

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

O ELEMENTO SUBJETIVO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

THAIS DIAS DEQUECH

FLORIANÓPOLIS

2013

THAÍS DIAS DEQUECH

O ELEMENTO SUBJETIVO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Luis Carlos Cancellier de Olivo

FLORIANÓPOLIS

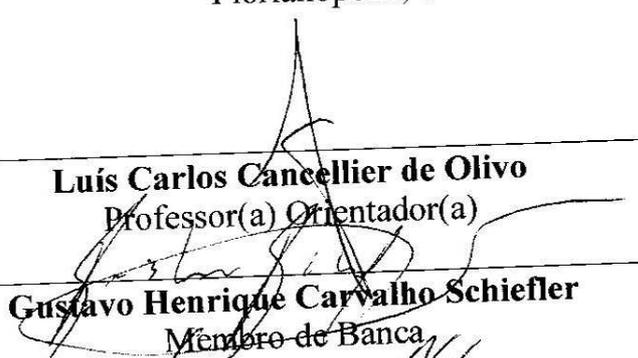
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

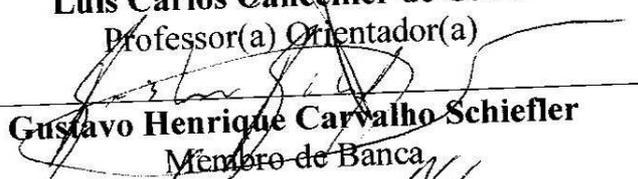
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**O elemento subjetivo na improbidade administrativa**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Thaís Dias Dequech**, defendida em **01/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 01 de Julho de 2013



Luís Carlos Cancellier de Olivo
Professor(a) Orientador(a)



Gustavo Henrique Carvalho Schiefler
Membro de Banca



Luiz Henrique Urquhart de Cademartori
Membro de Banca

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do professor orientador, da banca examinadora e da Universidade de Santa Catarina à ideologia que fundamenta ou que nela é exposta.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, meus exemplos, por sempre me apoiarem e me darem todas as oportunidades para alcançar meus objetivos e realizar meus sonhos, serei sempre grata.

Ao meu irmão, que embora não tenha muito conhecimento disto, sei que estará sempre ao meu lado em qualquer situação.

Ao meu namorado, por todo o amor e incentivo, contribuindo como podia para me auxiliar.

Às minhas queridas amigas, pela amizade, companheirismo e por compartilharem suas experiências com a elaboração e defesa de seus trabalhos.

Aos meus amigos colegas de estágio na Procuradoria de Justiça de Santa Catarina, pela oportunidade de aprender e trabalhar junto com eles.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso aborda o elemento subjetivo na improbidade administrativa, tendo em vista que a Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92, mencionou o elemento subjetivo dolo ou culpa nos casos de atos que causem prejuízo ao erário e se omitiu sobre o elemento subjetivo nas hipóteses de enriquecimento ilícito e violação aos princípios da administração. Nesta senda, inicialmente, analisou-se os conceitos de moralidade, probidade e improbidade, e se buscou outras legislações que já trataram sobre assunto. Em sequência, foram analisadas as espécies de atos ímprobos previstas na Lei nº 8.429/92. Por fim, apresentou-se a controvérsia doutrinária e jurisprudencial com relação às correntes que aceitam a modalidade culposa somente nos casos de prejuízo ao erário, em outros casos ou que não aceitam em qualquer hipótese. Por intermédio dos fundamentos apresentados, encerrou-se endossando a corrente que defende a possibilidade da modalidade culposa nos atos de improbidade administrativa, independente de resultar em prejuízo ao erário, com a ressalva de que a culpa deve ser grave, considerada como falta inescusável que resulte em um ilícito previsível de alta reprovabilidade social.

Palavras-chaves: *improbidade – elemento subjetivo – culpa grave.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 CONSIDERAÇÕES GERAIS	Erro! Indicador não definido.0
1.1 Probidade	10
1.2 Leis anteriores	12
1.3 Aspectos gerais da Lei de improbidade administrativa	Erro! Indicador não definido.8
1.3.1 Sujeitos e legitimados	Erro! Indicador não definido.
1.3.2 Prescrição	23
1.3.3 Sanções	25
2 ESPÉCIES DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	29
2.1 Enriquecimento ilícito	29
2.2 Prejuízo ao erário	35
2.3 Violação aos princípios da administração	41
3 ELEMENTO SUBJETIVO	46
3.1 Dolo e culpa	46
3.2 Elemento subjetivo nos atos de improbidade	48
3.2.1 Possibilidade da modalidade culposa somente nos atos de improbidade administrativa que causem prejuízo ao erário	49
3.2.2 Impossibilidade da modalidade culposa para caracterizar improbidade administrativa.....	51
3.2.3 Possibilidade da modalidade culposa em outras hipóteses de improbidade administrativa.....	53
3.2.4 Terceiro	55
3.3 Entendimento jurisprudencial	55
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a moralidade passou à categoria de princípio constitucional, tratada no *caput* do artigo 37 e no artigo 5º, inciso LXXIII.

Da mesma maneira, o dever de lealdade, honestidade e boa-fé conhecido como probidade, que mantém relação muito próxima à moralidade, foi contemplado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37, §4º, prescrevendo sanções severas no caso de sua inobservância.

A Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92 veio regulamentar o dispositivo constitucional, tipificando os atos de improbidade em três categorias: atos que resultam em enriquecimento ilícito, atos que causam prejuízo ao erário e atos que violam os princípios da administração.

No artigo que trata dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, a lei faz referência ao elemento subjetivo ao falar de ação ou omissão, dolosa ou culposa, possibilitando, assim, a responsabilização por ato de improbidade na modalidade culposa. Quanto às outras hipóteses de improbidade administrativa, a lei se omitiu sobre o elemento subjetivo.

O resultado disso foram entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em todos os sentidos.

Há quem aceite a previsão da Lei de Improbidade Administrativa com relação à modalidade culposa somente nos casos de prejuízo ao erário ou também em outros casos. Há, ainda, quem entenda que ao ato ímprobo está implícito o elemento subjetivo da desonestidade, da má-fé, e por isso, não se poderia admitir a modalidade culposa em nenhum caso de improbidade administrativa.

Diante disso, surgiu o interesse na realização da pesquisa a respeito do elemento subjetivo na improbidade administrativa.

O presente trabalho trará no primeiro capítulo conceitos e legislações relacionadas à improbidade administrativa que inspiraram a Lei de Improbidade

Administrativa nº 8.429/92, bem como legislações ainda em vigor que tratam do assunto.

Para ter um panorama geral do tema, também serão analisados outros aspectos da Lei de Improbidade Administrativa.

Em seguida, no segundo capítulo, far-se-á um exame de cada modalidade de improbidade administrativa prevista nos artigos 9º, 10 e 11, e das situações dispostas nos incisos de cada artigo.

Para encerrar, no capítulo final serão estudados os elementos subjetivos dolo e culpa, bem como suas classificações, para então passar à análise dos posicionamentos doutrinários, que se dividirão em três correntes, e da aplicação dessas correntes nos tribunais.

O método de abordagem mais adequado para a pesquisa que será realizada demonstra ser o dedutivo e o procedimento será o monográfico, objetivando identificar o tema em sua profundidade, ângulo e aspectos.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Antes de adentrar no estudo da problemática prevista para este trabalho, qual seja o elemento subjetivo na prática dos atos de improbidade administrativa, para o melhor esclarecimento e entendimento do tema serão tratadas outras especificidades da Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92, bem como conceitos pertinentes ao assunto e outras legislações.

1.1 Probidade

Probidade é o dever de todos aqueles que mantêm algum vínculo com a Administração de agirem com honestidade e boa-fé. Nesta senda, Isabela Giglio Figueiredo conceitua probidade administrativa:

A probidade, portanto, como parte da moralidade administrativa, consubstancia-se em dever que abrange os atributos da lealdade, honestidade, da boa-fé, da boa administração, dirigido a todos aqueles que de alguma forma mantêm vínculo com a Administração, seja titularizando cargo, ocupando emprego, exercendo função pública ou, inclusive, celebrando contratos administrativos na condição de particulares¹.

Deste modo, é dever do agente público na sua atuação com a coisa pública prezar pela ética, honestidade e boa-fé. A não observância desses deveres resulta no ato de improbidade administrativa.

No entanto, é muito difícil delimitar o conceito de improbidade administrativa, uma vez que nem a Constituição Federal ou a Lei nº 8.429/92 conceituam. A lei traz em seu texto diversas situações de improbidade, porém sem defini-la.

Na busca pelo conceito de probidade/improbidade administrativa, percebe-se uma tendência de aproximá-lo ao conceito de moralidade administrativa. Muitas vezes surge a confusão entre probidade e moralidade,

¹ FIGUEIRERO, Isabela Giglio. Improbidade Administrativa Dolo e Culpa. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 41.

que embora sejam expressões equivalentes, referentes à honestidade, autores sustentam que a moralidade seria o princípio, como está disposto na Constituição Federal, artigo 37, caput; e a improbidade, a lesão a esse princípio, conforme preceitua o §4º do mesmo dispositivo² ou, ainda, a moralidade administrativa seria o princípio que abrange a probidade, impondo a todos os órgãos da administração Pública o dever de atuar segundo os critérios morais³.

Já quanto à moralidade ou probidade e legalidade, os doutrinadores concordam que há diferenciação. Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴ ressalta a distinção, uma vez que para a configuração das primeiras é necessário observar não somente a lei, mas também princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

Para Marçal Justen Filho⁵, probidade está relacionada ao dever de respeito à moralidade, honestidade e retidão. O autor traz a distinção de improbidade e ilegalidade, deixando claro desde o início a necessidade do dolo para configurar a improbidade administrativa e é este elemento subjetivo que diferencia improbidade de ilegalidade. Para ele, pode existir algo ilegal praticado de boa-fé, mas para a caracterização da improbidade administrativa é imperativa a presença do dolo.

Na história do combate à improbidade administrativa, observa-se que, inicialmente, procurava-se conter tão somente a corrupção, vista como a *obtenção de vantagem ilícita em decorrência de um ato próprio do ofício do agente*⁶. Hoje, como visto, este conceito está muito mais amplo, não compreendendo apenas a obtenção de vantagem indevida, mas qualquer ato

² Defendem José dos Santos Carvalho Filho em Manual de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1059; e Marcelo Figueiredo em Probidade administrativa. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 23-24.

³ Assim entende Isabela Giglio Figueiredo em Improbidade Administrativa Dolo e Culpa. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 41.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 879.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 877.

⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 185

que cause algum tipo de prejuízo à Administração ou uma má qualidade no seu gerenciamento, com o intuito de alcançar benefício de interesse privado, como observa Isabela Giglio Figueiredo em sua obra:

Numa primeira análise, pode-se, pois, entender a improbidade administrativa como expressão utilizada para descrever a corrupção pública, responsável por promover o desvirtuamento da Administração e violar princípios basilares do ordenamento jurídico. Com efeito, o corrupto é aquele que se distancia flagrantemente dos critérios morais consagrados na sociedade, alcançando, de maneira indevida, benefício de interesse privado, próprio ou de outrem⁷.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁸ ressalta, ainda, que a corrupção é um desvio de conduta grave. Deste modo, não basta qualquer desvio para caracterizar a corrupção, o desvio deve ser gritante em relação ao padrão moral consagrado pela comunidade.

Todos estes conceitos apresentados são conceitos doutrinários. A Constituição Federal de 1988 não define improbidade administrativa, contudo sanciona os atos ímprobos. É a Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92 que dispõe sobre as condutas qualificadas como improbidade, as quais serão objeto de análise detalhada posteriormente.

1.2 Leis anteriores

Antes do advento da Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92, já havia outros mecanismos para o combate à improbidade, que até então era vista tão somente como corrupção.

