionador a culpabilidade demanda que a penalidade administrativa seja fixada apenas àquele que, devendo comportar-se de outra maneira, comete a conduta contrária à lei. Assim sendo, o princípio da culpabilidade veda que sanções sejam impostas sem que os agentes tenham concorrido de modo subjetivo para a infração.

Para Fábio Medina Osório o princípio básico em matéria de responsabilidade do agente é a culpabilidade, sendo o pressuposto de responsabilidade das pessoas físicas. Segundo o autor (2005; p. 430):

Até mesmo para obter ressarcimento ao erário, em ações de regresso, o constituinte consagra as exigências de dolo ou culpa, donde resulta lógico constatar que o mesmo constituinte não

¹² Entendimento retirado da publicação periódica **Jurisprudência em Teses**: tese nº 1 da edição nº 38, de 5 de agosto de 2015.: Precedentes: AgRg no REsp 1500812/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 28/05/2015; AgRg no REsp 968447/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 18/05/2015; REsp 1238301/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 04/05/2015; AgRg no AREsp 597359/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 22/04/2015; REsp 1478274/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 31/03/2015; AgRg no REsp 1397590/CE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 05/03/2015; AgRg no AREsp 560613/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 09/12/2014; REsp 1237583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 02/09/2014. (VIDE INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA N. 540)

haveria de negligenciar, como não o fez, em relação às garantias aos acusados em processos penais. 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.

No âmbito do direito penal “crime” é definido como fato típico, antijurídico e culpável, no campo administrativo, segundo José Roberto Pimenta Oliveira (2009, p. 216), “*a doutrina tem propugnado pela identificação do que se denomina ‘culpabilidade administrativa’ como categoria construída a partir das contribuições teóricas do direito penal*”.

Nesse sentido, o doutrinador ressalta que, para que a conduta improba seja culpável, ela deve passar pelo crivo de quatro planos (OLIVEIRA; 2009, p. 216):

Ao nível da improbidade administrativa, o princípio da culpabilidade impõe a apuração do elemento objetivo e subjetivo subjacente à ação ilegal típica, relativamente à possível existência de causas de exclusão da tipicidade. *É o plano de tipicidade formal do ato de improbidade administrativa.*

Comprovada a tipicidade da conduta ilícita, a culpabilidade projeta-se no dever de comprovação da anti-juridicidade da conduta, em face da possível exclusão da anti-juridicidade em causas agasalhadas pela ordem jurídica. *É o plano da antijuridicidade geral do ato de improbidade administrativa.*

Ultrapassados os dois planos, e observada a prática de ação formalmente típica e antijurídica, a culpabilidade impõe uma análise do desvalor da conduta violadora do direito, à luz dos bens jurídicos tutelados (valores ético-normativos positivados) pela regra do artigo 37, §4º da Constituição Federal. *É o plano da tipicidade material singular do ato de improbidade administrativa.*

Além desses planos, a culpabilidade impõe, por fim, que se analise as condições de reprovação pessoal dos infratores, de modo a justificar a aplicação das sanções constitucionais e legais. *É o plano da culpabilidade em sentido normativo do responsável pela prática de ato de improbidade administrativa.*

Resta, no entanto, deixar claro quais casos de improbidade administrativa comportam condutas dolosas, culposas ou ambas, sendo evidente que os conceitos extraídos do direito penal, conforme anteriormente exposto, muito têm a contribuir nesse campo.

De início, afasta-se a assertiva de que a culpa é incompatível com a ideia de improbidade administrativa. Sendo o elemento subjetivo o vínculo psicológico que une o agente ao resultado, a improbidade prevê um desvio ético de conduta, que é compatível com o dolo ou a culpa. Destaca-se que a Constituição, em momento algum, coloca a modalidade dolosa como foco de sua preocupação.

As condutas dolosas são capazes de gerar ato de improbidade administrativa, sendo possível a aplicação das definições de *dolo direto* e *dolo eventual* no campo da improbidade administrativa em qualquer das suas modalidades (art. 9º, art. 10 ou art. 11). No entanto, não há como consentir que a improbidade administrativa prevista na Constituição Federal admita somente o dolo como elemento subjetivo.

As condutas culposas também são capazes de gerar ato de improbidade administrativa. Vale ressaltar, porém, que para fins de responsabilização por improbidade requer-se um grau mais acentuado de culpa. Fala-se em *culpa consciente*. “Normalmente, parte-se da premissa de que para ser ímprobo o agente deve ter algum tipo de dolo ou no mínimo um grau acentuado de culpa” (NOHARA; 2013, p. 881). O ato culposo, quando verdadeiramente grave, decorrente de erro rude, sem escusa, ofende as regras da boa administração, em afronta aos princípios da eficiência e da moralidade administrativa, merecendo ser sancionado (MEDEIROS; 2003, p. 43).

