

ANNA CLAUDIA KRÜGER

**DA ADMISSIBILIDADE DO COMETIMENTO DOS
ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
PREVISTOS NO ART. 10 DA LEI N. 8.429/92 NA
MODALIDADE CULPOSA**

**FLORIANÓPOLIS - SC
ABRIL - 2007**

RESUMO

A corrupção é problema que há muito permeia a gestão do patrimônio público nas diferentes sociedades e é fenômeno comumente observado hodiernamente, em especial, nos países em desenvolvimento. No Brasil, a legislação demonstra sua preocupação relativamente ao problema, compreendendo a Lei n. 8.429/29, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), especial mecanismo de combate à desonestidade que eiva os diversos âmbitos da Administração Pública do país. Ainda que se reconheça que o combate contra a corrupção não prescindia da vontade popular, é evidente que a normatização exerce importante papel na tentativa de solucionar-se o problema. O intuito primordial da norma em comento seria a tutela do patrimônio público, bem como dos princípios norteadores da Administração Pública, por meio da tipificação das condutas ímprobas e a imputação de sanções respectivas. A definição dos sujeitos ativos aptos ao cometimento de ato ímprobo pela Lei n. 8.429/92, por sua vez, foi realizada de forma ampla, denotando a intenção de sancionamento de todos aqueles que participaram ou beneficiaram-se com o cometimento do ilícito. Assim sendo, faz-se relevante o estudo da mencionada norma, objetivando sua efetiva aplicação e respeito à intenção do legislador e às aspirações da sociedade. O problema ora analisado, concerne à admissibilidade do cometimento dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da lei n. 8.429/92 na modalidade culposa. Isso, porque embora o referido artigo expressamente preveja a possibilidade de reconhecimento do ato ímprobo cometido culposamente, a doutrina largamente discute tal entendimento, com fulcro, especialmente, na gravidade das sanções impostas pela LIA. Nesse sentido, o presente estudo, após delinear as principais características da norma em comento, inclusive, no que tange à responsabilização civil do agente ímprobo ou do terceiro beneficiado, apresenta a divergência encontrada entre os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais concernentes ao tema.

Palavras-chave: Administração Pública. Improbidade Administrativa. Dolo. Culpa. Responsabilidade. Agente Público.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	4
2 DO REGIME DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	6
2.1 Da necessidade de combate aos atos de improbidade administrativa.....	6
2.2 Moralidade e Improbidade.....	10
2.3 Sujeitos passivos da improbidade administrativa	14
2.4 Sujeitos ativos da improbidade administrativa.....	16
3 DOS TIPOS CARACATERIZADORES DA IMPROBIDADE	23
3.1 Dos atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º).....	24
3.2 Dos atos que causam prejuízo ao erário (art. 10)	29
3.3 Dos atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11)...	33
4 DA ADMISSIBILIDADE DO COMETIMENTO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PREVISTOS NO ART. 10 DA LEI N. 8.429/92 NA MODALIDADE CULPOSA.....	39
4.1 Da responsabilização civil do agente ímprobo	39
4.1.2 Das definições de culpa e dolo.....	40
4.2 Da admissibilidade da modalidade culposa nas hipóteses de atos de improbidade administrativa previstas no art. 10 da LIA.....	42
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
6 REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

A Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, também conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), foi editada como forma de dar aplicação aos institutos inovadores trazidos pela Constituição de 1988, objetivando uma atuação mais adequada e eficiente dos gestores públicos no trato com o patrimônio dos cidadãos.

É importante instrumento a ser utilizado no combate à corrupção, que reflete, portanto, a importância de seu estudo mais aprofundado, visando possibilitar sua aplicação de acordo com a intenção do legislador e respeitando-se os anseios sociais de moralização da gestão pública.

O presente trabalho objetiva, portanto, analisar um dos principais questionamentos encontrados na doutrina, no que se refere à efetiva aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, qual seja, a admissibilidade da modalidade culposa de cometimento dos atos de improbidade administrativa que importam prejuízo ao erário, previstos no art. 10 da lei em comento.

O tema faz-se importante, mormente, porquanto o mencionado artigo expressamente prevê a possibilidade de cometimento dos atos ímprobos, culposamente.

Para análise da questão, o estudo foi dividido em três capítulos.

O primeiro trata do Regime da Improbidade Administrativa, versando brevemente sobre a necessidade de combate aos atos ímprobos, que deu ensejo à promulgação da Lei n. 8.429/92, bem como objetivando diferenciar as definições de moralidade e probidade e traçando os conceitos de sujeitos ativos e passivos do ato de improbidade administrativa, trazidos pela própria LIA.

O segundo capítulo, por sua vez, verifica os tipos caracterizadores da improbidade, descritos nos arts. 9º 10 e 11 da Lei n. 8.429/92, respectivamente, como atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; que causam prejuízo ao erário; e que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Por fim, objetiva o terceiro capítulo o estudo específico acerca da admissibilidade da caracterização dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, delineados no art. 10 da LIA, na modalidade culposa.

Assim sendo, ressaltando que a LIA atém-se à responsabilização civil do agente ímprobo e do terceiro beneficiado, diferencia os conceitos de culpa e dolo, para, posteriormente analisar o questionamento cerne do presente trabalho, trazendo, inclusive, entendimentos jurisprudenciais atinentes ao tema.

2 DO REGIME DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 Da necessidade de combate aos atos de improbidade administrativa

Trata o presente estudo sobre a possibilidade de cometimento de ato de improbidade administrativa mediante a conduta culposa do agente público, especialmente no que concerne às hipóteses previstas no art. 10 da Lei n. 8429/92, que tratam dos atos ímprobos que causam prejuízo ao erário.

Dessa forma, entende-se interessante a realização de breve análise atinente aos objetivos traçados com a promulgação da mencionada norma, conhecida como Lei da Improbidade Administrativa (LIA).

A corrupção há muito permeia a Administração Pública, tanto no Brasil quanto em outros países, seja a mesma decorrente da insensatez dos agentes públicos, ou mesmo, da degeneração do caráter daqueles que ascendem à gestão do interesse comum.

Analisando a origem da corrupção no Brasil, acredita-se que o fenômeno poderia ser justificado em razão dos vícios da colonização, que buscava o enriquecimento a todo custo, ainda que, para tanto, fossem olvidados os preceitos morais. Tal fato torna-se mais evidente quando se verifica que a corrupção parece encontrar-se mais presente na gestão pública dos países em desenvolvimento.¹

Emerson Garcia conceitua a corrupção como:

Um fenômeno social que surge e se desenvolve em proporção semelhante ao aumento do meio circulante e à interpenetração de interesses entre os componentes do grupamento. Sob esta ótica, os desvios comportamentais que infringem a normatividade estatal ou os valores morais de determinado setor em troca de uma vantagem correlata, manifestar-se-ão como forma de degradação dos padrões ético-jurídicos que devem reger o comportamento individual nas esferas pública e privada.²

¹ FIGUEIREDO, Marcelo. Responsabilização por atos de improbidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, v. 28. p. 38.

² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 3.

A corrupção seria caracterizada, portanto, pela confusão entre o interesse público e o interesse do particular que atua na gestão pública, o que infringiria, por conseguinte, os padrões éticos socialmente exigidos do agente público, bem como as normas que objetivam o afastamento dos atos ímprobos da condução da Administração Pública.

Em verdade, a solução do problema não é simples. O combate à corrupção não pode ser realizado somente por meio da edição de novas leis que punam severamente aqueles que atuam de maneira ímproba, por deterem as normas caráter meramente repressivo.

Isso, porque a prevenção contra o problema pressupõe a vontade real dos administrados de afastar da gestão pública os corruptos e, portanto, a solidificação de novos padrões éticos. A reprovação social acerca dos atos ímprobos faz-se, portanto, essencial ao afastamento da corrupção do âmago das instituições públicas do país.³

Alexandre Rosa e Afonso Ghizzo Neto acentuam, inclusive, que “a questão é muito mais cultural do que jurídica. Se não houver mobilização social, uma jornada de cidadania, de nada adiantará a lei”.⁴

Ainda assim, a normatização exerce importante e oportuno papel na tentativa de solucionar-se o problema, mormente quando a sistematização dos princípios norteadores da atuação do agente público encontra-se conjugada com as aspirações sociais de mudança.

Ressalta-se ainda que, anteriormente à promulgação da Lei de Improbidade Administrativa, o direito positivo brasileiro já previa sanções para os atos que importassem prejuízos para a fazenda Pública e locupletamento ilícito do agente público.

Citam-se como exemplos da tentativa de coibirem-se os atos ímprobos o Decreto-Lei n. 3.240/41, que sujeita ao seqüestro de bens particulares os sujeitos indiciados por crimes que causem prejuízo à Administração Pública, inclusive terceiros, que agiram com dolo ou culpa grave. Ainda, o art. 141, § 31, da Constituição de 1946 que determinava que “a lei disporá sobre o seqüestro e o

³ GARCIA; ALVES, 2004. p. 4.

perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”, regulamentado pelas Leis n. 3.164/57 e n. 3.502/58. E a Constituição de 1967, que recepcionou estas duas últimas leis, nos termos de seu art. 153, § 11.⁵

Emerson Garcia ressalta, no entanto, que a lesão à probidade administrativa já havia sido prevista como crime de responsabilidade do Presidente da República, desde a primeira Constituição da República de 1891. Explica, ainda, que,

com exceção da Carta de 1824, a qual consagrou a irresponsabilidade do Imperador (art. 99), todas as Constituições Republicanas previram a responsabilização do Chefe de Estado por infração à probidade da administração.⁶

Ainda assim, a Constituição de 1824 não olvidou a repressão aos atos ímprobos, prevendo a possibilidade de responsabilização dos Ministros de Estado em casos de peita, suborno ou concussão, abuso do poder; falta de observância da lei, bem como por qualquer dissipação dos bens públicos.⁷

A Constituição de 1988, por sua vez, além de prever o perdimento de bens aos sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, imputou a estes sanções ainda mais rígidas, determinando no art. 37, § 4º que 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.

No mesmo sentido, o art. 15, V, da Carta Magna, expressamente prevê a improbidade administrativa como uma das hipóteses para perda ou cassação dos direitos políticos.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a Constituição Federal de 1988 teria inovado, também, por utilizar pela primeira vez o termo **ato de improbidade administrativa** para as infrações praticadas por servidores públicos em geral e não

⁴ ROSA, Alexandre Morais da; GHIZZO NETO, Afonso. *Improbidade administrativa e Lei de Responsabilidade Fiscal: conexões necessárias*. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 42.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 673 e MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 319.

⁶ GARCIA; ALVES, 2004, p. 190.

⁷ Cf. GARCIA; ALVES, 2004, p. 190.

somente às infrações de natureza política, embora não tenha definido claramente o significado de tal expressão.⁸

Pela primeira vez, o princípio da moralidade administrativa encontra guarida constitucional, juntamente com a legalidade, impessoalidade e publicidade.⁹ E, posteriormente, também, com o princípio da eficiência, por meio da Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998.

Contudo, objetivando a efetiva aplicação das disposições constitucionais supramencionadas, fez-se necessária a edição de norma que regulamentasse as hipóteses sujeitas às sanções estabelecidas constitucionalmente, qual seja, a Lei n. 8429/92 que, segundo seu preâmbulo, “dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”.

De ser ressaltado, contudo, que diferentemente do que dispõe o preâmbulo, a Lei de Improbidade Administrativa não versou somente sobre os casos de enriquecimento ilícito, mas também sobre os atos que causam prejuízo ao erário e aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Dessa forma, embora a LIA não tenha delineado o conteúdo do termo “improbidade administrativa”, ofereceu, em seus arts. 9º (atos que importam enriquecimento ilícito), 10 (atos que causam prejuízo ao erário) e 11 (atos que atentam contra a Administração Pública), os exemplos das condutas caracterizadas como ímprobas e, portanto, sujeitas às mencionadas penalidades.