Pode-se dizer que a primeira tentativa para conter a corrupção foi com a Lei das XII Tábuas, a qual imputava pena capital ao juiz que recebesse

⁷ FIGUEIRERO, Isabela Giglio. Improbidade Administrativa Dolo e Culpa. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 43.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A democracia no limiar do século XXI. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 87.

dinheiro ou alguma espécie de vantagem em troca de um julgamento favorável⁹.

Inúmeras leis foram criadas para conter a corrupção de juízes, as quais afastaram a condenação por pena capital, substituindo-a pela obrigação do agente devolver as vantagens indevidamente recebidas.

As leis foram evoluindo, sem, no entanto, obterem o êxito desejado. Entre as leis editadas, vale ressaltar algumas delas: a Lei Acilia (123 a. C.), que estabeleceu a corrupção como ilícito penal; a Lei Servília (111 a. C.), que instituiu a pena de infâmia para os condenados nos processos de corrupção; a *Lex Repentudarum de Sila* (81 a. C.) e o *Code de Lege Julia repetundar* (59 a. C.), estenderam as cominações existentes de restituição da vantagem recebida em quádruplo e a perda dos direitos civis aos juízes da cidade, não sendo mais aplicadas somente aos juízes das províncias¹⁰. A corrupção já fazia parte dos costumes o que tornava mais difícil ainda a sua repressão.

No âmbito penal, observa-se que nunca se deixou de punir atos que atingissem os interesses da Administração. Desde as Ordenações Filipinas, código legal português promulgado em 1603 por Felipe I, vigente no Brasil até a entrada em vigor do Código Criminal do Império de 1830, já se incriminavam condutas hoje tidas como ímprobas, como o peculato¹¹ e a corrupção, tanto ativa¹² quanto passiva¹³.

O Código Criminal do Império do Brasil de 1830 previa como crime as condutas que ofendessem a boa ordem e a administração pública, entre eles os de peita, hoje conhecidos como corrupção ativa e passiva, suborno e

⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 186.

¹⁰ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 186.

¹¹ Previsto no Código Penal atual no artigo 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.

¹² Prevista no Código Penal atual no artigo 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

¹³ Prevista no Código Penal atual no artigo 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

concessão. O código também previa as condutas que ofendiam o tesouro público e a propriedade pública, como o crime de peculato.

O Código Penal de 1890, primeiro código do período republicano, também previa crimes contra a boa ordem e administração pública, tidos como malversações, abusos e omissões dos funcionários públicos. Estes crimes também eram previstos na Consolidação das Leis Penais de 1932, a qual *punia como autor de crime de peculato o funcionário público que concorresse com ato inerente ao seu ofício, para que outrem subtraísse ou desviasse documentos, efeitos, valores, e quaisquer outros bens móveis pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios, ou pelos quais devessem responder*¹⁴, bem registrado por Pedro Roberto Decomain.

Outro ponto da Consolidação das Leis Penais observado pelo supracitado autor é sobre a possibilidade de coautoria nos casos de crime de peculato, prevendo para o coautor ou partícipe que não fosse funcionário público, as mesmas penas impostas ao servidor que praticasse ilícito, e estabelecendo unidade de processo e julgamento para todos.

O Código Penal de 1940, hoje em vigor, prevê condutas que violam a Administração Pública. Originariamente, os crimes contra a Administração Pública dividiam-se em três grupos: crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, crimes praticados por particular contra a administração em geral e crimes contra a administração da Justiça. Posteriormente, foram incluídos os crimes contra as finanças públicas.

Deste modo, observa-se que na legislação penal sempre se buscou punir os gestores da administração que praticassem ilícitos, mais tarde, também, seus partícipes, que praticassem atos que resultassem em recebimento de vantagens indevidas ou que causassem algum tipo de prejuízo ao erário.

Quanto ao combate constitucional à corrupção, observa-se que todas as Constituições Republicanas tinham algum aspecto contra a improbidade

¹⁴ DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade Administrativa. São Paulo: Dialética, 2007, p. 15.

administrativa, até mesmo a Constituição de 1824, que de forma indireta, reprimia atos nitidamente ímprobos ao prever a possibilidade de responsabilização dos Ministros de Estado¹⁵, conforme bem observado por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹⁶. As demais Constituições previram a responsabilização do Chefe de Estado por infração à probidade da administração, como a Constituição de 1891¹⁷, de 1934¹⁸ e de 1937¹⁹, que estabeleciam como crime de responsabilidade cometido pelo Presidente os atos que atentassem contra a probidade administrativa e a guarda e emprego de bens público.

A Constituição que primeiramente tratou sobre a improbidade administrativa mais semelhante ao que temos hoje foi a Constituição Federal de 1946, ao falar sobre *o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica*²⁰.

A Constituição Federal de 1967 tratou sobre o sequestro e o perdimento de bens não somente no caso de enriquecimento ilícito, mas também no caso de danos causados ao erário no exercício de função pública, em seu artigo 150, §11. E, a EC nº 1/1969 modificou este artigo ampliando a condenação para quem praticasse o ato no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta.

No plano infraconstitucional, a Lei nº 3.164/57, que dispunha sobre o perdimento e sequestro de bens de agentes que se enriqueciam por influência ou abuso de cargo ou função de confiança, trouxe algumas inovações, como o sequestro e perda dos bens sem impedir a responsabilidade criminal e a atribuição de legitimidade ao Ministério Público e a qualquer um do povo para o

¹⁵ Art. 133, II, IV e VI da Constituição de 1824.

¹⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 190

¹⁷ Art. 54, 6º e 7º.

¹⁸ Art. 57, “f” e “g”.

¹⁹ Art. 85, “d”.

²⁰ Art. 141, §31, Constituição Federal de 1946.

ajuizamento das medidas judiciais cabíveis em face do servidor público que tenha se enriquecido ilicitamente²¹.

A Lei Bilac Pinto nº 3.502/58 revogou parcialmente a Lei nº 3.164/57, quanto à ampla e irrestrita legitimidade atribuída a qualquer um do povo, passando a ser legitimado exclusivamente o *cidadão*, no caso da entidade interessada permanecer inerte pelo prazo de 90 dias. Esta lei também trouxe o conceito de servidor público, qual seja, *todas as pessoas que exercem na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos municípios, quaisquer cargos funções ou empregos, civis ou militares, quer sejam eletivos quer de nomeação ou contrato, nos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário*²², e detalhou as hipóteses de enriquecimento ilícito²³

Outra lei que vale ser ressaltada pela sua utilização ainda hoje é a Lei nº 4.717/65, que dispõe sobre a Ação Popular para a anulação ou a declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público. Esta lei estabelece somente obrigação de recompor o patrimônio público no *status quo*, ressarcindo o dano causado e, no que tange à legitimidade para propor a ação popular, basta ser cidadão.

Com o advento da Constituição de 1988, foi concedida maior extensão às condenações por improbidade administrativa, conforme se observa através do artigo 37, §4º, uma vez que os atos de *improbidade administrativa*

²¹ Art. 1º, §2º da Lei nº 3.164/57.

²² Art. 1º, §1º da Lei nº3.502/58.

²³ Art. 2º *Constituem casos de enriquecimento ilícito, para os fins desta lei:a) a incorporação ao patrimônio privado, sem as formalidades previstas em leis, regulamentos estatutos ou em normas gerais e sem a indenização correspondente, de bens ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos;b) a doação de valores ou bens do patrimônio das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos a indivíduos ou instituições privadas, ainda que de fins assistenciais ou educativos, desde que feita sem publicidade e sem autorização prévia do órgão que tenha competência expressa para deliberar a êsse respeito;c) o recebimento de dinheiro, de bem móvel ou imóvel, ou de qualquer outra vantagem econômica, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente;d) a percepção de vantagem econômica por meio de alienação de bem móvel ou imóvel, por valor sensivelmente superior ao corrente no mercado ou ao seu valor real;e) a obtenção de vantagem econômica por meio da aquisição de bem móvel ou imóvel por preço sensivelmente inferior ao corrente no mercado ou ao seu valor real;f) a utilização em obras ou serviços de natureza privada de veículos máquinas e materiais de qualquer natureza de propriedade da União, Estado, Município, entidade autárquica, sociedade de economia, mista, fundação de direito público, empresa incorporada ao patrimônio da União ou entidade que receba e aplique contribuições para fiscais e, bem assim, a dos serviços de servidores públicos, ou de empregados e operários de qualquer dessas entidades.*

importarão 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, este preceito constitucional foi posteriormente regulamentado pela Lei de Improbidade Administrativa (LIA) nº 8.429/92, principal objeto deste estudo.

O dispositivo constitucional que trata sobre a improbidade administrativa não era autoaplicável, foi somente com a entrada em vigor da LIA que as penas previstas puderam ser aplicadas por atos de improbidade administrativa, até então só eram puníveis os atos que implicassem enriquecimento ilícito e dano ao erário, cujas sanções eram o sequestro e a perda de bens. Como será visto neste trabalho, a lei mencionada ampliou ainda mais as sanções por atos de improbidade administrativa.

A improbidade administrativa é tratada de várias formas em nosso direito positivo. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves²⁴ ressaltam que a uma mesma conduta podem ser cominadas diversas sanções de natureza política, penal, cível ou administrativa ao agente infrator, conforme se extrai trecho de renomada obra:

No âmbito penal, são múltiplos os crimes contra a administração pública previstos no Código Penal e na legislação extravagante. Na área cível, há muito são invocados os preceitos relativos à reparação dos danos patrimoniais causados por ilícitos. Por último, tem-se a legislação especificamente relacionada à administração pública, estabelecendo um regramento próprio para as relações mantidas entre esta e os seus agentes ou com os demais particulares, sendo múltiplos os regimes jurídicos existentes²⁵.

Tendo em vista que os atos de improbidade são coibidos de múltiplas formas, torna-se impossível analisar toda a normatização aplicável ao assunto. Portanto, este estudo será limitado, em especial, à Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92.

²⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 199.

²⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 200.

1.3 Aspectos gerais da Lei de improbidade administrativa

Analisado o histórico da legislação pertinente ao tema, passo ao estudo da Lei nº 8.429/92 que 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. A lei também incluiu no rol de atos ímprobos a violação aos princípios da administração, bem como dano ao erário.

1.3.1 Sujeitos e legitimados

O sujeito ativo dos atos de improbidade, ou seja, quem pode praticar o ato ímprobo, é o agente público descrito no artigo 2º da Lei de Improbidade Administrativa como *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*²⁶.

Prescindível que seja servidor público para se enquadrar como sujeito ativo, basta que preste algum tipo de serviço ao Estado. Incluem-se nesse rol os *agentes políticos*²⁷, *servidores públicos*²⁸, *militares*²⁹ e *particulares em*

²⁶ As entidades mencionadas no artigo anterior são: *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*, nos termos do art. 1º da LIA.

²⁷ *Parlamentares de todos os níveis, Chefes do poder Executivo federal, estadual e municipal, Ministros e Secretários dos Estados e dos Municípios.* (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 891)

²⁸ *Pessoas com vínculo empregatício, estatutário ou contratual, com o Estado.* (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 891)

²⁹ *[Pessoas] que também têm vínculo estatutário, embora referidos na Constituição fora da seção referente aos servidores públicos.* (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 891)

*colaboração com o Poder Público*³⁰, todos estes fazem parte do conceito de agente público para os fins da Lei nº 8.429/92.

Está equiparado a agente público para os fins da Lei de Improbidade Administrativa aquele que *induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta*, nos termos do artigo 3º da mesma lei.

Portanto, além dos agentes públicos, os terceiros, que são aqueles que não se qualificam como agentes públicos, mas induzem ou concorrem para a prática do ato ímprobo ou dele se beneficiam, também cometem ato de improbidade administrativa e por ele serão responsabilizados, desde que estejam de algum modo relacionado ao agente.