Há, no entanto, quem considere a improbidade administrativa por culpa como desarrazoada ou até mesmo inconstitucional. Marcelo Figueiredo (2009, p. 97), por exemplo, considera que “o legislador infraconstitucional levou longe demais o ato permissivo da Lei Maior, ausentes proporcionalidade e razoabilidade no dispositivo legal. Assim, se não inconstitucional, o dispositivo deve ser interpretado conforme a constituição”. Porém, se considerada a previsão expressa do artigo 10, faz-se possível a responsabilização na modalidade culposa.

Deve ser o agente público, portanto, responsabilizado pela conduta culposa que ofende a prudência, nesse sentido, quando se fala em *culpa consciente* é perfeitamente cabível a aplicação das sanções da Lei de Improbidade.

Entretanto, quando analisado o tipo descrito no artigo 9º da Lei de Improbidade, é necessário ressaltar que a conduta não é compatível com a responsabilização na modalidade culpa. É realmente difícil de se supor uma situação em que o agente público venha a auferir vantagem patrimonial de maneira culposa. Destaca-se, nesse sentido, o entendimento de Pazzaglini Filho (2015, p. 61):

É que todas as espécies de atuação suscetíveis de gerar enriquecimento ilícito pressupõem a consciência da antijuricidade do resultado pretendido. Nenhum agente desconhece a proibição de se enriquecer às expensas do exercício da atividade pública ou de permitir que, por ilegalidade de sua conduta, outro o faça. **Não há, pois, enriquecimento ilícito imprudente ou negligente. De culpa é que não se trata.**

Portanto, “*as modalidades de improbidade contidas no artigo 9º e seus incisos, segundo acreditamos (...), somente podem ser consideradas em sua feição dolosa. A forma culposa não é possível*” (FIGUEIREDO; 2009, p. 78).

José Roberto Pimenta Oliveira (2009, p. 275), por outro lado, ressalta um caso em que admite-se ato de improbidade do art. 9º na modalidade culposa: “*na conduta de outro servidor que permite, facilita ou concorre para o enriquecimento, quando houver concomitante agressão ao erário (art. 10, XII)*”, ou seja, quando alguém de maneira culposa causa dano ao erário permitindo que outro enriqueça ilicitamente.

Como previamente exposto, o ato de improbidade do artigo 10 da LIA contém, expressamente, a previsão da modalidade culposa em seu *caput*. Fica, desse modo, por própria autorização do legislador, aberta a possibilidade de tipificação de ato de improbidade que causa lesão ao erário na modalidade culposa.

O artigo 10 da LIA tem um conteúdo parecido com o artigo 5º, que da mesma maneira dispõe do cometimento de improbidade administrativa na forma dolosa ou culposa: “*Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano*”. A lei, obviamente, não autoriza o enriquecimento sem causa, desse modo, caso haja lesão ao patrimônio público, decorrente de conduta dolosa ou culposa o seu responsável estará sujeito ao ressarcimento integral.

Assim sendo, para o enquadramento no artigo 10 da Lei 8.429/92, a culpa é elemento subjetivo suficiente para a configuração de improbidade. Vale ressaltar que a tipificação deve

ser feita caso a caso, sem se olvidar do princípio da razoabilidade. Nesse sentido, não há interesse do Estado em punir o agente que não tem nenhuma condição de prever o resultado de sua conduta.

O artigo 11 é omissivo, em seu *caput*, em relação ao elemento subjetivo. Porém, algumas condutas descritas em seus incisos admitem a responsabilização na modalidade culpa. É a lição de Fábio Medina Osório (2013, p. 215):

Alguns dispositivos do art. 11, excluindo seu caput, admitem condutas dolosas e culposas, se observarmos a abertura semântica dos dispositivos. Todos os dispositivos do art. 9º exigem condutas dolosas, dada a estruturação das respectivas redações formuladas pelo legislador.

Monica Nicida Garcia, por outro lado, entende que o legislador falhou ao não prever, expressamente, a modalidade culposa no artigo 11 (2004, p. 263):

[o previsto no artigo 10] é a única modalidade de improbidade administrativa que admite a forma culposa, devendo-se por isso mesmo, entender que nas demais modalidades, por não ter sido prevista a forma culposa, só se pune o ato dolosamente praticado. **No que tange aos atos de improbidade definidos no artigo 11 (que atentam contra princípios da Administração Pública), a não previsão da forma culposa constitui-se em lamentável lacuna.** Entretanto, quanto aos atos previstos no artigo 9º (que importam enriquecimento ilícito), a lacuna não traz maiores prejuízos, já que dificilmente se poderia figurar uma hipótese em que um agente público enriqueça indevidamente, ilicitamente, por simples negligência, imperícia ou imprudência, ou seja, por culpa. O dolo estará, à toda evidência, sempre presente.

O entendimento do STJ em relação ao tema, no entanto, é outro, que está exposto na seguinte tese jurisprudencial:

O ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 não requer a demonstração de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito, mas exige a demonstração de dolo, o qual,

contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico¹³.