A norma em estudo, dessa forma, objetiva facilitar a condenação dos agentes públicos que agem de maneira ímproba, delineando os principais atos caracterizadores de improbidade administrativa e, conseqüentemente, impondo sanções de natureza cível àqueles que cometem tais atos.

É norma inovadora em diversos aspectos, que visa, essencialmente, tutelar o patrimônio público e os princípios norteadores da Administração Pública, conforme será demonstrado no presente trabalho.

⁸ DI PIETRO, 2002, p. 677

⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. Responsabilização por atos de improbidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, v. 28. p. 39.

Analisando as perspectivas de efetividade da Lei n. 8.429/92, Emerson Garcia atenta para as tentativas de inviabilização da aplicação da referida norma, dentre as quais destaca:

A alteração introduzida pela Medida Provisória nº 2.225/45 no art. 17 da Lei de Improbidade, que, além de contribuir para a máxima postergação do aperfeiçoamento da inicial, chega a permitir que o juiz, antes mesmo da produção de qualquer prova por parte do autor, se convença da inexistência do ato de improbidade e rejeite a ação, segundo alguns, com julgamento antecipado do próprio mérito.¹⁰

Ainda assim, cristalina é a importância da LIA na busca de uma gestão mais diligente e mais ética dos agentes públicos no trato com o interesse comum, com o patrimônio público e no que concerne à observância dos princípios da Administração Pública.

2.2 Moralidade e Improbidade

Objetivando a Lei n. 8.429/92 estabelecer quais sejam os atos caracterizadores da improbidade administrativa, bem como imputando a estes as sanções respectivas, entende-se prudente examinar, ao menos brevemente, a delimitação da definição do termo improbidade, que se constitui, essencialmente, como conceito jurídico indeterminado.¹¹

O problema encontra maior relevo diante da divergência doutrinária estabelecida no que concerne à definição dos conceitos de moralidade e probidade, que passa a ser analisada.

Há de ser anotado, primeiramente, que a redação dada à Lei n. 8.429/92 distingue as diversas conceituações, ao passo que objetiva tutelar o patrimônio público (art. 5º) e os atos atentatórios aos princípios da Administração Pública, especialmente a legalidade, impessoalidade, **moralidade** e publicidade (art. 4º).

¹⁰ GARCIA; ALVES, 2004, p. 206.

¹¹ Celso Antônio Bandeira de Mello (*Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 28), acentua a possibilidade de definição dos conceitos indeterminados. Nesse sentido, afirma que “tem-se que aceitar logicamente, por uma irrefragável imposição racional, que mesmo os conceitos versados na hipótese da norma ou em sua finalidade sejam vagos, fluidos ou imprecisos, ainda assim têm algum conteúdo determinável [...]”.

Flávio Sátiro Fernandes aduz, inclusive, que a “moralidade e probidade administrativas são noções bem claramente distintas, que se não podem confundir ante os textos legais que, a partir da Constituição Federal, a elas se referem”.¹²

Definindo o termo moralidade, Emerson Garcia apresenta importante contribuição ao estudo, ressaltando as singularidades da moralidade administrativa, em face da moral comum:

[...] A moral administrativa, por sua vez, é extraída do próprio ambiente institucional, condicionando a utilização dos meios (rectius: poderes jurídicos) previstos em lei para o cumprimento da função própria do Poder Público, a criação do bem comum, o que denota um tipo específico de moral fechada, sendo fruto dos valores de um círculo restrito ocupado pelos agentes públicos. Enquanto a moral comum direciona o homem em sua conduta externa, permitindo-lhe distinguir o bem do mal, a moral administrativa o faz em sua conduta interna, a partir das idéias de boa administração e de função administrativa, conforme os princípios que regem a atividade administrativa.¹³

Dessa forma, enquanto a noção do bem e do mal constituiria a moralidade no sentido comum, a conduta ética do agente administrativo, realizada de acordo com os princípios que regem a Administração Pública, resultaria na moralidade administrativa de sua atuação.

Luiz Alberto Ferracini, atentando para a possibilidade de que a presente discussão possa ensejar confusão desnecessária à aplicação prática da legislação, ressalta que a moralidade administrativa prevista no art. 37 da Constituição Federal seria espécie da moralidade comum, visto que:

Filosoficamente, o entendimento de moral seria, em nosso modesto entender, mais amplo, mais expressivo que o de probidade como gênero. Para tanto devemos entender que as palavras moral, moralidade, moralista desaguam no oceano do moralismo, palavra núcleo, cujo entendimento seria muito mais do que a probidade.¹⁴

Estabelecida a diferenciação entre a moralidade comum e a moralidade administrativa e sendo a análise desta última essencial ao presente estudo, ressalta-

¹² FERNANDES, Flávio Sátiro. Improbidade administrativa . Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 21, nov. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=359>>. Acesso em: 07 fev. 2007.

¹³ GARCIA; ALVES, 2004, p. 81.

¹⁴ FERRACINI, Luiz Alberto. *Improbidade administrativa: teoria, legislação, jurisprudência e prática*. 3. ed. Campinas: Agá Júris, 2001. p. 22-24.

se que Celso Antônio Bandeira de Mello disciplina que o princípio da moralidade administrativa compreende em si os princípios da lealdade e da boa-fé. E, também, que a obediência ao mencionado princípio implica em que a atuação da Administração e de seus agentes deva ser realizada em conformidade com os princípios éticos.¹⁵

Luiz Alberto Ferracini acrescenta que a moralidade jamais poderia ser espécie de improbidade¹⁶ e José Afonso da Silva, no mesmo sentido, afirma que a improbidade seria uma espécie de imoralidade qualificada.¹⁷

Edílson Pereira Nobre Júnior vai além, definindo a improbidade como a imoralidade administrativa qualificada pela **desonestidade** do agente público, o que justificaria a imputação de sanções mais severas por lei específica. Explicando a questão, disserta o autor:

[...] Não haveria sentido de o Constituinte distinguir a improbidade da moralidade administrativa se não fosse para legar àquela um conteúdo especial. Isto porque, só a ofensa à moralidade administrativa já acarretaria as conseqüências previstas na Lei 4.717/65, relativas à ação popular, não havendo, portanto, que se criar dois institutos para alcançar fim idêntico.¹⁸

Entende Nobre Júnior, portanto, que a criação da Lei de Improbidade Administrativa indica a intenção de punição mais rigorosa do agente que atenta ao princípio da moralidade mediante conduta ímproba, no entanto, ainda assim, a moralidade compreenderia o conceito de improbidade.

Ratifica tal entendimento Juarez Freitas que, todavia, conceitua a improbidade como especificação e não como qualificadora da moralidade administrativa, lecionando:

Associado ao juridicamente autônomo princípio da moralidade positiva – mais especificação do que qualificação subsidiária daquele – o princípio da probidade administrativa consiste na proibição de atos desonestos ou desleais para com a Administração Pública, praticados por agentes seus ou terceiros, com os mecanismos sancionatórios inscritos na Lei n. 8.429/92 (...). Sob a ótica da lei em

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 109.

¹⁶ FERRACINI, 2001, p. 22-24.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 337.

¹⁸ NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Improbidade Administrativa: alguns aspectos controvertidos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 235. p.66-67

comento, ainda quando não se verifique o enriquecimento ilícito ou dano material, a violação do princípio da moralidade pode e deve ser considerada, em si mesma, apta para caracterizar a ofensa ao princípio da probidade administrativa, na senda correta de perceber que o constituinte quis coibir a lesividade à moral positiva, em si mesma, inclusive naqueles casos em que se não se vislumbram, incontrovertidos, os danos materiais.¹⁹

Alexandre Rosa e Afonso Ghizzo Neto concordam com o referido entendimento, afirmando a complexidade e extenso alcance da moralidade administrativa, como “determinação destinada a todos os agentes públicos que deverão proceder conforme o padrão jurídico da moral, da boa-fé, da lealdade, da honestidade, da publicidade, da competência e da impessoalidade”.²⁰

Concluem os mencionados autores, dessa forma, que o princípio da moralidade, em sua complexidade, englobaria os demais princípios da Administração Pública previstos constitucionalmente e bastaria, em si só, como princípio norteador de toda a atividade administrativa.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta, de outro lado, que o conteúdo dos princípios da moralidade e improbidade administrativa são muito semelhantes, ainda que sejam referenciados em separado nas diversas normas.²¹

A autora acentua, no entanto, que o conceito de improbidade administrativa como ato ilícito seria mais preciso e mais amplo do que o da imoralidade, visto que a afronta ao princípio da moralidade acaba por incidir em uma das hipóteses previstas na Lei n. 8.429/92.

Expõe a questão da seguinte maneira:

[...] como princípios, os da moralidade e probidade se confundem; como infração, a improbidade é mais ampla do que a imoralidade, porque a lesão ao princípio da moralidade constitui umas das hipóteses de atos de improbidade definidos em lei.²²

Emerson Garcia tem entendimento similar, aduzindo o caráter mais amplo do conceito de probidade, que denotaria a má-qualidade na gestão pública, não

¹⁹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 107

²⁰ ROSA; GHIZZO NETO, 2001, p. 47.

²¹ DI PIETRO, 2002, p. 672.

²² DI PIETRO, 2002, p. 672.

somente no aspecto ético da conduta, mas também no que tange à eficiência no trato com o patrimônio público. A improbidade não poderia ser delimitada pelo conceito de moralidade, conforme disciplina o autor, *in verbis*:

Em que pese ser a observância ao princípio da moralidade um elemento de vital importância para a aferição da probidade, não é ele o único. Todos os atos dos agentes públicos devem observar a normatização existente, o que inclui toda a ordem de princípios, e não apenas o princípio da moralidade. Assim, quando muito, será possível dizer que a probidade absorve a moralidade, mas jamais terá sua amplitude delimitada por esta.²³

Corroboram esse entendimento, ainda, Fernandes²⁴ e Harada²⁵, definindo a moralidade enquanto espécie e a probidade, como gênero.

2.3 Sujeitos passivos da improbidade administrativa

É considerado sujeito passivo aquele que é titular de bem jurídico que sofre lesão decorrente da conduta de terceiro, desde que tal bem seja tutelado por hipótese prevista legalmente.

Os sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa, ora analisados, encontram definição na LIA, nos termos de seu artigo 1º, *caput* e parágrafo único, que determina:

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,

²³ GARCIA; ALVES, 2004, p. 52.

²⁴ FERNANDES, 1997.

²⁵ HARADA, Kiyoshi. Improbidade Administrativa. *Universo Jurídico*. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=577#>>. Acesso em: 07 fev. 2007.

a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Primeiramente, justifica-se a análise prévia do sujeito passivo do ato ímprobo, porquanto a conduta somente será típica se praticada por agente que atue em alguma das entidades supra mencionadas, conforme se verificará no estudo do próximo item.

Não há maiores divergências doutrinárias no que concerne à definição do sujeito passivo dos atos de improbidade administrativa.

Pazzagliani Filho, Rosa e Fazzio Júnior, resumidamente, conceituam o sujeito passivo da improbidade administrativa como “qualquer entidade pública ou particular que tenha participação de dinheiro público em seu patrimônio ou receita anual”.²⁶

Alexandre de Moraes, também sinteticamente, define o Estado como o sujeito passivo mediato do ato ímprobo e, como sujeito passivo imediato, a pessoa jurídica efetivamente afetada pelo ato, desde que elencada no rol da Lei n. 8.429/92, anteriormente mencionado.²⁷

De se atentar, no entanto, para a amplitude da definição, visto que, além da administração direta e indireta e fundacional da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, podem também figurar como sujeito passivo: a) a empresa incorporada ao patrimônio público; b) a entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; ou c) entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como aquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Todavia, conforme se infere da leitura do parágrafo único do art. 1º da LIA, as sanções previstas na norma somente são aplicáveis aos atos de improbidade praticados contra os sujeitos descritos na alínea ‘c’ quando a conduta atentar contra

²⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 41.

²⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 324.

o **patrimônio** dos mesmos, sendo a sanção patrimonial limitada à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.²⁸

Diante da diferenciação imposta pela lei às condutas lesivas ao patrimônio das referidas entidades, ressalta Carlos Frederico Brito dos Santos que:

(...) somente a ação destinada ao ressarcimento do percentual relativo aos recursos de origem pública gozam da imprescritibilidade assegurada pelo art. 37, § 5º, da Constituição Federal.²⁹

Dessa forma, as ações interpostas em virtude de atos lesivos a interesses não-patrimoniais da Administração não gozam da mencionada imprescritibilidade, estabelecida constitucionalmente.

2.4 Sujeitos ativos da improbidade administrativa

A doutrina entende como sujeito ativo a pessoa humana que comete ato previsto legalmente como ilícito, violando bem jurídico pertencente a outrem, só ou em concurso, bem como o partícipe que, de alguma forma, contribui para o resultado danoso.

A Lei n. 8.429/92 estabelece nos arts. 2º e 3º quais são os sujeitos aptos a praticarem os atos de improbidade administrativa elencados nos arts. 9º a 11 da norma. Tais agentes são classificados pela doutrina como sujeitos ativos próprios e impróprios.

Os sujeitos ativos próprios estariam definidos no art. 2º da LIA, que dispõe:

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.

²⁸ Emerson Garcia entende que, diferentemente do que dispõe a LIA, o ressarcimento do dano não se caracteriza como sanção, porquanto não objetivaria penalizar o agente, mas, tão-somente, o restabelecimento do *status quo ante* (2004, p. 212).

²⁹ SANTOS, Carlos Frederico. *Improbidade administrativa: reflexões sobre a Lei nº 8.429/92*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 15.

Portanto, podem ser sujeitos ativos dos atos ímprobos qualquer agente público, servidor ou não, que exerça mandato, cargo ou função pública em qualquer das entidades relacionadas no art. 1º da LIA.

Mauro Roberto Gomes de Mattos ressalta que a Lei em estudo objetiva, com a definição de sujeito ativo apresentada em seu art. 2º, tornar suscetíveis às sanções nela inscritas todos os agentes que, de alguma forma, relacionam-se com o Poder Público, inclusive os agentes políticos, contratados em geral e servidores militares, por exemplo.³⁰

Com propriedade, Di Pietro delimita a amplitude do conceito da seguinte forma:

Qualquer pessoa que preste serviço ao Estado é agente público (...): (a) **os agentes políticos** (parlamentares de todos os níveis, Chefes dos Poder Executivo federal, estadual e municipal, Ministros e Secretários dos Estados e dos Municípios); (b) **os servidores públicos** (pessoas com vínculo empregatício, estatutário ou contratual, com o Estado); e (c) **os particulares em colaboração com o Poder Público** (que atuam sem vínculo de emprego, mediante delegação, requisição ou espontaneamente).³¹

Emerson Garcia, por sua vez, anota que a Lei n. 8429/92 adotou uma posição restritiva especificamente no que atine à exclusão do pólo ativo do sujeito que possui vínculo com concessionárias e permissionárias de serviços públicos, não criadas ou custeadas pelo erário ou que deste recebam subvenções, benefícios ou incentivos. Afirma o doutrinador que a execução de serviços públicos por meio de concessão, permissão e autorização seria forma de descentralização administrativa, não se tratando, por conseguinte, da concepção de Administração indireta referida no art. 1º da LIA.³²

Ainda assim é fato incontroverso que a LIA conceitua de forma ampla o sujeito ativo dos atos de improbidade administrativa. A norma atinge, inclusive, aqueles que prestam serviço voluntário ao Estado, bem como quem exerce atividade de natureza eminentemente privada, desde que atuante em entidade para com a qual o erário participe financeiramente, nos termos do art. 1º da Lei n. 8.429/92.

³⁰ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei n. 8.429/92*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p.16.

³¹ DI PIETRO, 2002, p. 682.

³² GARCIA; ALVES, 2004. p. 237.

O art. 3º da referida norma, por outro lado, define o sujeito ativo impróprio do ato de improbidade administrativa:

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

O conceito ora delineado, tal como o anterior, detém grande amplitude. Ele determina que o terceiro que, de qualquer maneira, concorra para o cometimento do ato de improbidade, ainda que não obtenha nenhum benefício com a conduta, incorre nas hipóteses tuteladas pela norma.

Luiz Alberto Ferracini defende um caráter ainda mais amplo da norma, aduzindo que os núcleos utilizados pelo art. 3º da LIA (induzir, concorrer ou beneficiar-se), são meramente exemplificativos, incidindo na prática de improbidade qualquer um que com esta contribua.³³

Diferentemente dissertam Santos³⁴, Moraes³⁵ e Mattos³⁶, afirmando a necessidade da prática de um dos núcleos elencados pela norma para o cometimento do ato de improbidade imprópria.

É consenso, todavia, que o art. 2º da Lei em comento versaria sobre os atos de improbidade própria e o art. 3º, acerca dos atos de moralidade imprópria.

Alexandre de Moraes entende que somente o sujeito ativo próprio poderia ser o autor da conduta lesiva à Administração, enquanto o particular, induzindo, concorrendo ou beneficiando-se com o ato ímprobo, atuaria como partícipe da conduta violadora.³⁷

Divergindo sobre o tema, Luiz Alberto Ferracini afirma que a LIA, no art. 3º, *caput*, “usando no período dos verbos induzir ou concorrer como núcleo da norma explicitou sem sombra de dúvidas não só uma forma de co-autoria, mas também de participação”.³⁸

³³ FERRACINI, 2001, p. 36.

³⁴ SANTOS, 2002, p. 12.

³⁵ MORAES, 2002, p. 324.

³⁶ MATTOS, 2005, p.20.

³⁷ MORAES, 2002, p. 324.

³⁸ FERRACINI, 2001, p. 36.

Assim, o terceiro não atuaria sempre como partícipe mas, também, como co-autor do ato ilícito, de acordo com as peculiaridades fáticas.

Ressalta o mencionado o autor a necessidade de atentar-se para a natureza acessória da participação, que presume para sua existência o reconhecimento de um fato principal, nesse caso, a conduta ímproba do agente público.³⁹

Outro problema encontrado trata da necessidade de dolo no beneficiamento do terceiro para a caracterização da conduta delineada na norma. Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernandes Elias da Rosa e Waldo Fazzio Júnior afirmam que havendo beneficiamento simples de terceiro, em virtude de ato de improbidade administrativa praticado por agente público, é cabível ao beneficiado a sanção respectiva, prevista na LIA, independentemente da existência de dolo.⁴⁰

Explicitam a questão afirmando que:

A regra em epígrafe é muito feliz ao sancionar o terceiro puramente beneficiário, sem exigir que se evidencie sua efetiva participação no ato, diante das dificuldades práticas de demonstração do liame subjetivo entre o terceiro e o agente público ajustados para o cometimento do ato de improbidade. Dessa forma, verificado o caráter espúrio da conduta do agente público, basta a comprovação de que terceiro dele usufruiu para que este também seja responsabilizado.⁴¹

Carlos Frederico dos Santos apresenta lição distinta, porquanto aduz que, em sede de direito sancionatório, não se pode admitir a culpabilidade presumida do agente da conduta ilícita, que resultaria em ofensa ao princípio do devido processo legal. Isso porque a referida presunção acabaria por suprimir o direito de ampla defesa do réu, bem como denotaria a ofensa aos princípios da presunção de inocência e do contraditório.

Afirma o doutrinador, por fim, a possibilidade de existir um beneficiário de boa-fé, ainda que a hipótese seja remota. E, também, que o legislador da Lei n. 8429/92 definiu a necessidade de que o sujeito ativo da conduta aja, ao menos, culposamente para sua responsabilização, ofendendo o princípio constitucional da

³⁹ FERRACINI, 2001, p. 36.

⁴⁰ PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1999, p. 49-50.

⁴¹ PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1999, p. 49-50.

isonomia o tratamento diferenciado ao sujeito ativo impróprio beneficiado com o ato ímprobo.⁴²

De fato, embora se entenda a complexidade da comprovação da relação estabelecida entre o agente ímprobo e o terceiro beneficiado com o cometimento do ato de improbidade administrativa, difícil é a aceitação de uma concepção que, em um primeiro momento, parece ir de encontro ao que dispõe a Constituição Federal de 1988, presumindo culpado o terceiro beneficiado, sem a observância dos princípios do devido processo legal, contraditório e presunção de inocência.

Por fim ressalta-se que o art. 8º, da Lei de Improbidade Administrativa, prevê que o sucessor daquele que causou lesão ao patrimônio público ou enriqueceu ilicitamente está sujeito às cominações dessa lei, até o limite do valor da herança.

Isso significa que, em caso de morte do agente ímprobo ou do terceiro beneficiado que cometeu ato que causou prejuízo ao patrimônio público ou que implicou enriquecimento ilícito, seus sucessores respondem pelas sanções decorrentes da aplicação da LIA, até a medida da herança.

Mauro Roberto Gomes de Mattos entende que o art. 8º, em verdade, reproduz dispositivo do Código Civil (art. 1997), que prevê que o patrimônio do devedor deve assegurar o pagamento de suas dívidas, respondendo a herança, portanto, por tais encargos.⁴³

Sendo assim, tratando-se o devedor, no presente estudo, do agente público ímprobo ou do terceiro beneficiado, deve sua herança garantir as dívidas decorrentes da conduta ilícita.

O art. 8º da LIA visa assegurar, portanto, o ressarcimento do dano causado ao patrimônio público e o perdimento dos bens ou valores acrescentados ilicitamente ao patrimônio do agente ímprobo ou do terceiro beneficiário da improbidade administrativa, em favor do sujeito passivo da conduta.

Pazzaglini Filho, Rosa e Fazzio Júnior acrescentam que o art. 5º, XLV, da Constituição Federal já afirma que a obrigação de reparar o dano, bem como a

⁴² SANTOS, 2002, p. 13

⁴³ MATTOS, 2005, p. 164.

decretação do perdimento de bens, podem ser estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.⁴⁴

Interessante anotar-se, ainda, que o falecimento do sujeito ativo no curso da ação de improbidade administrativa implicaria a substituição da parte no pólo passivo da mencionada ação.

Justifica-se tal afirmação porquanto são também transmitidas com a herança as obrigações do *de cujus*, fazendo-se necessária, conseqüentemente, a substituição processual, para o afastamento de qualquer constrição sobre os bens que constituem a herança.⁴⁵

Nesse sentido, colaciona-se julgado do TRF da Primeira Região:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. SUBSTITUIÇÃO DE PARTE. MORTE DE UMA DAS PESSOAS SITUADAS NO POLO PASSIVO DE AÇÃO DE IMPROBIDADE.

SUSPENSÃO DO CURSO DO PROCESSO. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

DIREITO TRANSMISSÍVEL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS.5º, LIV, E 37, § 4º. LEI 8.429/92, ART. 8º. CPC, ARTS.43,265, IE 1,055 E SEQUINTE.

I. Descumprida a providência determinada no § 3º do art. 523 do CPC nega-se conhecimento aos agravos retidos interpostos no trâmite do processo.

II. A reparação do dano, de que trata o art. da Lei 8.429/92, é transmissível aos sucessores do agente que praticou qualquer das condutas qualificadas como improbidade administrativa, nos limites do patrimônio transferido.

III. De acordo com a sistemática do CPC, a superveniência da morte de uma das partes enseja a suspensão do trâmite processual, salvo se estiver em curso audiência de instrução e julgamento, hipótese em que o processo continuará seu fluxo até a publicação da sentença.

IV. A suspensão determinada na sentença, restrita a uma das pessoas que compõe o pólo passivo da ação, revela-se não somente incompatível com o art. 265, I e §§ 1º e 2º, do CPC, mas também infrutífera e determinante de tumulto processual.