O Presidente da República e seus ministros de Estado, muito embora sejam agentes públicos, não estão totalmente sujeitos a LIA, e sim a Lei Federal nº 1.079/50, que disciplina os crimes de responsabilidade dos agentes políticos nela indicados. Nos casos de cassação de mandato, deverá ser observado o disposto na Lei nº 1.079/50, cujo processo deverá tramitar no Congresso Nacional. Todavia, algumas sanções previstas na Lei nº 8.429/92 poderão ser aplicadas ao Presidente da República e seus ministros de Estado, como ressarcimento de danos causados ao erário, perda de bens provenientes de enriquecimento ilícito e multa civil³¹. Neste caso, o Supremo Tribunal Federal será competente para julgar a ação de improbidade administrativa.

Semelhante é o que acontece com Governadores e seus secretários, pois também estão sujeitos à Lei nº 1.079/50. As ações de improbidade administrativa com fundamento na LIA ajuizadas contra os Governadores e seus secretários serão julgadas e processadas no Superior Tribunal de Justiça.

³⁰ [Pessoas] que atuam sem vínculo de emprego, mediante delegação, requisição ou espontaneamente. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 891)

³¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 45.

Quanto aos Prefeitos e seus secretários, eles têm seus crimes de responsabilidade previstos no Decreto-lei 201/67, contudo existe controvérsia doutrinária sobre a possibilidade ou não de aplicação da LIA. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que os Prefeitos e seus secretários estão sim sujeitos à LIA³².

No que tange aos membros do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, não há qualquer impedimento na responsabilização por atos de improbidade administrativa nos termos da LIA.

Ainda quanto aos sujeitos, está em trâmite no Supremo Tribunal Federal a ADI 4.295³³, ajuizada pelo Partido da Mobilização Nacional em 2009, com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade do artigo 2º, 3º, 9º e seus incisos, 11 e seus incisos, 12 e seus incisos, 13 e seus parágrafos, 15, 17 e seu §3º, parágrafo único do artigo 20, inciso I do artigo 21, 22 e inciso II do artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92. Quanto aos sujeitos ativos previstos no artigo 2º da LIA, alegam em síntese que o dispositivo é abrangente em excesso e que a norma conflita com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, uma vez que os agentes políticos estão sujeitos a normas especiais de responsabilidade e, portanto, não respondem por improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429/92, apenas por crime de responsabilidade³⁴. O parecer emitido pela Procuradoria Geral da República foi pelo conhecimento parcial da ação e, no mérito, pela improcedência do pedido. Os autos encontram-se conclusos ao relator desde 14 de fevereiro de 2013.

³² ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO AOS AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Conforme decidido pela Corte Especial, no julgamento da Rcl2.790/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 4/3/10, a Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes políticos municipais, tais como prefeitos, ex-prefeitos e vereadores. 2. Agravo não provido. (AgRg no AREsp 116979 / SP 2011/0273603-0, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 11.04.2013)

³³ Acompanhamento processual, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3751870>> Acesso em: 19 de abril de 2013.

³⁴ Informativo STF 471. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo471.htm>> Acesso em: 19 de abril de 2013.

Os sujeitos passivos estão previstos no artigo 1º da LIA e somente serão considerados atos de improbidade administrativa aqueles contra eles praticados. Logo, são sujeitos passivos a administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal; 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; e patrimônio de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, ou que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves levantam uma interessante consideração quanto ao sujeito passivo estabelecido no parágrafo único do artigo 1º da LIA, qual seja, patrimônio de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, ou que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público. Os autores ressaltam que contra o sujeito passivo supracitado, somente ocorrerá ato de improbidade administrativa quando a sua prática causar um dano patrimonial, pois a lei faz referência a *patrimônio* de entidade, e que caso o ato seja praticado causando enriquecimento ilícito do agente ou violação dos princípios regentes da atividade estatal, não seriam aplicadas as sanções previstas na LIA³⁵.

São também sujeitos passivos os sindicatos, uma vez que são destinatários das contribuições sindicais. Embora sejam pessoas jurídicas de direito privado e não integrem a administração direta ou indireta, as contribuições sindicais por eles percebidas são consideradas contribuições parafiscais, sendo assim, trata-se de recursos oriundos do Poder Público.

Levando em consideração que os sindicatos fazem parte do rol de sujeitos passivos previstos do artigo 1º da LIA, seus dirigentes e demais pessoas que com eles mantenham algum tipo de vínculo podem ser sujeitos ativos dos atos de improbidade.

³⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 212.

No mesmo sentido, são sujeitos passivos os conselhos de fiscalização do exercício profissional, por também receberem contribuições parafiscais para controlar o exercício de determinadas profissões, são um exemplo claro da descentralização administrativa. As contribuições parafiscais devem ser efetivamente consideradas como recursos públicos, ainda que não sejam fisicamente retiradas do erário³⁶. Nesse caso, todos aqueles que mantenham algum tipo de vínculo com os conselhos de fiscalização profissional também podem ser enquadrados como sujeitos ativos.

Os partidos políticos recebem também recursos de natureza pública, tendo em vista que auferem os recursos oriundos do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos, denominado de Fundo Partidário, o qual é integrado em sua maior parte por receitas de origem pública, conforme previsto no artigo 38³⁷ da Lei nº 9.096/95 que dispõe sobre os partidos políticos.

Outras empresas que recebem incentivos ou subvenções do Poder Público e que não integrem a administração direta ou indireta também podem ser atingidas pelos atos de improbidade administrativa e, portanto, são sujeitos passivos em potencial dos atos de improbidade, como as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público que integram o terceiro setor. Fazem parte do terceiro setor todas as organizações sem fins lucrativos e que prestam serviços de utilidade pública.

Quanto aos legitimados para propor a ação de improbidade estão o Ministério Público ou qualquer pessoa jurídica interessada prevista no artigo 1º da LIA. Já a legitimidade passiva cabe àquele que cometeu o ato de

³⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 219.

³⁷ Art. 38. O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por: I - multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas; II - recursos financeiros que lhe forem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual; III - doações de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário; IV - dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995.

improbidade. Pode ocorrer litisconsórcio passivo no caso de coautoria entre agentes públicos, ou entre agente e terceiro.

A ação será proposta na Justiça Federal se houver interesse da União autarquias ou empresas públicas federais³⁸ e se não houver, o julgamento da ação será de competência da Justiça Estadual.

A Lei nº 10.628 de 2002 inseriu o §2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal, que estabeleceu o foro especial por prerrogativa de função. Com base nesse parágrafo, as ações de improbidade deveriam ser propostas perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade que possuísse prerrogativa de foro em razão do exercício da função pública. Porém, foi declarada a inconstitucionalidade deste dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal³⁹, tendo em vista que cabe exclusivamente à Constituição a instituição de foro especial por prerrogativa de função. Deste modo, a ação de improbidade administrativa deverá ser proposta no juízo de primeiro grau de jurisdição, ressalvadas as exceções já mencionados.

1.3.2 Prescrição

Contra as ações de improbidade administrativa corre o prazo prescricional, nos termos do artigo 23 da Lei nº 8.429/92. O dispositivo estabelece em seu inciso I o prazo de até 5 anos para a propositura da ação, e em seu inciso II o prazo prescricional previsto em lei específica para a pena de demissão a bem do serviço público nos casos de ser o servidor titular de cargo público ou exercente de emprego público.

³⁸ Art. 109, I da Constituição Federal de 1988.

³⁹ Extraem-se trechos da ementa do acórdão: *Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. (...) No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição (ADI 2797 / DF - DISTRITO FEDERAL, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 15.09.2005).*

Como será visto quando analisadas as sanções, este prazo prescricional não corre para as ações de ressarcimento de dano ao erário. Nos outros casos, o termo inicial da prescrição pode variar dependendo da natureza do vínculo entre o agente e o Estado. Em regra, o termo inicial é contado a partir da extinção do vínculo. Na esfera federal, conta-se o prazo prescricional quinquenal a partir do conhecimento do fato. Nas demais pessoas federativas, o prazo será o fixado em seus respectivos estatutos.

Como bem observado por José dos Santos Carvalho Filho, muito embora o inciso II do artigo 23 da LIA se refira a cargo efetivo ou emprego, o dispositivo abrange também servidores e empregados de outras categorias, segundo trecho extraído de sua obra:

A despeito de a lei ter-se referido a exercício em cargo efetivo ou emprego, o dispositivo (art.23, II) abrange também servidores e empregados de outras categorias, como servidores temporários (regime especial) e agentes colaboradores (como notários e oficiais de registro). A norma, aliás, tem caráter residual. Quanto aos empregados de pessoas administrativas privadas (empresas públicas e sociedades de economia mista) e de outras entidades referidas no art. 1º da Lei nº 8.429/1992, deve aplicar-se o mesmo dispositivo, considerando-se que nele foi feita referência genérica a “empregos”⁴⁰.

Em contrapartida está Emerson Garcia⁴¹, que entende que o inciso I trata de vínculos temporários e o inciso II trata de vínculo definitivo. Este critério defendido por Emerson Garcia é um critério presumido, não estabelecido em lei.

Quanto à prescrição para as ações de improbidade em face de terceiro, há bastante divergência. Emerson Garcia⁴², por exemplo, defende que o prazo prescricional é o mesmo atribuído ao agente público com o qual pactuou. Já Marino Pazzaglini Filho⁴³ é a favor da aplicação do inciso I do artigo 23 da LIA,

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1092.

⁴¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 554.

⁴² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 559.

⁴³ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação de jurisprudência atualizada. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 191.

ou seja, 5 anos. José dos Santos Carvalho Filho⁴⁴ entende que os prazos prescricionais previstos na Lei nº 8.429/92 aplicam-se somente aos agentes, e que contra os terceiros este prazo não é aplicável. Sendo assim, no entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, deve-se aplicar o prazo prescricional contido no artigo 205 do Código civil, que estabelece prazo geral de prescrição de 10 anos.

Vale observar que o terceiro nem sempre é logo identificado como sujeito do ato de improbidade, tendo em vista que muitas vezes está por trás do agente público, por esta razão também, seria justificável a diferença nos prazos prescricionais para o agente público e o terceiro envolvido no ato de improbidade.

Ainda sobre o termo inicial da prescrição, no ajuizamento da ação contra mandatário, importante ressaltar a possibilidade de se tratar de mandatário eleito para períodos sucessivos. Uma vez que o mandatário poderia agir em relação a atos praticados durante seu primeiro mandato, influenciando na decisão de propor a ação de improbidade ou na produção de provas, a contagem do prazo deve ser iniciada a partir do término do último mandato.

1.3.3 Sanções

As espécies de improbidade administrativa estão descritas nos artigos 9º, 10º e 11º da LIA e são elas atos que importam enriquecimento ilícito, atos que causam prejuízo ao erário e atos que atentam contra os princípios da administração pública.

As sanções estão previstas no artigo 12 da LIA, sendo que cada inciso corresponde a uma espécie de improbidade administrativa.

Muito embora a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37, §4º, estabeleça como sanções suspensão dos direitos políticos, perda da função

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1093.

pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário àquele que praticar ato de improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/92 acrescentou como sanção, além das previstas pela Constituição, perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público e proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Para José dos Santos Carvalho Filho⁴⁵, as sanções são de natureza extrapenal e, portanto, têm caráter de sanção civil, mas afirma que algumas sanções tem sofrido restrição em sua aplicação por terem inegável conteúdo penal sem que se retire a natureza civil de que se revestem.

Interessante tecer alguns comentários sobre cada sanção prevista contra os atos de improbidade devido as suas particularidades.

A perda de bens e valores, prevista no artigo 12, I e II da LIA, só incidirá sobre os bens acrescidos após a prática de improbidade e que derivem de origem ilícita. Estes bens serão revertidos ao patrimônio público e se não puderem ser devolvidos, serão convertido em pecúnia.