Tal entendimento se coaduna com a teoria de Waldo Fazzio Júnior, que afirma que as práticas enumeradas nos incisos do artigo 11 são presumidamente dolosas, pressupondo uma consciência da ilicitude do ato e o âmbito de realizar o resultado proibido (FAZZIO JÚNIOR; 2001, p. 179). Revela-se, aqui, a dificuldade da distinção entre a *culpa consciente* e o *dolo eventual*, em ambas o resultado é previsto e o agente realiza a conduta mesmo assim, diferindo-se, apenas, no sentido de que o agente, na *culpa consciente*, genuinamente acredita que esse resultado não será atingido.

A responsabilização por improbidade administrativa na modalidade culpa deve, portanto, obedecer ao princípio da razoabilidade. A Lei 8.429/92 não se destina a punir os deslizes cometidos pelos agentes públicos no dia-a-dia, existem níveis de desrespeito ao ordenamento jurídico que são punidos com intensidades diferentes. Pune-se, portanto, a improbidade administrativa na modalidade culposa quando há grave violação do dever de cautela.

O dolo, portanto, não é essencial para a configuração de improbidade administrativa, sendo perfeitamente cabível a responsabilização na modalidade culpa, com exceção do disposto no artigo 9º da LIA. Além disso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de não admitir a conduta culposa em relação ao artigo 11.

Uma crítica que vale a pena tecer em relação à Lei 8.429/92, no que tange o elemento subjetivo, é a de que ela não menciona, expressamente, qual sanção deve ser dada a ato doloso e qual sanção deve ser dada ao ato culposo. Ambos os atos recebem o mesmo tratamento do legislador, que no artigo 12, inciso II, impõe sérias sanções, sem distinguir, no entanto, em que medida devem ser aplicadas.

¹³ Entendimento retirado da publicação periódica **Jurisprudência em Teses**: tese nº 11 da edição nº 40, de 2 de setembro de 2015. Precedentes: AgRg nos EDcl no AREsp 33898/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 09/05/2013; REsp 1275469/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 09/03/2015; AgRg no AREsp 562250/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 05/08/2015; AgRg no AREsp 560613/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 09/12/2014; AgRg no REsp 1500812/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 28/05/2015; AgRg no REsp 1337757/DF, Rel. Ministra MARGA TESSLER (JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DO TRF 4ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 13/05/2015; MS 12660/DF, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/08/2014, DJe 22/08/2014.

Destaca-se que a culpa não se confunde com o erro profissional ou a inabilidade. A Lei 8.429/92 não se destina a punir o inábil, tal sanção cabe, quando muito, ao âmbito administrativo. Ressalta-se, nesse sentido, o princípio da proporcionalidade, sem o qual as sanções da LIA seriam manifestamente injustas. A aplicação de sanções da Lei 8.429/92 não pode, portanto, ser arbitrária, deve ser proporcional à infração cometida e dentro dos limites do que a própria lei determina.

6. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, considerados os aspectos gerais da Lei de Improbidade Administrativa bem como o ponto “elemento subjetivo”, a respeito da responsabilização por improbidade administrativa nas modalidades “culpa” e “dolo”, verifica-se que, à luz da Lei 8.429/1992 e da Constituição Federal, é cabível a responsabilização por improbidade administrativa tanto na modalidade dolo quanto na modalidade culpa.

A modalidade tipificada no artigo 9º da Lei nº 9.429/92, que trata sobre enriquecimento ilícito, no entanto, é incompatível com a modalidade culpa, sendo necessário o dolo para que ela se configure.

Em relação ao artigo 10 Lei nº 9.429/92, a legislação é clara e expressamente autoriza a modalidade culposa que, no entanto, deve ser aplicada com obediência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

A modalidade do artigo 11 constitui um tipo aberto, com grande abrangência para comportar uma série de condutas. Por isso mesmo, há controvérsia na doutrina acerca da admissão da modalidade culposa, defendendo, alguns autores, que a culpa em seus graus mais acentuados também permite o enquadramento do ato como de improbidade. O STJ, no entanto, firmou jurisprudência no sentido de que um ato somente se enquadra nesse tipo na modalidade dolosa.

A partir disso, conclui-se que o elemento subjetivo influencia de forma absoluta na responsabilização por improbidade administrativa sendo essencial a sua consideração, não sendo permitida tal responsabilização com base apenas em critérios objetivos.

REFERÊNCIAS

CALIXTO, Rubens Alexandre Elias. *Ação por improbidade administrativa Críticas e proposições*. São Paulo, Doutorado em Direito das Relações Sociais - Direito Processual Civil. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, volume 1: parte geral arts. 1º a 120, 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FERREIRA DA ROCHA, Silvio Luís. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros editores, 2013.

DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei 8.429/92*. 2ª edição. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

DE MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais do direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

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

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos: de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de improbidade administrativa: comentários e anotações jurisprudenciais*. 1ª edição. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: volume 1, parte geral, arts 1º a 120 do CP*, 29ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 3ª edição. São Paulo: Método, 2015.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernandes Elias; FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa – aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.