V. A partir da ciência do evento morte, cumpre o juiz suspender incontinenti o curso do processo, salvo se já iniciada audiência de instrução, sob pena de nulidade dos atos processuais praticado em determinado art. 265, I e §§ 1º e 2º.

VI. Prolatada sentença, em prejuízo da suspensão processual, impõe-se a sua nulificação por violação do devido processo legal.

VII. Agravos retidos não conhecidos. Remessa oficial provida. Recursos de apelação prejudicados.

⁴⁴ PAZZAGLINI; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1999, p. 139-140.

⁴⁵ MATTOS, 2005, p. 165.

(TRF 1ª Região, AC 1998.01.00.016267-7/DF; Rel. Juiz Hilton Queiroz. j. 31.10.2000)

Por fim, apresenta-se entendimento de Marcelo Figueiredo, que por sua vez, afirma que o termo “sucessores”, adotado pelo art. 8º da LIA, denotaria, inclusive, a possibilidade de comprometimento dos bens decorrentes de transmissão “inter vivos”, pois o termo **sucessão** seria utilizado para todos os modos derivados de aquisição de domínio “indicando o ato pelo qual alguém sucede a outrem, investindo-se, no todo ou em parte, nos direitos que lhe pertenciam”.⁴⁶

De se atentar, no entanto, para o fato de que a norma em comento expressamente prevê que as cominações da Lei n. 8.429/92 limitam-se à medida da herança percebida pelo sucessor, do que se poderia inferir a intenção do legislador de tutelar, exclusivamente, as hipóteses de sucessão *mortis causa*.

⁴⁶ FIGUEIREDO, 1995, p. 35.

3 DOS TIPOS CARACTERIZADORES DA IMPROBIDADE

A Lei n. 8.429/92 define, em seus arts. 9º, 10 e 11, as condutas caracterizadoras dos atos de improbidade administrativa como atos que importam enriquecimento ilícito; atos que causam prejuízo ao erário e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Primeiramente, importante atentar-se para a natureza civil dos atos ímprobos que, por dedução lógica, ficam adstritos à responsabilização no âmbito civil do agente público que comete o ato ilícito, conforme disserta Alexandre de Moraes:

A natureza civil dos atos de improbidade administrativa decorre da redação constitucional, que é bastante clara ao consagrar a independência da responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e a possível responsabilidade penal, derivadas da mesma conduta, ao utilizar a fórmula "... sem prejuízo da ação penal cabível".⁴⁷

A responsabilidade civil do agente público que comete ato de improbidade administrativa, portanto, não importaria o afastamento de sua responsabilização na esfera criminal, conforme o caso. Da mesma forma, tampouco exclui a responsabilidade do sujeito ativo na esfera administrativa, com a conseqüente imputação das respectivas sanções.

Nesse sentido, colaciona-se o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que afirma a possibilidade de concomitâncias das diferentes instâncias mencionadas, lecionando que:

Não é demais repetir que os atos de improbidade descritos na lei constituem também ilícitos administrativos, passíveis de punição na esfera administrativa, e podem corresponder a crimes passíveis de punição na esfera criminal. Nessas hipóteses, ocorrerá a já assinalada concomitância de instâncias.⁴⁸

Outro problema pode ser verificado porquanto, parte da doutrina, sustenta que os arts. 9º, 10 e 11 e incisos da Lei n. 8.429/92 estabelecem rol taxativo das

⁴⁷ MORAES, 2002, p. 322.

⁴⁸ DI PIETRO, 2002, p. 688.

condutas ímprobas sujeitas a sanções, fundamentando tal entendimento no princípio da reserva legal, tutelado pelo art. 5º da Constituição Federal de 1988.⁴⁹

Mauro Roberto Gomes de Mattos, de outro lado, defende que por tratar-se, no caso, da **responsabilização civil** do agente público ímprobo, não haveria que se falar em rol taxativo das hipóteses tuteladas pelo ordenamento, sendo admitida a tipificação mais genérica da conduta ilícita. Expondo a questão dispõe o autor que:

A tipificação dos atos de improbidade administrativa, por serem de natureza civil, pode ser mais genérica e conceitual do que a exigida pelo direito penal, bastando, portanto, a fixação da conduta do agente público se constituir em enriquecimento ilícito pela auferição de vantagem patrimonial indevida em razão da função pública exercida, pois a base é o que vem contido no art. 37, 4º da CF.⁵⁰

Ratificam o entendimento ora exposto Moraes⁵¹, Pazzaglini Filho, Rosa e Fazzio Júnior⁵² e Santos⁵³.

Apresentadas essas informações iniciais, passamos ao estudo específico dos diferentes tipos caracterizadores da improbidade administrativa.

3.1 Dos atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º)

O art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa contempla doze hipóteses de cometimento de atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito.

A LIA considera como enriquecimento ilícito, conforme o *caput* do artigo ora analisado, a auferição de qualquer vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da referida lei.

⁴⁹ PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 35. *apud* MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei n.º 8.429/92*. 2. ed. América Jurídica, 2005. p.169.

⁵⁰ MATTOS, 2005, p. 169.

⁵¹ MORAES, 2002, p. 327-328.

⁵² PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1999, p. 60-61.

⁵³ SANTOS, 2002, p. 21.

Determina o art. 9º da L. n. 4.892/92, que trata dos atos que importam enriquecimento ilícito, *in verbis*:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei e notadamente:

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

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

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

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

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

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

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

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

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

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

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

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

Primeiramente, faz-se importante a percepção de que atenta contra o princípio da moralidade administrativa aquele que enriquece de maneira amoral, alcançando o locupletamento ilícito às custas do patrimônio público.⁵⁴

Conceituando os atos que importam enriquecimento ilícito, dissertam Alexandre Morais da Rosa e Affonso Ghizzo Neto:

Tem-se por enriquecimento ilícito administrativo sem justa causa todo o acréscimo de bens ao patrimônio do agente público, em detrimento do erário, sem que para isso tenha havido motivo determinante justificável. A vantagem patrimonial ilícita será identificada por todo o acréscimo econômico que seja somado indevidamente ao patrimônio do agente público ímprobo.⁵⁵

Dessa forma, toda a vantagem patrimonial verificada pelo agente mediante prejuízo ao erário, sem motivação justificável, caracterizaria o enriquecimento ilícito.

Explicitam os autores, ainda, conforme exposto, a possibilidade de determinação do *quantum* de vantagem ilícita auferida pelo agente ímprobo, aspecto importante na imputação da sanção de perdimento dos bens e valores acrescidos no patrimônio, definida no art. 6º da LIA para os casos de enriquecimento ilícito.

Retomando o problema exposto no item anterior, concernente à possibilidade de que a LIA apresente nos arts. 9º, 10 e 11 rol taxativo das hipóteses a serem sancionadas, anota-se que a expressão **notadamente** utilizada pelo legislador no *caput* do artigo 9º da LIA demonstraria que os incisos do referido artigo constituem rol meramente exemplificativo das condutas ímprobas que importam enriquecimento ilícito.⁵⁶

Além disso acrescenta Carlos Frederico Brito dos Santos, que o *caput* do art. 9º encontra-se redigido com tamanha clareza que dispensaria os exemplos apresentados por meio de seus incisos, aduzindo que:

⁵⁴ ROSA; GHIZZO NETO, 2001, p. 60.

⁵⁵ ROSA; GHIZZO NETO, 2001, p. 60.p. 60-61.

⁵⁶ MORAES, 2002, p. 327-328.

O *caput* está tão bem delimitado que não dá margem a qualquer insegurança jurídica, tornando, aliás, dispensáveis todas as hipóteses exemplificativas contidas no artigo, cuja existência explica-se tão-somente pelo objetivo do legislador de explicitar algumas condutas que entendeu mais gravosas, embora todas se encaixem como uma mão na luva do *caput*.⁵⁷

Ressalta Luiz Alberto Ferracini, também, que os atos contidos no art. 9º da lei em estudo que, genericamente, importam em enriquecimento ilícito, corresponderiam ao instituto da corrupção passiva no âmbito criminal, dos quais decorreriam a responsabilização criminal do agente ímprobo.⁵⁸

Emerson Garcia, por sua vez, afirma que, sob a ótica da improbidade administrativa, além do dolo, quatro são os elementos necessários para a caracterização do enriquecimento ilícito:

a) o enriquecimento do agente; b) que se trate de agente que ocupe cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades elencadas no art. 1º, ou mesmo o *extraneus* que concorra para a prática do ato ou dele se beneficia (arts. 3º e 6º); c) ausência de justa causa, devendo se tratar de vantagem indevida, sem qualquer correspondência com os subsídios ou vencimentos recebidos pelo agente público; d) relação de causalidade entre a vantagem indevida e o exercício do cargo, pois a lei não deixa margem a dúvidas ao falar em “vantagem patrimonial indevida *em razão* do exercício do cargo...”⁵⁹

Salienta-se que as condutas tipificadas pelo art. 9º poderiam ser cometidas, portanto, mediante ação ou omissão do agente ímprobo⁶⁰. Todavia, notadamente, para a caracterização do ato de improbidade administrativa deve ser verificada a existência de dolo do sujeito ativo para o cometimento da conduta ilícita.⁶¹

Pode-se concluir, ainda, que a LIA não exigiria que a vantagem auferida pelo agente ímprobo seja pecuniária ou, tampouco, que do ato ilícito decorra prejuízo patrimonial ao erário ou a qualquer das entidades previstas no art. 1º da norma em comento.⁶²

⁵⁷ SANTOS, 2002, p. 22.

⁵⁸ FERRACINI, 2001, p. 72.

⁵⁹ GARCIA; ALVES, 2004, p. 270.

⁶⁰ SANTOS, 2002, p. 22.

⁶¹ GARCIA; ALVES, 2004, p. 270; MORAES, 2002, p. 326; e MATTOS, 2005, p.170.

⁶² MORAES, 2002, p. 326 e SANTOS, 2002, p. 23.

No entanto, posicionamento doutrinário diverso afirma a impossibilidade de caracterização do ato ímprobo que importa enriquecimento ilícito, se inexistente qualquer vantagem patrimonial para o agente.

Nobre Júnior, dissertando acerca da questão, expõe que:

O qualificativo patrimonial, a meu sentir, impõe que se cuide de vantagem de cunho econômico. A natureza sancionadora do instituto da improbidade administrativa faz com que deva render-se homenagem ao princípio da tipicidade. Sendo assim, não se pode vislumbrar como ato de improbidade, nos termos do art. 9º da Lei 8.429/92, aquele do qual resultou vantagem não econômica. A própria noção de enriquecimento ilícito conduz a este remate.⁶³

A doutrina apresenta divergência, também, no que se trata da necessidade de verificação de nexos de causalidade entre o enriquecimento e o exercício de cargo, mandato, função ou emprego público.

Fábio Medina Osório, tentando definir a amplitude do conceito de enriquecimento ilícito trazido pela norma, afirma que a caracterização da conduta parte de uma inequívoca presunção do legislador, que determina que:

quem tem uma fonte de renda pública, exclusivamente esta, não pode ostentar evolução patrimonial incompatível, desproporcional, antagônica à realidade de seus rendimentos.⁶⁴

Dessa forma, os simples sinais exteriores de riqueza implicariam a presunção de que o agente público praticou atos que importam enriquecimento ilícito.

O referido autor justifica tal posicionamento no fato de que no direito administrativo são admitidas presunções no sentido de tutelar o interesse público, bem como na necessidade de que os agentes públicos mantenham uma evolução patrimonial compatível com os vencimentos percebidos em sua atividade e em suas declarações de bens.⁶⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também afirma a possibilidade de presunção da culpa para caracterização das hipóteses de cometimento de ato de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito.⁶⁶

⁶³ NOBRE JÚNIOR, p. 69.

⁶⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 186.

⁶⁵ OSÓRIO, 1998, p. 187-190.