A sanção de ressarcimento integral do dano será aplicada se houver dano ao erário e está prevista em todos os incisos do artigo 12, ou seja, tanto na hipótese de enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios da administração, havendo dano, o dano deve ser ressarcido.

Quanto à sanção de ressarcimento do dano há uma particularidade, a ação de ressarcimento de prejuízos ao erário é imprescritível, por força do artigo 37, §5º da Constituição Federal. Portanto, quanto a esta ação não se aplicará o artigo 23 da LIA que dispõe sobre prazo prescricional.

A perda da função pública também está prevista em todos os incisos do artigo 12 da LIA, ela configura a extinção do vínculo jurídico que liga o servidor à entidade vitimada pela improbidade. Devido à própria essência da sanção, ela só pode ser aplicada aos sujeitos que possuam algum tipo de vínculo jurídico, terceiros, por exemplo, não sofrem essa sanção por não terem

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1075.

qualquer vínculo com a Administração. A sanção também não será aplicada aos empregados de pessoas jurídicas contratadas pelo Estado, como os executores de obras e serviços, fornecedores, concessionários e permissionários de serviços públicos, o mesmo ocorre com os aposentados, pois estes já tiveram o vínculo jurídico extinto.

Quanto à suspensão de direitos políticos, a Constituição prevê em seu artigo 15, os casos da aplicação desta sanção e uma delas é a improbidade administrativa, inciso V. A suspensão de direitos políticos pode incidir nas três hipóteses de improbidade administrativa, o que diferencia é o tempo em que os direitos estarão suspensos. No caso de enriquecimento ilícito pode variar de 8 a 10 anos; lesão ao erário, de 5 a 8 anos; e, violação aos princípios da administração, de 3 a 5 anos. A sentença que condenar na suspensão de direitos políticos, deverá ser encaminhada à Justiça Eleitoral para o cancelamento do registro. A reaquisição dos direitos políticos, quando do término do prazo determinado na sentença, é automática.

A multa civil é uma imposição pecuniária que será destinada à pessoa jurídica que sofreu a lesão, ela deve ser aplicada observando o princípio da proporcionalidade entre o seu valor e a conduta ímproba. Consoante dispõe o artigo 12 da LIA, no caso de enriquecimento ilícito a multa pode alcançar o valor de até três vezes o valor acrescido ilicitamente ao patrimônio; lesão ao erário, até duas vezes o valor do dano; e violação aos princípios da administração, até cem vezes o valor da remuneração percebida. Importante ressaltar que a multa civil não tem natureza indenizatória, a indenização corresponde à sanção de ressarcimento integral do dano.

E, por último, a sanção de proibição de contratar e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, ela está prevista nos três incisos do artigo 12 da LIA, variando o prazo de 10 anos para os casos de enriquecimento ilícito; 5 anos, lesão ao erário; e, 3 anos, violação aos princípios da administração. No caso desta sanção, os benefícios genéricos

não são excluídos, pois violaria o princípio da impessoalidade tributária, conforme esclarece José dos Santos Carvalho Filho⁴⁶.

Há quem entenda que o ato de improbidade administrativa também gera dano moral, pois o ato ímprobo causa dano à própria legitimidade da Administração Pública, passando uma imagem à população de que todo agente público é desonesto, conforme assevera Eurico Ferraresi⁴⁷. E, assim, o cidadão se vê desestimulado a cumprir com suas obrigações. O autor é favorável ao dano moral nos casos de improbidade administrativa e afirma que, muito embora a jurisprudência não seja pacífica, já existe precedente no Superior Tribunal de Justiça concedendo indenização por dano moral em ação de improbidade administrativa.

⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1085.

⁴⁷ FERRARESI, Eurico. Improbidade administrativa: Lei 8.429/1992 comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2011, p. 51-52.

2. ESPÉCIES DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Vistos alguns aspectos da lei de improbidade administrativa, importante analisar os atos conforme estão previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92.

2.1 Enriquecimento ilícito

O artigo 9º trata sobre os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito. O caput do artigo estabelece de forma bem genérica que o enriquecimento ilícito é *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*.

Luiz Manoel Gomes Junior e Rogerio Favreto⁴⁸ elencam três requisitos para a configuração do ato de improbidade administrativa, são eles: 1) ato de improbidade administrativa doloso; 2) enriquecimento ilícito/vantagem patrimonial ou a promessa de vantagem em alguns tipos e; 3) vínculo do enriquecimento ilícito/vantagem pessoal com o exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades descritas no artigo 1º, sendo dispensável que haja um prejuízo para a Administração Pública. O primeiro requisito versa sobre a necessidade do elemento subjetivo, o qual será tratado no terceiro capítulo deste trabalho; o segundo requisito trata da existência de enriquecimento ou a promessa, é necessário que a vantagem seja de natureza financeira, patrimonial ou econômica, deve haver o benefício em termos de dinheiro; e o terceiro é o nexo de causalidade.

⁴⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 107-108.

Muito embora na maioria dos casos o enriquecimento esteja ligado a uma lesão ao erário, os autores mencionados ressaltam ser dispensável o prejuízo a Administração Pública.

Os terceiros também são passíveis de praticar o ato de improbidade descrito no artigo 9º, tendo em vista o disposto e já discutido no artigo 2º da LIA e a expressão do artigo 9º: *ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei*.

Quanto aos incisos do artigo 9º, trata-se de um rol exemplificativo, sobretudo pela utilização da expressão *notadamente*.

A Lei de Improbidade não dispõe especificadamente quais os atos são atos de ímprobos. Vera Scarpinella Bueno ensina que *a norma estabelece alguns parâmetros casuísticos para auxiliar na identificação da improbidade de um ato jurídico*⁴⁹ através dos comportamentos descritos nos incisos dos artigos 9º, 10 e 11.

Todavia, em decorrência da ampla margem para aplicação dos incisos em sede judicial, há entendimentos no sentido de ser um rol taxativo⁵⁰.

Passa-se então, a análise de cada um dos comportamentos previstos nos incisos do artigo 9º.

O inciso I⁵¹ do artigo 9º tem como núcleo o verbo *receber, aceitar, entrar na posse de quaisquer estipêndios de índole compensatória para que o agente interceda ou deixe de interceder para produzir o resultado almejado pelo interesse indevido*⁵². O inciso enquadra como ato de improbidade que importe enriquecimento ilícito o recebimento de qualquer oferta como presentes,

⁴⁹ BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). Improbidade Administrativa, questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 389.

⁵⁰ Defendem ser um rol taxativo: DINAMARCO, 2001, p. 332; GAJARDONI, 2010, p. 110; PRADO, 2001, p. 35. Defendem ser um rol exemplificativo: SANTOS, 2002, p. 21; CAPEZ, 2010, p. 289.

⁵¹ *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;*

⁵² BEZERRA FILHO, Aluizio. Atos de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92 anotada e comentada. Curitiba: Juruá, 2012, p. 85.

comissões, gratificações, mimo ou agrado pelo agente no exercício de suas funções ou terceiro para favorecer ou atingir alguém ou entidade interessada no seu comportamento funcional. Exemplo claro é o recebimento de propina, vantagem econômica indevida.

O inciso II⁵³ contempla os casos de favorecimento para prática de superfaturamento, como ocorre nas fraudes em licitações. Neste caso, além do enriquecimento ilícito, a sobrecarga nos custos financeiros da entidade pública gera uma lesão ao erário, bem como fere os princípios da moralidade e da eficiência⁵⁴.

O inciso III⁵⁵ trata do favorecimento para preço inferior ao valor de mercado, hipótese em que o agente recebe algum benefício (enriquecimento ilícito), para optar por contrato com preço inferior ao de mercado, podendo gerar também uma lesão ao erário. Assim, o particular desfruta de um bem público por um subpreço. Constata-se que houve o favorecimento para preço inferior ao valor de mercado fazendo uma pesquisa de preços com empresas similares no período correspondente⁵⁶.

O inciso IV⁵⁷ versa sobre o uso indevido de bens públicos. Neste caso, a vantagem não é o recebimento direto de algum benefício, mas sim o próprio uso do bem público indevidamente. Aluizio Bezerra Filho⁵⁸ traz como exemplo o uso de carro oficial para fins sem relação com o serviço público, como a utilização para fins pessoais, familiares ou particulares de seus destinatários.

⁵³ 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;

⁵⁴ BEZERRA FILHO, Aluizio. Atos de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92 anotada e comentada. Curitiba: Juruá, 2012, p. 87.

⁵⁵ 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;

⁵⁶ BEZERRA FILHO, Aluizio. Atos de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92 anotada e comentada. Curitiba: Juruá, 2012, p. 88.

⁵⁷ 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;

⁵⁸ BEZERRA FILHO, Aluizio. Atos de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92 anotada e comentada. Curitiba: Juruá, 2012, p. 90.

O inciso V⁵⁹ dispõe sobre o favorecimento de atividade ilícita, quando o agente recebe vantagem para tolerar ou realizar atividades ilegais. Aluízio Bezerra Filho⁶⁰ afirma que a improbidade estará caracterizada mesmo que o agente não venha a receber a vantagem, o ato ilícito é de natureza formal, sendo assim, basta o acordo entre o interessado e o agente para tolerar a existência de atividade ilegal ou realizá-la.

O inciso VI⁶¹ estabelece como ato de improbidade que importe enriquecimento ilícito a declaração falsa sobre medição ou avaliação de obras ou serviços. Este ato corresponde à fase de recebimento na contratação de serviços ou aquisição de bens pelo Poder Público, asseveram Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto⁶². Os autores ressaltam ainda que mesmo que o Poder Público não sofra prejuízos, a declaração falsa e o recebimento de vantagem econômica são suficientes para caracterizar o ato de improbidade. Este tipo de ato de improbidade ocorre com mais frequência nos serviços de engenharia e construções de obras, nas palavras de Aluízio Bezerra Filho:

*Os registros dos Tribunais de Contas apontam que é nos serviços de engenharia e construções de obras onde ocorre com mais frequência a falsidade ideológica de laudos técnicos de mediação, isto porque somente uma fiscalização de campo, ou seja, in loco, é capaz de detectar uma fraude dessa natureza, além de revestirem-se de custos elevados que acobertam ou dissimulam os fatos inverídicos.*⁶³

O inciso VII⁶⁴ ocorre quando o agente apresenta sinais exteriores de riqueza incompatíveis com a sua renda. Havendo desproporcionalidade entre o

⁵⁹ 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;

⁶⁰ BEZERRA FILHO, Aluízio. Atos de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92 anotada e comentada. Curitiba: Juruá, 2012, p. 94.

⁶¹ 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;

⁶² GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 118.

⁶³ BEZERRA FILHO, Aluízio. Atos de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92 anotada e comentada. Curitiba: Juruá, 2012, p. 94.

⁶⁴ 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;

nível de riqueza exibido e a sua remuneração, não há justa causa para o enriquecimento, salvo os casos de sorteio lotérico, casamento com cônjuge rico ou recebimento de herança ressalta Aluizio Bezerra Filho⁶⁵, não há outras situações previsíveis para o súbito enriquecimento justamente durante o transcurso do mandato, cargo, emprego ou função pública. O referido autor explica ainda que na prática do ato de improbidade descrito no inciso VII, muitas vezes, o agente indica nomes de terceiros para receberem as vantagens e encobrir a improbidade, comumente parentes e familiares, e que estes terceiros ao permitirem a utilização de seus nomes no recebimento de benefícios estão colaborando com a prática do ato ímprobo, o que os tornam também parte legítima para integrar a lide. Pedro da Silva Dinamarco⁶⁶ esclarece que o ônus da prova cabe exclusivamente ao autor da ação de improbidade, nos termos do artigo 333, I do Código de Processo Civil, que deve buscar auxílio da Receita Federal para que informe sobre a existência de renda compatível.