⁶⁶ DI PIETRO, 2002, p. 689.

Diferentemente entendem Pazzaglini Filho, Rosa e Fazzio Júnior, afirmando a necessidade de comprovação do nexo causal entre a causa do enriquecimento e o exercício da atividade pública, nos termos do que dispõe o *caput* do art. 9º.⁶⁷

No mesmo sentido, dispõe Garcia, conforme ensinamento anteriormente colacionado⁶⁸ e Moraes⁶⁹.

Mattos também confirma tal, fundamentando a imperiosa comprovação do nexo de causalidade entre a ilicitude do enriquecimento e o exercício da função pública na necessidade de observância do princípio da presunção de inocência.⁷⁰

3.2 Dos atos que causam prejuízo ao erário (art. 10)

Os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário encontram-se elencados nos quinze incisos trazidos pelo art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, que prevê:

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

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

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

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

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art.

⁶⁷ PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1999, p. 62.

⁶⁸ GARCIA; ALVES, 2004, p. 270.

⁶⁹ MORAES, 2002, p. 326.

⁷⁰ MATTOS, 2005, p.171-172.

1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

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

Em um primeiro momento anota-se que os incisos XIV e XIV foram incluídos pela Lei nº 11.107/05 que, conforme determina seu preâmbulo, dispõe sobre as normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.

Dando continuidade à explanação, tem-se que, potencialmente, todo ato de improbidade administrativa, teria o condão de causar prejuízo ao erário, inclusive, aqueles previstos nos arts. 9º e 11 da Lei n. 8.429/92.

Em razão disso, Alexandre Morais da Rosa e Affonso Ghizzo Neto afirmam a impropriedade do termo “prejuízo ao erário” adotado pela Lei de Improbidade Administrativa, porquanto acreditam que o art. 10 da mencionada

norma trata exclusivamente da dilapidação do patrimônio público em benefício de terceiro não enquadrado na categoria de agente público, senão vejamos:

Corrigindo a impropriedade da Lei, as hipóteses previstas no art. 10 e incisos da LIA estabelecem os atos de improbidade administrativa que causam enriquecimento ilícito a terceiro irregularmente beneficiado, em detrimento do patrimônio público. O agente público não se beneficia pessoalmente, favorecendo outras pessoas estranhas à Administração Pública.⁷¹

Os referidos autores defendem ainda que não se faz necessária, para a tipificação da conduta prevista no artigo em comento, a demonstração efetiva do prejuízo sofrido pelo erário, que pode ser presumido, nos termos do art. 21, inciso I da LIA, que dispõe que a aplicação das sanções previstas na mencionada norma independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público.⁷²

Tal entendimento é ratificado por Figueiredo, ao afirmar que não haveria necessidade de perda patrimonial direta, frontal, pelo erário público para a caracterização da conduta típica.⁷³

De outro lado, aduz Carlos Frederico Brito dos Santos que a lesividade seria essencial à caracterização de qualquer ato previsto pelo art. 10 da Lei em estudo, havendo, portanto, a necessidade de comprovação do prejuízo ao erário para tipificação da conduta. Conseqüentemente, nesse caso, deveria ser o dano concreto e material.⁷⁴

O mencionado artigo seria, por conseguinte, exceção à regra disposta pelo art. 21, inciso I da LIA, conforme leciona o referido doutrinador, “por ser a inexistência da lesividade ou do dano concreto incompatível com o prejuízo ao erário, que tem dimensão material”.⁷⁵

No mesmo sentido, os ensinamentos de Mauro Roberto Gomes de Mattos⁷⁶, que consubstancia seu entendimento em julgado do Tribunal de Justiça de Goiás, conforme segue:

Improbidade administrativa. Não caracterização. O art. 10 da Lei nº 8.429/92 conceitua como ato de improbidade administrativa aquele que causa lesão ao erário, por ação dolosa ou culposa do agente.

⁷¹ ROSA; GHIZZO NETO, 2001, p. 70.

⁷² ROSA; GHIZZO NETO, 2001, p. 71

⁷³ FIGUEIREDO, 1995, p. 49.

⁷⁴ SANTOS, 2002, p. 26.

⁷⁵ SANTOS, 2002, p. 23.

⁷⁶ MATTOS, 2005, p.248.

Não se imputando ao recorrente qualquer ato lesivo ao patrimônio público, injustificável é o ajuizamento de ação de improbidade. Recurso provido.

(TJGO. AI 30992-2/180. 3ª Câmara Cível. Rel.: Des. Felipe Batista Cordeiro. DJ 01.10.2003).

E ainda, o entendimento de Alexandre de Moraes⁷⁷, bem como, o de Emerson Garcia que, por sua vez, afirma que:

[...] o disposto no art. 21, I, deve ser interpretado em harmonia com os demais preceitos da Lei de Improbidade, em especial o art. 10, já que para a subsunção de determinada conduta às figuras previstas neste dispositivo é imprescindível a ocorrência de dano ao patrimônio público o que, por evidente, não poderia ser dispensado por aquele.⁷⁸

Acrescenta Mauro Roberto Gomes de Mattos que o artigo em comento objetiva tutelar os danos financeiros causados ao Poder Público e que, por esta razão, utiliza-se o legislador do termo **erário**.

Dessa forma, não seriam típicas as condutas que importam prejuízo não financeiro ao patrimônio público. O mencionado doutrinador explicita a questão da seguinte forma:

Ao designar que o ato de improbidade administrativa deverá causar lesão ao erário, o legislador deixou bem claro que deverão ser coibidos prejuízos financeiros, não sendo cogitada, portanto, a lesão ao patrimônio público. Assim, ficam fora do caput do art. 10 os danos artísticos, históricos, ambientais, estéticos e qualquer outro que não sejam, como dito, financeiros.⁷⁹

Analisando o art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, a doutrina majoritária, tal como verificado no estudo do artigo anterior, afirma que seus incisos compreendem hipóteses meramente exemplificativas de atos ímprobos que causam lesão ao erário, havendo a possibilidade de tipificação de outras condutas que guardem congruência com aquelas descritas no artigo em estudo e seus incisos.

Nesse sentido, ressalta Marcelo Figueiredo, acerca dos incisos elencados nos arts. 9º e 10 da Lei de Improbidade Administrativa, que “as hipóteses procuram ser exaustivas, mas não são. Eis a razão do termo “notadamente”. Assim sendo, outras formas de lesão ou prejuízo ao erário também estão abarcadas na lei”.⁸⁰

⁷⁷ MORAES, 2002, p. 329.

⁷⁸ GARCIA; ALVES, 2004, p. 293.

⁷⁹ MATTOS, 2005, p.249.

⁸⁰ FIGUEIREDO, 1995, p. 49.

De acordo com a classificação de Alexandre de Moraes seriam, portanto, requisitos necessários a tipificação das condutas previstas no art. 10 da LIA: conduta dolosa ou culposa do agente; conduta ilícita; existência de lesão ao erário ou perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaramento ou dilapidação dos bens ou haveres; não-exigência de obtenção de vantagem patrimonial pelo agente; existência de nexo causal entre o exercício funcional e o prejuízo concreto gerado ao erário público (nexo de oficialidade).⁸¹

No entanto, a doutrina apresenta questionamento atinente à necessidade da existência de dolo do agente público para a caracterização das condutas delineadas pelo art. 10 da lei em comento.

Há de ser ressaltado, primeiramente, que o *caput* do mencionado artigo prevê a possibilidade de cometimento do ato de improbidade administrativa por qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa.

Destarte, os atos ímprobos que importam prejuízo ao erário, segundo interpretação literal da norma em estudo, seriam os únicos admissíveis em sua forma culposa.

Todavia, há grande discussão na doutrina no que concerne à admissibilidade da forma culposa de cometimento do ato ímprobo que causa dano ao erário, questão que compreende o cerne deste trabalho e que, por conseguinte, será analisada oportunamente, no capítulo 4 do estudo ora apresentado.

3.3 Dos atos que atentam contra os princípios da Administração Pública

Os princípios seriam normas pertinentes a um determinado ordenamento, que detêm maior proeminência que as demais, porquanto condicionam toda a interpretação do Direito daquele determinado Estado.⁸²

Com o intuito de regular as atividades exercidas pelo Poder Público, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, apresenta alguns dos princípios que devem, impreterivelmente, informar as atividades da Administração Pública, quais

⁸¹ MORAES, 2005, p. 328-329.

⁸² FIGUEIREDO, 1995, p. 59.

sejam, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Isso significa que toda a legislação atinente à regulamentação das atividades realizadas pela Administração Pública deve ser elaborada e cumprida com a observância dos referidos princípios.

E, ainda, deixa nítida a intenção do legislador constituinte de que o agente público atue sempre de forma ética, objetivando atender, da melhor forma possível, o interesse público.

No entanto, há de se ressaltar que os doutrinadores em geral afirmam que os princípios norteadores da atividade administrativa podem, ainda que não explicitados pelo Poder Constituinte, encontrar-se implícitos no ordenamento jurídico.⁸³

Celso Antônio Bandeira de Mello, nesse sentido, ressalta que

O art. 37, caput, reportou de modo expresso à Administração Pública (direta e indireta) apenas cinco princípios: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (este último acrescentado pela EC 19/98). Fácil é ver-se, entretanto, que inúmeros outros merecem igualmente consagração constitucional: uns por constarem expressamente na Lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37, caput; outros, por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como conseqüências irrefragáveis dos aludidos princípios; outros, finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo.⁸⁴

Dessa forma, a atuação do agente público deve observância, também, aos demais princípios que constituem o ordenamento jurídico pátrio, além daqueles elencados no art. 37 da Constituição Federal.

Dentre os princípios não contemplados no já mencionado art. 37 da Carta Magna destacam-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; o princípio da motivação; o princípio da finalidade e o princípio da razoabilidade, entre outros.⁸⁵

⁸³ FIGUEIREDO, 1995, p. 59.

⁸⁴ MELLO, 2005, p. 86.

⁸⁵ FIGUEIREDO, 1995, p. 59.

Objetivando tutelar os princípios norteadores da conduta do agente público, define a Lei nº 8.429/92, no art. 11 e incisos, os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Dispõe a lei em estudo, *in verbis*, que:

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.

O artigo em comento refere-se expressamente à necessidade de observância dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade das instituições.

Pazzaglini Filho, Rosa e Fazzio Júnior, todavia, criticam a redação do art. 11, *caput*, afirmando que a honestidade, imparcialidade e lealdade seriam atributos humanos que decorrem dos princípios da Administração Pública, mas que não seriam princípios, em si.

Salientam ainda, os referidos autores, que:

A lei teria feito melhor e de forma mais coerente se, pura e simplesmente, aludisse aos princípios elencados em seu art. 4º, que como não poderia deixar de ser, são os pronunciados na fala constitucional (art. 37, *caput*).⁸⁶

De outro lado, Alexandre de Moraes acentua que a lei, em verdade, não tutela somente os princípios da Administração elencados no art. 37, mas sim a generalidade dos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial os princípios da legalidade; impessoalidade; moralidade; publicidade; eficiência;

⁸⁶ PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1999, p. 124.

supremacia do interesse público; razoabilidade e proporcionalidade; presunção de legitimidade e de veracidade; especialidade; controle administrativo ou tutela; autotutela administrativa; hierarquia; motivação; continuidade do serviço público.⁸⁷

Outra crítica encontrada na doutrina concerne justamente ao caráter aberto da norma, tendo em vista a severidade das sanções impostas ao agente que infrinja o art. 11 e a imprecisão dos conceitos aludidos no mencionado artigo.

Em razão disso, Mauro Roberto Gomes de Mattos expressa sua preocupação no que concerne à necessidade de comprovação da existência da má-fé do agente público para caracterização do ato ímprobo delineado pelo art. 11 da LIA:

Apesar de serem objeto de inserção no caput do art. 11, dado o caráter bem aberto da norma, como dito alhures, não podem ser enquadrados como ímprobos os atos omissivos ou comissivos que firam a legalidade ou imparcialidade, caracterizando-se em meras ilegalidades.