No inciso VIII⁶⁷ o enriquecimento ilícito é decorrência do vínculo funcional indevido. Deve-se reprimir a exploração do proveito pessoal em detrimento da dignidade da função pública, sob pena de violar o princípio constitucional da impessoalidade. O agente público deve procurar atender exclusivamente o interesse público, observando o princípio da imparcialidade nas suas decisões e condutas no exercício de sua função, para não incorrer na prática de improbidade administrativa⁶⁸.

O inciso IX⁶⁹ trata sobre o patrocínio de interesse privado junto à entidade pública para intermediar ou liberar aplicação de verba pública,

⁶⁵ BEZERRA FILHO, Aluizio. Atos de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92 anotada e comentada. Curitiba: Juruá, 2012, p. 96.

⁶⁶ DINAMARCO, Pedro da Silva. Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais. São Paulo: Malheiros editores, 2001, p. 334.

⁶⁷ 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;

⁶⁸ RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996, p. 121.

⁶⁹ IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

denominado por Aluizio Bezerra Filho⁷⁰ de advocacia administrativa. A conduta descrita no dispositivo além de ser ato de improbidade administrativa, é ato que viola os deveres do servidor público de manter conduta compatível com a moralidade pública⁷¹ e de não atuar como procurador ou intermediário junto a repartições públicas⁷², podendo ainda caracterizar crime contra a ordem tributária⁷³.

O inciso X⁷⁴ dispõe sobre omissão de ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado mediante recebimento de vantagem, que além de ser ato de improbidade administrativa, é crime de prevaricação conforme disposto no artigo 319⁷⁵ do Código Penal. Nessa hipótese, é imprescindível o recebimento de vantagem econômica pelo agente⁷⁶.

O inciso XI⁷⁷ versa sobre a apropriação indevida de bens públicos. O bem público nesse caso pode ser dinheiro, valores (títulos, apólices, ações etc.) ou qualquer outro bem imóvel⁷⁸. Este dispositivo corresponde ao crime de peculato previsto no Código Penal, artigo 312.

E, por fim, o inciso XII⁷⁹ estabelece ser ato de improbidade por enriquecimento ilícito o uso de bens públicos em proveito próprio.

⁷⁰ BEZERRA FILHO, Aluizio. Atos de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92 anotada e comentada. Curitiba: Juruá, 2012, p. 100.

⁷¹ Art. 2º, VIII da Lei nº 8.027/90.

⁷² Art. 4º, III da Lei nº 8.027/90.

⁷³ Lei n. 8.137/90, art. 3º *Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I): (...) III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*

⁷⁴ X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

⁷⁵ Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

⁷⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 125; BEZERRA FILHO, Aluizio. Atos de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92 anotada e comentada. Curitiba: Juruá, 2012, p. 101.

⁷⁷ 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;

⁷⁸ BEZERRA FILHO, Aluizio. Atos de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92 anotada e comentada. Curitiba: Juruá, 2012, p. 102.

⁷⁹ XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º de esta lei.

Diferentemente do inciso anterior, o agente não incorpora o bem público ao seu patrimônio, apenas o utiliza em proveito próprio, há um desvio de finalidade do bem público.

2.2 Prejuízo ao erário

Os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário estão previstos no artigo 10 da Lei nº 8.429/92. O dispositivo estabelece como ato de improbidade, os atos que ensejam *perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º da LIA*.

O conceito de erário compreende *o conjunto de bens pertencentes ao Estado, representado em valores oriundo de impostos ou de qualquer outra natureza*, nas palavras de Aluizio Bezerra Filho⁸⁰.

O dispositivo ainda prevê a possibilidade de improbidade administrativa por ação dolosa ou culposa, o que inaugurou a discussão para o presente estudo. A partir daí, questiona-se se esta possibilidade é válida tão somente para o caso previsto no artigo 10, ou é estendida para as outras modalidades de improbidade, ou, ainda, se é constitucional, questões estas que serão debatidas no próximo capítulo.

O requisito elementar, sem o qual impossível a qualificação nesta modalidade, é o dano, perda, diminuição ou redução do nível de riqueza patrimonial do Poder Público. O prejuízo não pode ser meramente presumido, tem que ser real para haver o ressarcimento, não pode ser moral ou social asseveram Luiz Manoel Gomes Junior e Rogerio Favreto⁸¹.

⁸⁰ BEZERRA FILHO, Aluizio. Atos de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92 anotada e comentada. Curitiba: Juruá, 2012, p. 104.

⁸¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 132.

O dispositivo ressalta através de seus 15 incisos, condutas que caracterizam ato de improbidade administrativa por causar prejuízo ao erário. O primeiro deles⁸² é sobre o desvio de bens públicos, a transmutação da titularidade patrimonial do acervo público para a pessoa física ou jurídica privada. Aluizio Bezerra Filho⁸³ afirma que a única forma de transferência de bens públicos para particulares é através de alienação, que depende de lei autorizadora, de licitação e de avaliação. Sendo assim, a transferência de bens públicos que não siga o procedimento adequado, pode resultar em ato de improbidade administrativa.

O inciso XII do artigo 9º se assemelha ao inciso I do artigo 10, todavia, enquanto naquele o patrimônio público se incorpora ao patrimônio do próprio autor da improbidade, neste o bem é destinado a um terceiro por força da atuação do agente público. Sem a atuação do agente público, não há improbidade administrativa e o beneficiário poderá responder apenas por crime contra o patrimônio da entidade pública, e não por ato de improbidade⁸⁴.

O inciso II⁸⁵ do artigo 10 dispõe sobre o uso de bens públicos sem a observância das formalidades aplicáveis, ou seja, o uso indevido, também muito semelhante ao inciso XII do artigo 9º, com a mesma diferença já mencionada no parágrafo anterior, qual seja o beneficiário. Pedro Roberto Decomain⁸⁶ esclarece que o prejuízo no uso indevido de bens públicos está no mínimo no seu desgaste natural pelo uso.

O inciso III⁸⁷ contempla a doação irregular de bens públicos. O inciso prevê modalidade específica que já estava incluída no inciso I, pois a doação

⁸² *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;*

⁸³ BEZERRA FILHO, Aluizio. Atos de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92 anotada e comentada. Curitiba: Juruá, 2012, p. 112.

⁸⁴ DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade Administrativa. São Paulo: Dialética, 2007, p. 110-111.

⁸⁵ *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;*

⁸⁶ DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade Administrativa. São Paulo: Dialética, 2007, p. 112.

⁸⁷ *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*

irregular nada mais é que uma apropriação indevida. Na doação de bens públicos, deve-se observar a lei ou regulamento que a preveja sob pena de praticar ato de improbidade, uma vez que sem a atenção ao procedimento devido pode-se favorecer alguém, ferindo o princípio da impessoalidade.

O inciso IV⁸⁸ e o inciso V⁸⁹ tratam de favorecimento de transação desvantajosa para o erário, neste através da aquisição de bens com sobrepreço e naquele através de preços inferiores ao de mercado. Diferentemente do inciso III do art. 9º, o agente não recebe vantagem econômica para favorecer transação desvantajosa para o erário, mas permite ou facilita a sua realização. Aluízio Bezerra Filho⁹⁰ ressalta a importância do dano ao erário para a configuração do ato ímprobo com base nesses incisos, uma vez que não ocorrendo, pode-se caracterizar ato de improbidade previsto no artigo 11, por violação ao princípio da eficiência, dentre outros princípios.

O inciso VI⁹¹ dispõe sobre a realização de operações financeiras irregulares, sem as formalidades legais ou garantia suficiente. A garantia será insuficiente quando não for capaz de cobrir o crédito e os encargos da dívida aos quais é vinculada. A lei nº 4.717/65, que trata da ação popular já vedava situação semelhante em seu artigo 4º, II, “a”, no qual são considerados nulos os atos ou contratos celebrados quando as operações bancárias ou de crédito real ocorressem em desobediência a normas legais. E, o artigo 4º, II, “b” desta mesma lei, versa sobre a insuficiência de garantia ao falar em penhor inferior ao constante de escritura, contrato ou avaliação.

entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

⁸⁸ IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

⁸⁹ V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

⁹⁰ BEZERRA FILHO, Aluízio. Atos de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92 anotada e comentada. Curitiba: Juruá, 2012, p. 117-118.

⁹¹ VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

O inciso VII⁹² considera ato de improbidade a concessão de benefício administrativo ou fiscal ilegal, uma vez que, conseqüentemente, produz reflexos na situação financeira do Poder Público. Importante observar que os benefícios administrativos estão especificados em estatutos que estabelecem requisitos, condições e formalidades para a sua concessão e que os direitos dos servidores públicos são atos vinculados⁹³. Portanto, devem-se atender todas as condições previstas para o deferimento do pedido do benefício para não incorrer em ato de improbidade administrativa.

O inciso VII também menciona o benefício fiscal concedido irregularmente. Nesse caso, a Lei 8.137/90 que define os crimes de ordem tributária traz algumas hipóteses como a isenção tributária, remissão de dívida inscrita na dívida pública, de alíquota menor, anistia fiscal, dispensa de juros de mora de dívida fiscal, parcelamento de dívidas fiscais e etc. Esses exemplos mencionados realizados sem a observância de regramento próprio, além de crime contra a ordem tributária, implicarão em atos de improbidade administrativa.

O inciso VIII⁹⁴ trata sobre prejuízos ao erário em virtude da frustração de legalidade em licitação ou dispensa indevida. O objetivo da licitação é justamente garantir a proposta mais vantajosa com as melhores condições de preço e qualidade para um determinado serviço ou bem para a administração pública⁹⁵. Logo, ao fraudar as regras do procedimento licitatório, este objetivo não será alcançado e restará um prejuízo à administração.

Na hipótese de dispensa indevida de licitação, que deve ser interpretada extensivamente, abrangendo a dispensa⁹⁶ e inexigibilidade⁹⁷ esclarece Pedro

⁹² VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

⁹³ BEZERRA FILHO, Aluizio. Atos de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92 anotada e comentada. Curitiba: Juruá, 2012, p. 125.

⁹⁴ Assim dispõe o artigo 3º da Lei nº 8.666/93: Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

⁹⁵ VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

⁹⁶ Art. 24 da Lei nº 8.666/93 que dispõe sobre licitações e contratos administrativos.

Roberto Decomain⁹⁸, prejudica também a escolha da proposta mais vantajosa, violando o princípio da isonomia, pois impede que outros potenciais interessados possam contratar com a Administração Pública.

O inciso IX⁹⁹ contempla despesas não autorizadas, realizadas sem previsão em lei orçamentária e estimativa de impacto orçamentário-financeiro. Importante observar todas as etapas para a realização de despesas, como a sua realização, nota de empenho, liquidação e emissão da ordem de pagamento para não incorrer em ato de improbidade administrativa. No entanto, somente na etapa do efetivo pagamento é que pode ocorrer improbidade por lesão ao erário¹⁰⁰. Se nas outras etapas houver improbidade será nos termos do artigo 11 da LIA que trata sobre a violação dos princípios da administração.

O inciso X¹⁰¹ trata de duas espécies de comportamento culposo do agente público, quais sejam a negligência na arrecadação de tributos ou renda públicas e a negligência na conservação do patrimônio público. Percebe-se que o inciso inclui não somente as receitas tributárias, bem como as não tributárias, como contribuições compulsórias, rendas patrimoniais, industriais, agropecuárias e de serviços, recursos da cobrança da dívida ativa, etc¹⁰². E, assim como nos outros incisos do artigo 10 da LIA que trata da lesão ao erário, na hipótese do inciso X a negligência deve resultar em um prejuízo ao erário.