A má-fé, caracterizada pelo dolo, comprometedor dos princípios éticos e morais, com abalo às instituições, é que deve ser penalizada, abstraindo-se meros pecados veniais, suscetíveis de correção administrativa.⁸⁸

O mencionado doutrinador explica, ainda, que tal posicionamento decorre da necessidade de assegurar-se a estabilidade das relações entre Poder Público e particulares.

Isso porque, bem se sabe que o ato nulo que não acarreta prejuízo ao Estado pode não vir a ter sua nulidade declarada, em nome da segurança jurídica, como também as irregularidades formais não decorrentes da má-fé dos agentes, que, por conseguinte, não configuram ato de improbidade administrativa.⁸⁹

Acrescenta o doutrinador que a “boa-fé e a falta de prejuízo para a Administração Pública, mesmo que haja vício de legalidade, autorizam a sanatória do ato tido como irregular”.⁹⁰ Dessa forma, em observância ao princípio da proporcionalidade, a tipificação da conduta nos termos do art. 11 da LIA deveria ser moderadamente analisada.

⁸⁷ MORAES, 2002, p. 330-331.

⁸⁸ MATTOS, 2005, p.383.

⁸⁹ MATTOS, 2005, p.386.

⁹⁰ MATTOS, 2005, p.386.

Gina Copola, no mesmo sentido, ressalta a má redação do artigo em comento:

O art. 11, em específico, e que foi redigido em péssima técnica, mistura conceitos básicos ao igualar atributos humanos da lealdade, da imparcialidade e da honestidade, ao princípio constitucional da legalidade. Além disso, tal dispositivo legal tem caráter aberto, dando margem a interpretações, conclusões e aplicações equivocadas da norma.⁹¹

Por fim, Alexandre de Moraes elenca os requisitos necessários à tipificação de uma determinada conduta no art. 11 da Lei n. 8.429/92, como sendo: a conduta dolosa do agente; conduta comissiva ou omissiva ilícita que, em regra, não gere enriquecimento ilícito ou cause lesão ao patrimônio público; violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições; atentado contra os princípios da Administração; existência de oficialidade.⁹²

Todavia, outra divergência encontrada atine ao segundo requisito trazido pelo mencionado doutrinador, que trata da impossibilidade de enquadramento de uma mesma conduta em mais de uma hipótese de ato ímprobo prevista na Lei de Improbidade Administrativa.

Confirmam o referido entendimento, Pazzaglini Filho, Rosa e Fazzio Júnior, aduzindo que:

O art. 11 da Lei Federal nº 8.429/92 funciona como regra de reserva, para os casos de improbidade administrativa que não acarretam lesão ao erário nem importam enriquecimento ilícito do agente público que a pratica. Compreende-se que assim seja, visto que o bem jurídico tutelado pelo diploma em questão é a probidade administrativa, objetivo revelado no art. 21, quando aventa a possibilidade de se caracterizar o ato de improbidade, ainda que sem a ocorrência de efetivo prejuízo.⁹³

Dessa forma entendem os mencionados autores, que a intenção do legislador na criação da figura típica do ato de improbidade administrativa que afronte os princípios da Administração Pública seria justamente a possibilidade de

⁹¹ COPOLA, GINA. Improbidade administrativa - O elemento subjetivo do dolo - As modalidades de ato de improbidade administrativa previstas no artigo 11 da lei de improbidade administrativa. *Revista Zênite*. Curitiba, v. 60.

⁹² MORAES, 2002, p. 330-331.

⁹³ PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1999, p. 124-125.

responsabilizar-se o agente público que atenta contra os referidos princípios, ainda que não aufera enriquecimento ilícito ou tampouco cause prejuízo ao erário.

De outro lado, Maria Sylvia Zanella afirma a possibilidade de um mesmo ato enquadrar-se, simultaneamente em até três das hipóteses de improbidade administrativas previstas na lei.⁹⁴

Exemplificando a questão aduz que “a omissão ou retardamento na prática de ato que deveria ser praticado de ofício, prevista no inciso II, do artigo 11, pode causar prejuízo ao erário, incidindo no art. 10, e o enriquecimento ilícito no exercício do cargo, incidindo também na regra do art. 9º”.⁹⁵

⁹⁴ DI PIETRO, 2002, p. 688

⁹⁵ DI PIETRO, 2002, p. 688

4 DA ADMISSIBILIDADE DO COMETIMENTO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PREVISTOS NO ART. 10 DA LEI N. 8.429/92 NA MODALIDADE CULPOSA

4.1 Da responsabilização civil do agente ímprobo

A Lei de Improbidade Administrativa apresenta diversas hipóteses de cometimento de atos de improbidade administrativa, estabelecendo ao agente ímprobo, de acordo com a conduta praticada, determinadas sanções.

Tais penalidades encontram-se elencadas no art. 12 da LIA, sendo caracterizadas como: perda dos valores ou bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio; multa civil 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.

Além dessas sanções, o art. 5º da lei em comento prevê o integral ressarcimento do dano, em caso de lesão ao patrimônio público decorrente de ação ou omissão dolosa ou culposa, do agente público ou de terceiro beneficiado. O art. 6º da LIA, no mesmo sentido, determina que, havendo enriquecimento ilícito, o agente e o terceiro devem perder os bens e valores ilicitamente acrescidos ao seu patrimônio.

Dessa forma, resta nítido que, tal como também demonstrado anteriormente (Capítulo 3), a Lei nº 8.429/92 fica adstrita à responsabilização civil do agente público ímprobo.

No mesmo sentido, o entendimento de Emerson Garcia⁹⁶ e de Fábio Medina Osório, que acerca do assunto, disserta:

Imperioso concluir, assim, pela inexistência de caráter criminal das sanções previstas no art. 12, incisos I, II e III, da Lei número 8.429/92, pois nenhuma de tais sanções seria passível de aplicação exclusivamente pela via do direito penal, visto como não há semelhante limitação ao legislador no âmbito constitucional e

⁹⁶ GARCIA, Emerson. A improbidade administrativa e sua sistematização. *Revista Zênite*. Curitiba, v. 54. p. 498.

tampouco seria adequado estabelecer, sem lei expressa, caráter criminal a condutas tão amplamente descritas pelo legislador.⁹⁷

Ratifica-se, no entanto, que nada obsta a possibilidade de que, por uma mesma conduta, o sujeito ativo tenha reconhecida, de forma concomitante, sua responsabilidade no âmbito administrativo ou criminal, sendo-lhe imputadas, conforme o caso, as respectivas sanções.⁹⁸

Demonstrado o caráter civil da responsabilização do agente público que comete o ato de improbidade administrativa, para melhor elucidar a questão atinente à possibilidade de cometimento do ato ímprobo mediante negligência, passamos a realização de um breve estudo referente à responsabilidade civil, em si, mormente no que concerne à diferenciação entre dolo e culpa, de grande relevância para o presente estudo.

4.1.2 Das definições de dolo e culpa

Muito embora a responsabilidade civil não implique, necessariamente, a existência de culpa do agente, tendo em vista a existência de institutos como a responsabilidade objetiva ou a responsabilidade pelo risco da atividade exercida, pode-se afirmar que a responsabilidade civil que advém de um ato ilícito deve sempre ser subjetivamente analisada, tendo como um de seus elementos essenciais a culpa *lato sensu*.⁹⁹

Nesse sentido, disserta Arnaldo Rizzardo:

[...] Não se pode falar em ato ilícito sem a culpa, ou defender que se manifesta pela mera violação à lei. Acontece que o elemento subjetivo já existe com a infringência da lei, que desencadeia a responsabilidade se traz efeitos patrimoniais ou pessoais de fundo econômico.¹⁰⁰

E, também, o ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves, ressaltando que o artigo 186 do Código Civil exige que a obrigação de indenizar decorra da atuação

⁹⁷ OSÓRIO, 1998. p.218-219.

⁹⁸ Cf. MORAES, 2002, p. 322 e DI PIETRO, p. 688.

⁹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 5.

¹⁰⁰ RIZZARDO, 2006, p. 5.

culposa do agente, que age ou se omite intencionalmente ou, ao menos, com negligência ou imperícia.¹⁰¹

A culpa em sentido amplo, segundo Sergio Cavaliere Filho, seria aquela que compreende a vontade do indivíduo, ou o impulso causal de toda a conduta humana, sem confundir-se, no entanto com a intenção do agente, em si, ou seja, o dolo.¹⁰²

Dessa forma, conceitua o doutrinador a culpa *lato sensu*, mediante a explanação atinente à conduta voluntária do indivíduo, como segue:

[...] Conduta voluntária é sinônimo de conduta dominável pela vontade, mas não necessariamente por ela dominada ou controlada, o que importa dizer que nem sempre o resultado será querido. Para haver vontade basta que exista um mínimo de participação subjetiva, uma manifestação do querer suficiente para afastar um resultado puramente mecânico.¹⁰³

A culpa genérica seria, portanto, a vontade, ainda que indireta, mínima, que enseja o cometimento do ato ilícito, é noção que abrange as definições de dolo, bem como da culpa *stricto sensu*.

Explicando a mencionada classificação, disserta Rui Stoco:

A culpa, genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nesta figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na ilicitude, e o subjetivo, do mau procedimento imputável. A conduta reprovável, por sua parte, compreende duas projeções: o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura a culpa no sentido amplo; e a simples negligência (*negligentia, imprudentia, ignavia*) em relação ao direito alheio, que vem ser a culpa no sentido restrito e rigorosamente técnico.¹⁰⁴

Dessa forma, o dolo compreenderia a vontade direcionada à prática do ato ilícito, a intenção deliberada de causar prejuízo a outrem, ou seja, o conhecimento da incorreção da conduta almejada e o propósito de praticá-la.

Todavia, mesmo quando inexistente a intenção de cometimento do ilícito, seria possível o reconhecimento da responsabilidade subjetiva do agente, caso

¹⁰¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 490.

¹⁰² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 28.

¹⁰³ CAVALIERI FILHO, 2004, p. 28.

¹⁰⁴ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 96.

tenha o mesmo atuado mediante negligência, imprudência ou imperícia, que constituem, por sua vez, a culpa *stricto sensu*.

Bem exemplifica a questão Carlos Roberto Gonçalves:

Se a atuação desastrosa do agente é deliberadamente procurada, voluntariamente alcançada, diz-se que houve culpa *lato sensu* (dolo). Se, entretanto, o prejuízo da vítima é decorrência de comportamento negligente e imprudente do autor do dano, diz-se que houve culpa *stricto sensu*.¹⁰⁵

Apresentando breve diferenciação atinente aos diversos institutos que constituem a culpa em sentido estrito, Sergio Cavalieri Filho, afirma que

A imprudência é falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. [...] Negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. [...] A imperícia, por sua vez, decorre da falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, em regra maior cuidado ou cautela do agente.

Arnaldo Rizzardo acentua, de outro lado, que as noções de negligência imprudência e imperícia podem ser confundidas, sem que, entretanto, tal diferenciação seja essencial para a responsabilização daquele que comete um ato ilícito.¹⁰⁶

Para caracterização da responsabilidade, seria necessária a simples verificação da existência da culpa, em si, entendida como a “inobservância das disposições regulamentares, das regras comuns seguidas na praxe e que orientam a ordem e a disciplina impostas pelas circunstâncias”.¹⁰⁷

A doutrina apresenta ainda, diversas classificações para a culpa, sendo estas, entretanto, pouco relevantes para o presente estudo.

4.2 Da admissibilidade da modalidade culposa nas hipóteses de atos de improbidade administrativa previstas no art. 10 da LIA

Passa-se, portanto, a análise do elemento subjetivo das condutas ilícitas previstas no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, que trata das hipóteses de

¹⁰⁵ GONÇALVES, 2005, p. 490.