O inciso XI¹⁰³ versa sobre a irregularidade na liberação de verba pública ou na influência em sua aplicação. A primeira parte do inciso corresponde ao inciso IX, pois liberar verba pública também é realizar uma despesa. Quanto à

⁹⁷ Art. 25 da Lei nº 8.666/93.

⁹⁸ DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade Administrativa. São Paulo: Dialética, 2007, p. 120.

⁹⁹ IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

¹⁰⁰ DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade Administrativa. São Paulo: Dialética, 2007, p. 129.

¹⁰¹ X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

¹⁰² PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação de jurisprudência atualizada. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 92/93.

¹⁰³ XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

influência na aplicação de verba pública irregular, nota-se que o agente vai influenciar, através de persuasão, indução ou aconselhamento, para que outro agente realize a despesa/libere a verba¹⁰⁴.

O inciso XII¹⁰⁵ trata de favorecimento ao enriquecimento ilícito de terceiro, que pode ser particular ou outro agente público. Importante ressaltar que o agente que favorece não deve receber vantagem alguma, ou responderiam ambos, tanto o agente que favorece como o favorecido, por ato de improbidade que implica enriquecimento ilícito previsto do artigo 9º da LIA, modalidade mais gravosa de improbidade administrativa.

O inciso XIII¹⁰⁶ dispõe sobre a permissão de uso, em obra ou serviço particular, de pessoal e máquina administrativa, semelhante ao inciso IX do artigo 9º. Em ambos são subtraídos da utilização pública equipamentos e materiais resultando em benefício indevido, a diferença é que no inciso IX do artigo 9º o beneficiário é o próprio agente público responsável pelo ato.

Também é ato de improbidade por causar prejuízo ao erário a celebração de contrato de gestão associada de serviços públicos sem observância das formalidades previstas em lei, por força do inciso XIV¹⁰⁷. Trata-se de violação aos princípios da administração, sobretudo o da legalidade, resultando em um prejuízo ao erário. No caso da gestão associada é o contrato de programa que vai estipular as condições de sua validade e as obrigações entre os entes, devendo-se respeitar a prévia subscrição do protocolo de intenções¹⁰⁸, bem como as demais disposições previstas na Lei nº 11.107 que prevê a contratação de consórcios públicos envolvendo duas ou

¹⁰⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação de jurisprudência atualizada. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 93.

¹⁰⁵ XII - *permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;*

¹⁰⁶ 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.*

¹⁰⁷ 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;*

¹⁰⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação de jurisprudência atualizada. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 97.

mais pessoas jurídicas de Direito Público, com o objetivo de prestarem serviços em conjunto.

O inciso XV¹⁰⁹ versa sobre a celebração de contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária ou irregular. Este inciso, assim como o anterior, foi acrescido pela Lei nº 11.107/05. O artigo 8º de mencionada lei dispõe sobre a entrega de recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio, que estabelece a necessária previsão ou no orçamento anual ou no plano plurianual legalmente aprovado pela entidade. Deste modo, a própria celebração do contrato de rateio sem que primeiro seja realizada a previsão, ou sem suficiente previsão orçamentária, é considerado ato de improbidade, esclarece Pedro Roberto Decomain¹¹⁰.

Pedro Roberto Decomain¹¹¹ ressalta ainda que, referente a todos os incisos do artigo 10, havendo ganho patrimonial, independente de causar prejuízo ao erário, o agente deverá ser condenado por improbidade administrativa nos termos do artigo 9º, qual seja, atos que causem enriquecimento ilícito. O enquadramento como ato de improbidade por importar prejuízo ao erário ocorrerá se da conduta advir apenas o dano ao patrimônio público, sem que ocorra o enriquecimento ilícito. Nota-se que a modalidade de improbidade mais gravosa absorve a menos gravosa.

2.3 Violação aos princípios da administração

A terceira e última modalidade de improbidade administrativa é a violação aos princípios da administração prevista no artigo 11 da LIA. O *caput* do artigo fala em violação *dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições*, a partir da expressão legalidade, Marino

¹⁰⁹ XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

¹¹⁰ DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade Administrativa. São Paulo: Dialética, 2007, p. 141.

¹¹¹ DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade Administrativa. São Paulo: Dialética, 2007, p. 109.

Pazzaglini Filho¹¹² conclui que se trata também dos demais princípios elencados no artigo 37 da Constituição Federal, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O supracitado autor observa que nos atos de improbidade que importem enriquecimento ilícito e que causem lesão ao erário há sempre a violação ao princípio da legalidade e, em geral, outros princípios constitucionais também. Sendo assim, pode-se afirmar que o artigo 11 é norma residual em relação às outras duas modalidades de ato de improbidade.

E, conforme já analisado, ocorrendo espécie mais gravosa de improbidade administrativa, esta absorverá a menos gravosa. Logo, apenas no caso de não causar enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário, houver tão somente a violação aos princípios da administração, é que o ato será enquadrado no artigo 11 da LIA.

Todavia, é importante ter cautela para não considerar todo ato ilegal um ato ímprobo, ilegalidade não é sinônimo de improbidade, conforme já estudado no primeiro capítulo deste trabalho.

Para elucidar esta diferenciação, o artigo traz em seus sete incisos, algumas hipóteses de atos de improbidade administrativa que violam princípios da administração.

O inciso I¹¹³ estabelece violação aos princípios da administração a prática de ato funcional com desvio de finalidade, também previsto na Lei nº 4.717/65 que regula a ação popular em seu artigo 2º, “e”.

Pedro Roberto Decomain¹¹⁴ entende que assim como o desvio de finalidade, a falta de motivação pode tornar um ato ímprobo pelo artigo 11, I da LIA. O autor também assevera que somente o ato praticado visando fim de índole privada, com a violação do princípio da impessoalidade, ou seja,

¹¹² PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação de jurisprudência atualizada. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 100.

¹¹³ I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

¹¹⁴ DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade Administrativa. São Paulo: Dialética, 2007, p. 151.

prejudicando ou favorecendo alguém, é que se tem improbidade. Sendo assim, um ato praticado com desvio de finalidade com o objetivo de dar atendimento a interesse público não é ato ímprobo, pois não há violação de princípio constitucional, mas ofensa à regra de competência ou de forma e, assim, poderá tão somente ser anulado.

O inciso II¹¹⁵ prevê como ato ímprobo o retardamento ou omissão de ato de ofício. Além de incorrer em improbidade administrativa, o agente está sujeito a responder pelo crime de prevaricação previsto no artigo 319 do Código Penal.

O inciso III¹¹⁶ trata da quebra do sigilo funcional. A Constituição Federal prevê que a Administração Pública seja norteadada pelo princípio da publicidade, contudo, em algumas situações, o sigilo deve ser mantido para preservar a segurança da sociedade ou do Estado¹¹⁷. Algumas hipóteses de sigilo são: o sigilo bancário que deve ser mantido pelos dirigentes e empregados de instituições financeiras; o sigilo dos servidores do Fisco, previsto no artigo 198 do Código Tributário Nacional; as ações que tramitam em segredo de justiça, previstas no artigo 155 do Código de Processo Civil, entre outras.

O inciso IV¹¹⁸ dispõe sobre a violação do princípio da publicidade. A publicidade é requisito essencial à transparência da gestão da coisa pública e permite o controle tanto interno quanto externo das atividades do Estado¹¹⁹. A violação a esse princípio pode levar a condenação por improbidade administrativa. Como visto no inciso III, há exceções ao princípio da publicidade, quando for indispensável à defesa da intimidade de um indivíduo, interesse social, ou imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

¹¹⁵ II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

¹¹⁶ III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

¹¹⁷ DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade Administrativa. São Paulo: Dialética, 2007, p. 157.

¹¹⁸ IV - negar publicidade aos atos oficiais;

¹¹⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação de jurisprudência atualizada. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 107.

A frustração de licitude em concurso público prevista no inciso V¹²⁰ trata da violação ao princípio da igualdade, pois impossibilita a igualdade de competição entre os candidatos habilitados¹²¹, sendo dispensável apenas nos casos de preenchimento de cargos em comissão previstos em lei de livre nomeação e exoneração apenas para as atribuições de direção, chefia e assessoramento, conforme previsto na Constituição Federal em seu artigo 37, V.

Nos casos de indevida contratação, cujo contratado passa a receber salário, Marino Pazzaglini Filho¹²² assevera que a regra é a devolução dos salários e demais vantagens, pois se presume a lesividade da contratação, salvo se houver a efetiva prestação do serviço público, a boa-fé do contratado e a indispensabilidade da contratação.

O inciso VI¹²³ versa sobre a omissão da prestação de contas, ou seja, também é uma violação ao princípio da publicidade. Os governados devem ter conhecimento sobre a atuação funcional dos governantes e, para isso, os chefes do Executivo tem o dever de prestar contas anualmente perante o Legislativo e este para realizar o controle externo das contas públicas, dispõe do auxílio do Tribunal de Contas¹²⁴.

E, o inciso VII¹²⁵ qualifica um tipo específico de quebra de sigilo funcional, previsto no inciso III, qual seja a divulgação indevida de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadorias ou serviços. Para o enquadramento em improbidade administrativa com base no inciso VII, irrelevante que os preços aumentem ou diminuam, todavia, a divulgação deve ser capaz de afetar o preço. Se de fato resultar em alteração no preço e

¹²⁰ V - frustrar a licitude de concurso público;

¹²¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação de jurisprudência atualizada. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 110.

¹²² PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação de jurisprudência atualizada. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 113.

¹²³ VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

¹²⁴ DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade Administrativa. São Paulo: Dialética, 2007, p. 169.

¹²⁵ 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.

prejuízo ao erário, conforme visto no item 2.2, estará configurado o ato de improbidade nos termos do artigo 10, por ser mais gravosa que a improbidade prevista no artigo 11.

3 ELEMENTO SUBJETIVO

A Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92 trata do elemento subjetivo apenas nos atos de improbidade previstos no artigo 10, quais sejam, os que causam lesão ao erário, ao falar em dolo ou culpa. Nas demais hipóteses, silenciou-se quanto ao elemento subjetivo necessário para caracterizar a improbidade administrativa.

A falta de previsão em lei sobre o elemento subjetivo nos casos de enriquecimento ilícito e violação aos princípios da administração abriu espaço para divergências doutrinárias e jurisprudenciais, resultando ainda na incerteza da validade da modalidade culposa nos casos de improbidade administrativa por lesão ao erário.

3.1 Dolo e culpa

Primeiramente, importante destacar os conceitos de dolo e culpa. Estes conceitos aplicáveis ao presente trabalho podem ser importados do Direito Penal.

Sabe-se que o dolo é a intenção de praticar o ato, juntamente com a consciência do seu resultado ilícito. E, que o dolo direto e o dolo eventual se diferenciam pela vontade real do agente em praticar o ilícito.

O dolo direto está relacionado à vontade direta de praticar o resultado ilícito, rege-se pela teoria da vontade, enquanto o dolo eventual está relacionado à aceitação de praticar o ilícito, ou seja, o seu consentimento, rege-se pela teoria do consentimento, conforme esclarecem Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹²⁶.

¹²⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 296

O dolo também pode ser genérico ou específico. Esta classificação é bastante utilizada nas jurisprudências que tratam sobre o elemento subjetivo na improbidade administrativa.

Quando a vontade do agente se esgota com a prática da conduta objetivamente descrita na norma, o dolo é genérico. Já o dolo específico, também chamado de dolo especial ou dolo com intenção ulterior, está relacionado a uma finalidade particular, o agente pratica o fato, mas sua vontade é de produzir um fim especial. Flávio Augusto Monteiro de Barros esclarece que na realidade, o dolo específico não é dolo, e sim uma finalidade¹²⁷.