¹⁰⁶ RIZZARDO, 2006, p. 4.

¹⁰⁷ RIZZARDO, 2006, p. 4.

cometimento de ato ímprobo que causam prejuízo ao erário e que, expressamente, prevê a admissibilidade da modalidade culposa da conduta.

Muito se discute acerca da necessidade de comprovação da vontade do agente para a prática dos mencionados atos de improbidade, ou seja, se haveria a necessidade de comprovação do dolo para a caracterização da conduta tipificada pelo art. 10 da LIA, tendo em vista que tal entendimento contrapõe-se à interpretação literal da norma.

As críticas doutrinárias concernentes à aceitação da simples culpa para a tipificação da conduta ilícita têm fulcro, em grande parte, na severidade das sanções impostas pela Lei n. 8.419/92 ao agente e ao terceiro que cometem ato ímprobo, anteriormente especificadas.

Como demonstrado, alguns autores defendem em seus estudos a possibilidade de cometimento do ato de improbidade que causa prejuízo ao erário na modalidade culposa, tais como Alexandre de Moraes ¹⁰⁸.

Marcelo Figueiredo apresenta entendimento semelhante e refletindo sobre a possibilidade do reconhecimento da conduta ímproba culposa, nos termos do art. 10 da LIA, o doutrinador afirma que nem mesmo a perda patrimonial deveria ser direta para a caracterização da conduta ilegal.¹⁰⁹

Exemplificando a questão, dispõe o referido doutrinador:

Pode ocorrer que, por omissão, o agente, “v.g.”, ocasione “malbaratamento” dos haveres públicos, fruto de gestão ruinosa, agindo culposamente. Exatamente por isso é necessária a análise global do fato, e sua adequada punição, tendo sempre em mente a proporcionalidade das previsões e suas conseqüências.¹¹⁰

Dessa forma admitir-se-ia a caracterização do ato de improbidade por omissão culposa do agente. No entanto, ressalta o doutrinador a necessidade de gradação das penas, para que a sanção imposta àquele que comete a conduta culposamente não seja tão grave quanto àquela a que se sujeita quem comete a conduta ilícita dolosamente.

Pazzaglini Filho, Rosa e Fazzio Júnior concordam com tal posicionamento e também demonstram sua preocupação no que concerne à necessária ponderação

¹⁰⁸ MORAES, 2002, p. 328.

¹⁰⁹ FIGUEIREDO, 1995, p. 49.

do julgador na fixação da sanção imposta ao agente público que, ainda que culposamente, causa prejuízo à Administração Pública em razão do cometimento de ato ilícito.¹¹¹

Os mencionados autores, inclusive, apresentam diferenciação atinente às diversas modalidades culposas de cometimento de ato de improbidade administrativa, que poderia se dar por meio de imprudência ou negligência. Explicam a questão conforme segue:

Agente público imprudente é o que age sem calcular as conseqüências, previsíveis para o erário, do ato que pratica. Negligente é o que se omite no dever de acautelar o patrimônio público. Tanto um como outro descumprem dever elementar imposto a todo e qualquer agente público, qual seja, o de zelar pela integridade patrimonial do ente ao qual presta serviços, à medida que trata-se de patrimônio que, não sendo seu, a todos interessa e pertence.¹¹²

Luiz Alberto Ferracini também admite a forma culposa da conduta tipificada pelo art. 10 da LIA, conceituando a culpa, nesse caso, como a falta de cuidado objetivo do agente público no exercício de sua atividade.¹¹³

Acentua, no entanto, a possibilidade de afastamento da culpabilidade do agente, quando verificado que o mesmo atuou de forma diligente, bem como diante da imprevisibilidade do resultado. Em suas palavras:

[...] a observância do dever de diligência necessária e a imprevisibilidade objetiva excluem a tipicidade do fato. A imprevisibilidade pessoal exclui a culpabilidade. Assim sendo, sendo incidido ao agente público a imprevisibilidade dos elementos acima, o fato será atípico.¹¹⁴

Também defende a admissibilidade da modalidade culposa de cometimento de ato ímprobo inscrito no art. 10 da Lei n. 8.429/92, Mauro Roberto Gomes de Mattos, afirmando que se encontra tipificada a conduta ilícita de agente público que agiu com dolo ou culpa, acarretando lesão ao erário.

Explica o referido doutrinador que a conduta culposa seria aquela que

[...] não exige apenas uma vontade livre e consciente em realizar quaisquer condutas descritas, responsabilizando-se também aquele

¹¹⁰ FIGUEIREDO, 1995, p. 49.

¹¹¹ PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1999, p. 78

¹¹² PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1999, p. 78

¹¹³ FERRACINI, 2001, p. 86.

¹¹⁴ FERRACINI, 2001, p. 86.

que viola a prudência, tornando-se imprudente e negligente com a coisa pública, lesando, via de consequência, o erário público.¹¹⁵

Corroboram tal entendimento Emerson Garcia¹¹⁶ e Maria Goretti Dal Bosco¹¹⁷.

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, adota posicionamento intermediário, afirmando que havendo, ao menos, culpa gravíssima seria possível a responsabilização do agente. Disserta sobre o tema da seguinte maneira:

Nem sempre um ato ilegal será um ato ímprobo. Um agente público incompetente, atabalhado ou negligente não é necessariamente um corrupto ou desonesto. O ato ilegal, para ser caracterizado como ato de improbidade há de ser doloso ou, pelo menos, de culpa gravíssima.¹¹⁸

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, também afirma a inadmissibilidade da responsabilização objetiva do agente público no sistema jurídico brasileiro, a menos que a mesma encontre-se expressamente prevista no ordenamento.¹¹⁹

Todavia, afastada a possibilidade de responsabilização objetiva do agente público sem previsão da normatização vigente, entende-se que a discussão ora apresentada deve ater-se à necessidade ou não de comprovação do dolo do agente ou de terceiro beneficiado para o cometimento dos atos ímprobos previstos no art. 10 da LIA.

Retomando o mencionado problema, Di Pietro defende que somente quando se trata das hipóteses de cometimento de atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), a culpa poderia ser presumida, admitindo-se, portanto, prova em contrário. Nas hipóteses previstas pelo art. 10, portanto, não haveria que se falar em culpa *stricto sensu* do agente.

Aliás, a referida autora acredita, em verdade, que houve incorreção do legislador no que tange à redação do artigo em estudo, porquanto inexistiria razão para a diferenciação imposta relativamente aos demais artigos que prevêm as

¹¹⁵ MATTOS, 2005, p. 248.

¹¹⁶ GARCIA, 2004, p. 278.

¹¹⁷ DAL BOSCO, Maria Goretti. *Responsabilidade do agente público por ato de improbidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 134.

¹¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 210-211.

¹¹⁹ DI PIETRO, 2002, p. 689.

hipóteses caracterizadoras da improbidade administrativa (art. 9º e 11), senão vejamos:

Dos três dispositivos que definem os atos de improbidade, somente o artigo 10 fala em ação ou omissão, dolosa ou culposa. E a mesma idéia de que, nos atos de improbidade causadores de prejuízo ao erário, exige-se dolo ou culpa, repete-se no art. 5º da lei. É difícil dizer se foi intencional essa exigência de dolo ou culpa apenas com relação a esse tipo de improbidade, ou se foi falha do legislador, como tantas outras presentes na lei. A probabilidade de falha é a hipótese mais provável, porque não há razão que justifique essa diversidade de tratamento.¹²⁰

Pedro Paulo de Rezende Porto Filho também admite a necessidade da comprovação da intenção do agente para a caracterização do ato ímprobo, pois entende que somente seria ímproba a conduta que atenta contra o princípio da moralidade administrativa.

Ressalta ainda o mencionado autor que, conseqüentemente, o reconhecimento da ilegalidade de um ato não pode implicar, automaticamente, a existência de um ato de improbidade, e que tampouco, pode ser presumida a vontade deliberada do agente de fraudar a norma.¹²¹

Concluindo, disserta ainda que:

Para que um ato possa ser considerado como ímprobo, deve contrariar o ordenamento jurídico em condição especial; deve ofender a moralidade administrativa. Por isso, a prática do ato expõe o agente às pesadas sanções definidas na própria Constituição – suspensão de direitos políticos; perda de função pública; indisponibilidade de bens; obrigatoriedade de ressarcimento do dano causado aos cofres públicos, sem prejuízo das sanções cabíveis.¹²²

Corroborando tal posicionamento Gina Copola, aduzindo a necessidade de comprovação da má-fé do agente público ou do terceiro para a caracterização do ato ímprobo. Explana a questão, afirmando que:

Com todo o efeito, a Lei não pretende punir o administrador que age com descuido, mas, sim, aquele que age com má-fé, com a intenção de ser desleal, desonesto, ignóbil.

A única ilação que se pode retirar até aqui, portanto, é no sentido de que é absolutamente imperiosa a existência do dolo para a

¹²⁰ DI PIETRO, 2002, p. 689.

¹²¹ PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. Improbidade administrativa: requisitos para tipicidade. *Interesse Público*. São Paulo, v. 11. p. 82/85.

¹²² PORTO FILHO, p. 82.

configuração de ato de improbidade administrativa, nos termos regidos pela Lei federal nº 8.429/92.¹²³

Edílson Pereria Nobre Júnior, por sua vez, fulcrado no entendimento de que a improbidade administrativa seria um ato de imoralidade qualificado, também defende a necessidade de verificação do dolo do agente para cometimento dos atos previstos no art. 10 da LIA, da seguinte maneira:

Posicionando-me diante da quizila, não posso olvidar o conceito de improbidade, retratado por imoralidade administrativa qualificada, onde indissociável a presença da desonestidade. Por esta razão, é imprescindível a vontade deliberada de malferir a ordem jurídica, ou seja, o dolo. A culpa grave não bastaria.¹²⁴

Bem como, Érico Andrade, que aduz, *in verbis*:

[...] não se pode prescindir dos elementos de desonestidade e dano ao erário na apuração da efetiva existência da improbidade, sob pena de se entender qualquer irregularidade ou ilegalidade como ato de improbidade administrativa, a atrair as gravíssimas sanções estatuídas no art. 12 da Lei 8.429/92.¹²⁵

A preocupação do mencionado doutrinador, conforme exposto, seria que a interpretação literal do art. 10 da LIA pudesse resultar na condenação do agente público que comete qualquer irregularidade ou ilegalidade sem vontade deliberada para tanto.

Ressalta-se, portanto, a verificação de que a admissibilidade da modalidade culposa para o cometimento do ato de improbidade administrativa que importa lesão ao erário encontrou, no presente estudo, íntima relação com definição de improbidade aceita pelo doutrinador, analisada no item 2.2.

Isso porque compreendendo-se a improbidade como desonestidade, mister se faz a necessidade de comprovação da má-fé do agente na sua atuação para o cometimento do ato ímprobo. Nesse caso, não seria admitida a conduta culposa para a tipificação da conduta, nos termos do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa e conforme o entendimento.

No que concerne à jurisprudência atinente ao tema em questão, o Superior Tribunal de Justiça – STJ também tem demonstrado sua preocupação no

¹²³ COPOLA, GINA. P. 1082

¹²⁴ NOBRE JÚNIOR, 2004, p. 72.

¹²⁵ ANDRADE, Érico. O controle judicial da responsabilidade fiscal: ação civil pública de improbidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 232.

que se refere à intenção do legislador na elaboração da Lei n. 8.429/92, afastando a possibilidade de imputar-se sanção ao administrador que, embora inábil, não seja desonesto.

Consta da ementa de julgamento do Recurso Especial n. 213.994/MG da mencionada Corte:

ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE DE PREFEITO - CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92.

A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil.