Culpa, por sua vez, é a prática de um resultado ilícito sem, no entanto, vontade ou consciência de praticá-lo. É o resultado de ato negligente, imprudente ou imperito. Isabela Giglio Figueiredo explica bem o conceito de culpa, conforme se extrai:

*O protagonista do ato culposo é aquele que não queria comportar-se de modo a produzir o resultado ilegal e agiu de boa-fé, mas não procedeu de maneira cautelosa e prudente, de modo a evitar o resultado*¹²⁸.

Necessário se faz, ainda, a diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente. Como já mencionado, no dolo eventual o agente está consciente de que seus atos resultarão no ilícito. Quanto à culpa consciente, o agente sabe que o resultado ilícito pode se realizar, no entanto, o agente espera que ele não ocorra ou que poderá impedi-lo.

Alguns autores ainda falam em culpa grave, equiparando-a ao dolo, em virtude da reprovabilidade social da conduta e por se tratar de uma falta inescusável¹²⁹.

¹²⁷ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Direito Penal: v. 1 parte geral. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 254.

¹²⁸ FIGUEIRERO, Isabela Giglio. Improbidade Administrativa Dolo e Culpa. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 176.

¹²⁹ SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. Os agentes políticos e a responsabilidade por culpa em face do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa. Jus Podivm. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BD33EA273-9F40-47EE-99E6-FA6FCADFDB2%7D_agentes_politicos_responsabilidades_por_culpa.pdf> Acesso em: 15 de junho de 2013.

Verifica-se na doutrina brasileira divergência sobre a necessidade de dolo ou culpa na configuração dos atos de improbidade. Entre os autores, há vários entendimentos. Passo agora a expor alguns deles.

3.2 Elemento subjetivo nos atos de improbidade

A razão para a grande divergência de entendimento decorre do fato da LIA se omitir sobre o elemento subjetivo nas hipóteses de enriquecimento ilícito (artigo 9º) e violação aos princípios da administração (artigo 11). E, quanto aos atos de improbidade que causem prejuízo ao erário (art. 10), a LIA faz referência ao elemento subjetivo ao falar em *qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa*.

Em geral, conforme será demonstrado, os doutrinadores não admitem a responsabilidade objetiva¹³⁰ para caracterizar a improbidade administrativa, sendo necessário o dolo ou, em alguns casos, a culpa.

Questionando a modalidade culposa nos atos de improbidade administrativa, há pelo menos três correntes, as quais consideram: a) possibilidade de culpa somente no caso de prejuízo ao erário; b) impossibilidade em qualquer uma das hipóteses de improbidade administrativa e; c) possibilidade em outras hipóteses de improbidade administrativa, além do prejuízo ao erário.

¹³⁰ A responsabilidade objetiva imputa a obrigação de reparação do dano àquele que praticar o ato independente de culpa ou dolo, previsto no parágrafo único do art. 927 do Código Civil. *Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*

3.2.1 Possibilidade da modalidade culposa somente nos atos de improbidade administrativa que causem prejuízo ao erário

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves entendem que não se enquadra a responsabilidade objetiva, ou seja, sem dolo ou culpa, em nenhuma das tipologias, pois seria imprescindível normatização expressa nesse sentido para sua caracterização. Sendo assim, nos casos previstos nos artigos 9º e 11, haveria a exigência de dolo do agente e somente no caso do artigo 10, qual seja de atos que causem prejuízo ao erário, haveria a possibilidade de condenação tanto por dolo ou culpa.

O fundamento utilizado pelos autores para não se admitir a culpa nos casos de enriquecimento ilícito ou violação aos princípios da Administração é a necessidade da prática voluntária, almejando o resultado lesivo e, uma vez que a possibilidade da culpa só foi prevista no artigo 10, a intenção do legislador seria de restringi-la a este artigo. Os autores ainda ressaltam a importância de se verificar o grau da culpa para fins de dosimetria da sanção¹³¹.

Do mesmo modo é o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho. O autor afasta a possibilidade de uma responsabilidade objetiva e afirma ser imprescindível o elemento subjetivo dolo ou culpa, sendo que a modalidade culposa seria possível tão somente no caso do artigo 10, prejuízo ao erário, uma vez que a intenção do legislador de punir condutas culposas de agente que causem dano ao erário ficou clara ao atentar-se para o *caput* do artigo 10, bem como ao artigo 5º da LIA que reforça este desiderato ao se referir também em dolo e culpa quando dispõe sobre prejuízos ao erário¹³².

José dos Santos Carvalho Filho discorda de autores que entendem que condutas culposas tem menor gravidade que condutas dolosas, pois, segundo

¹³¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 297-299.

¹³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1072.

o autor, há condutas culposas que, pela repercussão que acarretam, têm maior densidade que alguns atos praticados com dolo¹³³.

Marçal Justen Filho também defende a necessidade do elemento subjetivo para configurar improbidade administrativa, possibilitando a modalidade culposa somente nos casos de lesão ao erário. Todavia, quanto ao artigo 10, faz a seguinte ressalva:

Deve-se ter cautela para evitar a generalização da configuração da improbidade sem dolo em todos os casos do art. 10. Apenas alguns deles é que comportam essa possibilidade.

A esmagadora maioria das condutas descritas no art. 10 compreende o dolo genérico como elemento subjetivo. Admite-se, no entanto, a culpa em situações excepcionais, especialmente nas hipóteses em que a lesão aos cofres públicos se aperfeiçoa em virtude da omissão da adoção de providências indispensáveis à defesa dos interesses e bens colocados sob guarda de um agente estatal¹³⁴.

Assim sendo, o autor entende que somente algumas condutas culposas que causem prejuízo ao erário se enquadram como atos de improbidade administrativa, sobretudo aquelas que em razão da omissão do agente resulta no dano.

Não se pode interpretar o artigo de forma literal, para não incorrer em situações absurdas. Eurico Ferraresi traz o exemplo do servidor que utiliza da impressora de sua repartição para imprimir texto de uso pessoal, o que, em tese, seria ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10 da LIA, todavia, fugiria das regras da proporcionalidade e da razoabilidade a condenação deste servidor nas sanções impostas pela lei de improbidade¹³⁵.

Com este exemplo, Eurico Ferraresi pretende ressaltar que não é qualquer ato culposos que cause prejuízo ao erário que se caracterizará como ato de improbidade, deve-se observar o grau da culpa e a extensão do dano, sob pena de injustiças inaceitáveis e irremissíveis.

¹³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1072.

¹³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 889.

¹³⁵ FERRARESI, Eurico. Improbidade administrativa: Lei 8.429/1992 comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2011, p. 94.

Para esta corrente, nas hipóteses de enriquecimento ilícito e violação aos princípios da administração, se o ato não for praticado com dolo, não há improbidade administrativa. Todavia, constitui-se uma infração funcional e pode gerar aplicação de penalidade, conforme a lei de incidência que não a LIA¹³⁶.

3.2.2 Impossibilidade da modalidade culposa para caracterizar improbidade administrativa

Há autores que entendem que nem mesmo no caso de prejuízo ao erário é possível a modalidade culposa por considerarem que a real intenção do legislador era punir somente a desonestidade e a corrupção e que admitir a modalidade culposa para caracterizar o ato de improbidade administrativa estaria desviando o intuito da lei.

Esse é o entendimento de Isabela Giglio Figueiredo¹³⁷. A autora, ainda, destaca que os atos culposos não estão isentos de penalidades, assim dispõe:

Poder-se-á estar diante de hipótese de mera ilegalidade do ato, e não de improbidade do administrador, o que não autoriza a imposição das rigorosas sanções previstas na Lei de Improbidade. Demonstrada a ilegalidade do ato, o prejuízo ao erário e o nexó de causalidade entre a conduta do administrador e o dano, sem a configuração do dolo, impõe-se a obrigação de ressarcimento. A ilegalidade, por si só, não possui o condão de conduzir a aplicação das penas pela prática de ato de improbidade¹³⁸.

Sendo assim, no exemplo dado pela autora, caberia tão somente a obrigação de ressarcimento dos prejuízos causados, e não as severas penas previstas na LIA, como perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa, entre outras.

Para a autora supracitada, o conceito de improbidade administrativa consiste em uma imoralidade qualificada pela desonestidade e, portanto,

¹³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1073.

¹³⁷ FIGUEIRERO, Isabela Giglio. Improbidade Administrativa Dolo e Culpa. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 143.

¹³⁸ FIGUEIRERO, Isabela Giglio. Improbidade Administrativa Dolo e Culpa. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 177.

indispensável a presença do dolo na prática do ato de improbidade, não se admitindo a modalidade culposa¹³⁹.

Hely Lopes Meirelles defende a mesma teoria de Isabela Giglio Figueiredo. Para ele, a finalidade da LIA é punir tão somente o administrador desonesto, aquele que atentou contra a probidade da administração, e não o que agiu de forma culposa, mediante imprudência, negligência ou imperícia. O agente que agiu de forma culposa deve responder apenas por sanções administrativas.

José Armando da Costa considera inconcebível que uma ação culposa leve à prática de ato ímprobo, pois a conduta ímproba deve ser assumida pelo agente, que sabe estar sendo desonesto, desleal, imoral e corrupto. A conduta eticamente reprovável do agente deve ser livre e voluntária para caracterizar improbidade administrativa, o que não se admite por mera culpa¹⁴⁰.

A conduta ímproba pressupõe uma vontade do agente em produzir o resultado, deve haver a consciência e a vontade em ser desonesto. Sua vontade está relacionada à má-fé e à deslealdade em praticar o ato ímprobo. Dessa forma, torna-se difícil excluir o dolo do conceito de improbidade¹⁴¹.

E, ainda, deve-se levar em consideração a gravidade das sanções previstas na LIA. Não é razoável que o sujeito responsabilizado pelo ato de improbidade administrativa na forma culposa tenha seus direitos políticos suspensos ou perca sua função pública, por exemplo. Por isso Gustavo Senna Miranda¹⁴² defende que deve ser eliminada a possibilidade de modalidade culposa mesmo nos casos de prejuízo ao erário, pois esta previsão está em desacordo com os objetivos da lei.

¹³⁹ FIGUEIRERO, Isabela Giglio. *Improbidade Administrativa Dolo e Culpa*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 129.

¹⁴⁰ COSTA, José Armando da. *Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 27-28.

¹⁴¹ FIGUEIRERO, Isabela Giglio. *Improbidade Administrativa Dolo e Culpa*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 128.

¹⁴² Espírito Santo (Estado). Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. *Improbidade Administrativa*. Vitória: CEAF, 2004, p. 258-259.

3.2.3 Possibilidade da modalidade culposa em outras hipóteses de improbidade administrativa

Diferente do apresentado até agora, quanto à improbidade administrativa pela prática de ato que cause enriquecimento ilícito, previsto no artigo 9º da LIA, José Augusto Delgado explica que tendo em vista que o dispositivo não dispõe sobre o elemento subjetivo, este é sem importância, em suas palavras: *o elemento vontade teria pouca importância para caracterizar a infração*¹⁴³.

Sendo assim, segundo o autor, para a responsabilização por ato de improbidade administrativa nos termos no artigo 9º da LIA, basta que o ato resulte em aumento patrimonial injustificado em virtude da atividade administrativa exercida, ou seja, o dano e o nexos causal. Neste caso, estar-se-á diante de uma responsabilidade objetiva.

Já quanto aos atos que causem prejuízo ao erário ou violem os princípios da administração, ainda conforme o entendimento de José Augusto Delgado, exige-se uma ação dolosa ou culposa.

Maria Goretti Dal Bosco defende a possibilidade de atos de improbidade administrativa na modalidade culposa não apenas no caso de prejuízo ao erário, como também na hipótese do artigo 11 da LIA, que é o caso de violação aos princípios da administração. Assim, afirma a autora:

*O art. 11 da Lei nº 8.429/1992 é dirigido aos agentes públicos, assim entendidos os especificados no art. 2º da Lei. Veja-se, ainda, que a lei aqui considera tanto as ações, como as omissões do agente, que importem em atos de improbidade atentatórios aos princípios constitucionais e violação de deveres que menciona. Assim, da mesma forma que o art. 10, o art. 11 abrangem, também, a conduta culposa, o que não ocorre no art. 9º*¹⁴⁴.