Recurso improvido.¹²⁶

O Tribunal de Justiça do Paraná também afirma a necessidade de demonstração do dolo do agente público para a caracterização do ato de improbidade administrativa:

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA ATENDIMENTO DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO - AGENTES DE COMBATE À DENGUE - CONVÊNIO ENTRE O MUNICÍPIO E A UNIÃO - PREVISÃO LEGAL GENÉRICA - URGÊNCIA - AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO - EXCEÇÃO DO ART. 37, IX DA CF E DO ART. 27, IX, A DA CE - ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA - ATO DE IMPROBIDADE NÃO DEMONSTRADO - DESPROVIMENTO - SENTENÇA CONFIRMADA. Ao atribuir à lei ordinária a função de regular o regime de contratação temporária para atender excepcional interesse público, possibilitou a Constituição Federal ao legislador excepcionar a exigência de concurso, de acordo com a urgência e a necessidade do serviço público. Para a condenação do agente administrativo nas sanções da Lei n.º 8429/92, deve ser demonstrado o prejuízo ao erário ou o dolo do servidor.¹²⁷

Ressalta-se por fim, o dissenso existente na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, denotando a complexidade do tema objeto do presente estudo.

De um lado, apresenta-se a necessidade de comprovação da má-fé do agente público para a imputação das sanções previstas na LIA, conforme o seguinte julgado:

¹²⁶ STJ. REsp. n. 213.994/MG. Rel. Min.. Garcia Vieira, DJU 27.09.1999.

¹²⁷ TJPR. AC 0341798-7, Rel. J. Vidal Coelho, j. em 05.09.2006.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PREJUÍZO AO ERÁRIO - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE LESIVIDADE E MÁ-FÉ. Nos termos da Lei n. 8.429/92, serão considerados atos de improbidade administrativa aqueles que causarem prejuízo ao erário (art. 10), enriquecimento ilícito dos infratores (art. 9º) ou afrontarem os princípios que regem a Administração Pública (art. 11). Para o reconhecimento da responsabilidade do agente público nos termos do art. 10, há necessidade de demonstração de conduta desonesta, que cause efetiva lesão patrimonial aos cofres públicos. Incabível atribuir ao recorrido conduta lesiva ao erário e a conseqüente aplicação das sanções correspondentes, porquanto não demonstrado o percebimento de qualquer vantagem, nem tampouco a má-fé em sua conduta.¹²⁸

De outro, afirma-se o reconhecimento de ato de improbidade administrativa cometido pelo agente público na forma culposa, se atuou sem a diligência que dele era esperada no exercício da função pública:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LICITAÇÃO - AQUISIÇÃO DE BEM POR VALOR SUPERIOR AO DE MERCADO - PREJUÍZO AO ERÁRIO - ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CARACTERIZADO - OBRIGAÇÃO DE RESTITUIR Comprovado que a Administração adquiriu o bem por valor expressivamente superior ao de mercado, resta configurado o ato de improbidade administrativa, devendo os agentes públicos que intervieram no ato ou dele se beneficiaram, dolosa ou culposamente, responder pela reparação dos danos causados ao erário.¹²⁹

¹²⁸ TJSC. AC 2004.032322-3, Rel. Des. Volnei Ivo Carlin, j. em 18.08.2005.

¹²⁹ TJSC. AC 2003.005661-0, Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 16.02.2003.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A corrupção é problema que há muito permeia as diversas sociedades em todos os tempos. Ainda hoje, vê-se presente na Administração Pública de diversos países, em especial, daqueles em desenvolvimento.

Sem dúvida, a confusão entre o interesse público e os interesses particulares do agente público é aspecto que em muito dificulta as aspirações de busca pelo bem maior, o bem comum.

Mais particularmente no Brasil, acredita-se que o fenômeno da corrupção teve origem nos vícios da colonização do país, época em que o objetivo primeiro dos colonizadores era o enriquecimento, independentemente de ética ou moral, ou tampouco, de qualquer preocupação com o bem-estar coletivo ou com a eficiência no trato com o patrimônio público.

Ainda que se saiba que a solução para o problema depende também de uma reprovação social atinente à conduta ímproba dos agentes públicos, importante a verificação de que há muito a legislação pátria demonstra preocupação com os atos que ferem a probidade administrativa.

No entanto, teria sido a Constituição Federal de 1998 que utilizou pela primeira vez o termo **improbidade administrativa**, inclusive imputando sanções mais severas aos atos de improbidade administrativa, quais sejam: a suspensão dos direitos políticos; a perda da função pública; a indisponibilidade dos bens; e o ressarcimento ao erário (art. 37, § 4º).

Com a intenção de regulamentar as disposições constitucionais atinentes à tutela do patrimônio público, bem como, à observância dos princípios norteadores da Administração Pública, fez-se necessária a edição da Lei n. 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

A mencionada norma definiu de forma ampla os sujeitos ativos e passivos da conduta ímproba, com a intenção clara de sancionar todos aqueles que, de alguma forma, impingem prejuízo à Administração Pública.

Nesse sentido, define o art. 1º da LIA que pode ser sujeito passivo das condutas nela tipificadas: a) a Administração direta e indireta e fundacional da

União, Estados, Municípios e Distrito Federal; b) a empresa incorporada ao patrimônio público; c) a entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; ou d) entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como aquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Da mesma forma, a Lei n. 8.429/92 estabelece, nos arts. 2º e 3º, que pode ser caracterizado como sujeito ativo do ato de improbidade administrativa, em termos gerais, qualquer agente público, servidor ou não, que exerça mandato, cargo ou função pública em qualquer das entidades relacionadas no art. 1º da norma em comento (art. 2º); bem como, o terceiro que, de qualquer maneira, concorra para o cometimento do ato ímprobo ou dele se beneficie (art. 3º).

As condutas que caracterizam atos de improbidade, por sua vez, encontram-se classificadas na Lei de Improbidade Administrativa da seguinte maneira: atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); atos que importam prejuízo ao erário (art. 10); e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Anota-se que a doutrina tem admitido que o rol das hipóteses de atos ímprobos elencadas nos mencionados artigos é meramente exemplificativo, admitindo a tipificação genérica adotada pela LIA, em grande parte, porquanto as sanções dela decorrentes, estabelecidas no art. 12, atêm-se à responsabilização civil daquele que comete a conduta ilícita.

O presente trabalho objetivou analisar, especificamente, a necessidade de verificação do dolo do agente para a caracterização dos atos de improbidade administrativa que importam prejuízo ao erário, descritos no art. 10 da LIA.

Isso, porque o referido artigo expressamente prevê a admissibilidade da modalidade culposa da conduta, diferentemente do que ocorre com as hipóteses de atos ímprobos delineadas nos arts. 9º e 11 da Lei ora analisada. No entanto, grandemente discute-se a questão em sede doutrinária.

Primeiramente, tem-se a diferenciação estabelecida entre dolo e culpa. Ressalta-se que a culpa, em sentido amplo, abrangeria tanto o dolo quanto a culpa

em sentido estrito, caracterizando-se, portanto como a vontade humana da qual decorre a conduta do agente, que pode ser intencionalmente voltada a determinado resultado, ou pode ser mínima, ensejando o cometimento do ato, mas não desejando o resultado obtido.

O dolo, por sua vez, seria justamente a intenção deliberada para o cometimento do ato ilícito. Já a culpa *stricto sensu*, compreenderia a negligência imprudência e imperícia e poderia ser conceituada como a falta de cuidado ou a inobservância das regras que disciplinam a vida do homem comum.

Assim sendo, o art. 10 da LIA, prevendo a modalidade culposa do ato de improbidade que importa prejuízo ao erário, possibilitaria a imputação de sanção àquele agente que, mediante sua conduta, causou dano ao erário, muito embora não fosse tal sua intenção direta.

Parte da doutrina admite a possibilidade de cometimento dos atos de improbidade previstos no art. 10 da LIA na modalidade culposa, defendendo que deve atuar com zelo aquele que é responsável pela gestão do bem público.

Portanto, sendo o resultado danoso previsível, poderia o agente público, que atua sem o necessário cuidado, ser responsabilizado. Nesse sentido, encontram-se os ensinamentos de Alexandre de Moraes, Marcelo Figueiredo, Pazzaglini Filho, Rosa e Fazzio Júnior, Luiz Alberto Ferracini e Mauro Roberto Gomes de Mattos, dentre outros.

Ressaltam os doutrinadores, no entanto, sua preocupação no que concerne à necessidade de observância do princípio da proporcionalidade para a gradação da pena do agente público que, culposamente, comete uma das condutas previstas pelo art. 10 da LIA.

Hely Lopes Meirelles defende posicionamento intermediário, aduzindo que, sendo comprovada a culpa gravíssima do agente que pratica conduta tipificada na LIA, poderia o mesmo ser responsabilizado pelo prejuízo causado à Administração Pública.

De outro lado, tem-se o entendimento de que seria incongruente a previsão da admissibilidade da conduta culposa somente nos casos previstos pelo art. 10 da Lei n. 8.429/92, havendo, inclusive, doutrinadores que acreditem na incorreção do legislador, no caso.

Entendendo-se que a intenção da lei de improbidade seja a punição do agente corrupto, ou seja, mal intencionado, afirma a mencionada corrente doutrinária a necessidade de comprovação do dolo do sujeito ativo para a possível imputação de sanções.

Defendem que a ilegalidade do ato, em si, não implicaria a improbidade, bem como que, não havendo vontade deliberada para o resultado, e, tampouco, desonestidade, não haveria que se falar em conduta ímproba, mormente diante da gravidade das sanções impostas pela Lei de Improbidade Administrativa. Corroboram o referido entendimento, dentre outros, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, Edílson Pereira Nobre Júnior e Érico Andrade.

A jurisprudência também reafirma a importância do estudo, refletindo o dissenso doutrinário anteriormente exposto.

O Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Paraná afirmam a necessidade de comprovação do dolo, da intenção do agente público, para a caracterização do ato de improbidade administrativa.

No entanto, no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, por exemplo, ambas as correntes doutrinárias encontram guarida, não havendo consenso, ainda, no que se refere à admissibilidade da modalidade culposa de cometimento dos atos ímprobos que importam prejuízo ao erário, previstos no art. 10 da LIA.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico. O controle judicial da responsabilidade fiscal: ação civil pública de improbidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 232.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2006.

_____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2006.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 8 fev.2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COPOLA, GINA. Improbidade administrativa - O elemento subjetivo do dolo - As modalidades de ato de improbidade administrativa previstas no artigo 11 da lei de improbidade administrativa. **Revista Zênite**. Curitiba, v. 60.

COSTA, José Armando da. **Contorno jurídico da improbidade administrativa**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Responsabilidade do agente público por ato de improbidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FERNANDES, Flávio Sátiro. Improbidade administrativa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 2, n. 21, nov. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=359>>. Acesso em: 07 fev. 2007.

FERRACINI, Luiz Alberto. **Improbidade administrativa: teoria, legislação, jurisprudência e prática**. 3. ed. Campinas: Agá Júris, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Improbidade administrativa**: comentários à Lei n. 8.429/92 e legislação complementar. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Responsabilização por atos de improbidade. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, v. 28. p. 39.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GARCIA, Emerson. A improbidade administrativa e sua sistematização. **Revista Zênite**. Curitiba, v. 54.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

HARADA, Kiyoshi. Improbidade Administrativa. **Universo jurídico**. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=577#>>. Acesso em: 07 fev. 2007.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Improbidade Administrativa: alguns aspectos controvertidos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 235.

OLIVEIRA, Silvio Luiz de. **Tratado de metodologia científica**: projetos de pesquisa, TGI, TCC, monografias, dissertações e teses. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**: observações sobre a Lei 8.429/92. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

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

PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. Improbidade administrativa: requisitos para tipicidade. **Interesse Público**. São Paulo, v. 11.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: lei nº. 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da; GHIZZO NETO, Afonso. **Improbidade administrativa e lei de responsabilidade fiscal**: conexões necessárias. Florianópolis: Habitus, 2001.

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

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 21. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

STOCO, Rui. P. 96. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.