Tal modalidade, pelo entendimento de Maria Goretti Dal Bosco, não deve ser aceita na hipótese de improbidade por enriquecimento ilícito, na qual

¹⁴³ BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). Improbidade Administrativa, questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 226.

¹⁴⁴ DAL BOSCO, Maria Goretti. Responsabilidade do agente público por ato de improbidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 145

se faz necessário o elemento subjetivo dolo. Porém, ressalta que a culpa não pode ser usada simplesmente como escapatória da condenação, o juiz deve avaliar cada caso com cautela.

Walter Claudius Rothenburg estende a possibilidade da modalidade culposa tanto para os casos previstos no artigo 9º, enriquecimento ilícito, como para os casos do artigo 11, violação aos princípios da administração, pois entende que a previsão do artigo 5º, no sentido de aceitar a conduta dolosa ou culposa, é uma *norma geral do microssistema normativo estabelecido pela Lei nº 8.429/92*. No entanto, ressalta que a culpa deve ser grave.

O autor observa que há algumas hipóteses previstas nos incisos dos artigos 9º, 10 e 11 que está implícito o comportamento culposos do agente, como no inciso VII do artigo 11. Neste inciso, ainda segundo Walter Claudius Rothenburg, a conduta descrita comporta perfeitamente a culpa do agente¹⁴⁵.

Percebe-se que há grande divergência mesmo entre os autores que são a favor da improbidade administrativa na modalidade culposa.

Difícil saber qual foi a real intenção do legislador ao exigir o dolo ou culpa somente nos casos de improbidade por prejuízo ao erário. Maria Sylvania Zanella Di Pietro sustenta que provavelmente foi uma falha do legislador, pois não vê razão para a diferenciação de tratamento entre as hipóteses de improbidade administrativa. Contudo, a autora assevera que pelo próprio conceito da palavra improbidade, necessário um mínimo de má-fé que revele um comportamento desonesto ao praticar um ato com relevante gravidade e afasta totalmente a possibilidade de responsabilidade objetiva por ato de improbidade administrativa¹⁴⁶.

Diante das inúmeras leis, decretos, regulamentos e etc., o princípio de que todos conhecem a lei não pode ser aplicado cegamente neste caso. Ainda

¹⁴⁵ ROTHENBURG, Walter Claudius. Ação por improbidade administrativa: aspectos de relevo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Improbidade administrativa: 10 anos da lei n. 8429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 461-484.

¹⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 900.

mais diante da severidade das penas previstas na LIA. É preciso observar as regras da razoabilidade e bom-senso¹⁴⁷.

3.2.4 Terceiro

Já foi mencionado que aquele que induz ou concorre para a prática do ato ímprobo ou dele se beneficie está equiparada a agente público para os fins da Lei de Improbidade Administrativa, por força do artigo 3º dessa lei.

Sendo assim, o terceiro, que não é propriamente agente público, também pode ser responsabilizado por improbidade administrativa, se estiver de algum modo relacionado ao agente na prática do ato ímprobo.

Todavia, quanto ao terceiro, o elemento subjetivo é tratado de forma diversa.

O terceiro só pode ser condenado por improbidade administrativa se cometer o ato de forma dolosa. Ele deve ter ciência da ilicitude de sua conduta, pois, nesse caso, conforme entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, *comportamento culposo não se compatibiliza com a percepção de vantagem indevida*¹⁴⁸.

Deste modo, a controvérsia apresentada no presente trabalho só se aplica aos agentes públicos que praticam o ato ímprobo e, não aos terceiros.

3.3 Entendimento jurisprudencial

A controvérsia não está somente na doutrina. Os Tribunais de Justiça também têm debatido o tema, inclusive os Tribunais Superiores. E, conforme

¹⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 899.

¹⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1068.

se observa da jurisprudência, os posicionamentos com relação ao elemento subjetivo na improbidade administrativa vêm se modificando.

Outrora, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça entendia que nos casos dos artigos 9º e 10 da LIA era necessária a presença do elemento subjetivo dolo ou culpa e que para responsabilizar o agente pelo artigo 11 da LIA, independia tanto do elemento subjetivo, caracterizando a responsabilidade objetiva, como do efetivo prejuízo ao erário ou do enriquecimento ilícito. Esse entendimento foi modificado em 2011, para acompanhar o posicionamento já firmado pela Primeira Turma¹⁴⁹ do Superior Tribunal de Justiça com relação ao artigo 11, passando a exigir o dolo genérico, conforme trecho extraído de ementa da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça:

2. As infrações tratadas nos arts. 9º e 10, da Lei nº 8.429/92, além de dependerem da comprovação de dolo ou culpa por parte do agente supostamente ímprobo, podem exigir, conforme as circunstâncias do caso, a prova de lesão ou prejuízo ao erário. Com relação ao artigo 11 da Lei de Improbidade, a Segunda Turma desta Corte perfilhava o entendimento de que não seria necessário perquirir se o gestor público comportou-se com dolo ou culpa, ou se houve prejuízo material ao erário, tampouco a ocorrência de enriquecimento ilícito.

3. Quanto ao elemento subjetivo, no julgamento do Recurso Especial 765.212/AC, DJe de 19.05.10, relator o eminente Ministro Herman Benjamin, a orientação desta Turma foi alterada para considerar necessário estar presente na conduta do agente público ao menos o dolo lato sensu ou genérico, sob pena de caracterizar-se verdadeira responsabilidade objetiva dos administradores.¹⁵⁰

A jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, tanto na Primeira quanto na Segunda Turma, vem se unificando no sentido de possibilitar a modalidade culposa na improbidade administrativa apenas se houver prejuízo ao erário, nos termos do artigo 10 da LIA. As hipóteses de improbidade administrativa que importem enriquecimento ilícito e violação aos

¹⁴⁹ O posicionamento firmado pela Primeira Turma em 2011 já era no sentido de necessidade de, ao menos, dolo genérico para as hipóteses de atos de improbidade previstas nos arts. 9º e 11, e dolo ou culpa no caso do art. 11. Conforme se observa em jurisprudência: *Nesse passo, o elemento subjetivo necessário à configuração de improbidade administrativa é o dolo eventual ou genérico de realizar conduta que gere o indevido enriquecimento ou que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de intenção específica, pois a atuação deliberada em desrespeito ao patrimônio público e às normas legais, cujo desconhecimento é inescusável, evidencia a presença do dolo.* (STJ - AgRg no AREsp 20747 / SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, primeira turma, j. em 17.11.2011)

¹⁵⁰ STJ - REsp 1155803 / PR, Rel. Min. Castro Meira, segunda turma, j. em 01.12.2011.

princípios da administração só estão sendo admitidas se houver dolo, ainda que genérico, sendo, portanto, desnecessária a intenção específica.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CARACTERIZAÇÃO DE LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ART. 11 DA LIA. DESNECESSIDADE DE INTENÇÃO ESPECÍFICA E DE DANO AO ERÁRIO. SUFICIÊNCIA DO DOLO GENÉRICO DE SE CONDUZIR DELIBERADAMENTE CONTRA AS NORMAS. SANÇÕES DO ART. 12 DA LEI DE IMPROBIDADE. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE INOBSERVADOS. READEQUAÇÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. PRECEDENTES DO STJ.¹⁵¹

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a controvérsia não é evidente.

Nos Tribunais Estaduais, observa-se que há ainda resquícios da controvérsia existente no Superior Tribunal de Justiça.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a jurisprudência recente predominante é no sentido de ser necessário o elemento subjetivo dolo para as condutas tipificadas nos artigos 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa e dolo ou culpa somente no caso de prejuízo ao erário previsto no artigo 10. Por exemplo, o trecho da seguinte decisão:

Para fins de configuração do ato ímprobo, necessária a configuração do elemento subjetivo (dolo) do agente que, de forma deliberada, tenha incorrido em uma das condutas tipificadas nos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, ou, ao menos, com culpa, no caso do art. 10 da mesma lei.¹⁵² (Embargos Infringentes Nº 70053683306, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, j. em 12/04/2013)

Todavia, ainda há entendimentos aceitando a modalidade culposa mesmo quando não há prejuízo ao erário. Neste caso, a prática do ato ímprobo

¹⁵¹ STJ - AgRg nos EDcl no AREsp 33898 / RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, primeira turma, j. em 02.05.2013. No mesmo sentido: EDcl no REsp 1304880 / SP, Rel. Min. Humberto Martins, segunda turma, j. em 28.05.2013; REsp 1347223 / RN, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, segunda turma, j. em 16.05.2013; AgRg no AREsp 184923 / SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, primeira turma, j. em 02.05.2013; RE 589784 AgR / MS - MATO GROSSO DO SUL, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 07.08.2012.

¹⁵² Embargos Infringentes Nº 70053683306, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, j. em 12.04.2013.

apenas com culpa atenua a aplicação das sanções previstas no artigo 12 da LIA. Em uma das jurisprudências analisadas¹⁵³, o caso era de improbidade administrativa por violação aos princípios da administração mediante culpa, no qual, afastou-se a sanção de multa, pois a conduta culposa não gerou acréscimo patrimonial, bem como, não houve suspensão dos direitos políticos, ante a gravidade da sanção, em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, há certa divergência entre as Câmaras.

A Terceira Câmara de Direito Público em acórdão proferido pelo Relator Desembargador Pedro Manoel Abreu afirmou que já é assente o entendimento quanto à necessidade do elemento subjetivo dolo nos casos dos artigos 9º e 11 da LIA e, ao menos, culpa na hipótese do artigo 10, com base em precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

Administrativo. Ação de improbidade administrativa. Presídio. Alegado desvio de alimentos e materiais de limpeza adquiridos pelo Estado, a benefício de entidade de comércio privado. Suposto descumprimento de regimes de pena estabelecidos em sentenças transitadas em julgado, mediante propina. Alegação da ocorrência de festas clandestinas no interior do estabelecimento penal, com favorecimento à prostituição de detentas. Não demonstração dos fatos alegados na inicial. Ausência de dolo ou culpa e, no mais das vezes, da própria conduta imputada aos réus. Decreto de improcedência no primeiro grau de jurisdição. Acerto. Remessa necessária e recurso voluntário desprovidos.

É assente o entendimento segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta dos réus como incursos nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10 (precedentes do STJ).¹⁵⁴

No entanto, a Segunda Câmara de Direito Público em julgado recente rejeitou ação de improbidade administrativa, ajuizada com fundamento no

¹⁵³ Apelação Cível Nº 70041269655, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, j. em 28.09.2011.

¹⁵⁴ Apelação Cível nº 2011.020351-4, Terceira Câmara de Direito Público, Tribunal de Justiça de SC, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 12.03.2013.

artigo 9º da LIA, na qual o servidor público municipal comissionado percebeu verba remuneratória alegadamente indevida, por ausência de culpa e dolo. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. IMPUTAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL COMMISSIONADO. PERCEPÇÃO DE VERBA REMUNERATÓRIA ALEGADAMENTE INDEVIDA. AUSÊNCIA DE SUBSÍDIOS FÁTICOS E JURÍDICOS A AMPARAR O SEGUIMENTO DA ACTIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO FEITO. APLICAÇÃO DO ART. 17, § 8º, DA LEI N. 8.429/92. DECISUM MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO.

*Se o conjunto probatório, por falta de consistência objetiva, faz concluir estarem ausentes indícios de culpa, de dolo ou de qualquer espécie de comportamento ímprobo, impõe-se a confirmação da sentença que rejeitou ação por ato de improbidade administrativa, com espeque no art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/92.*¹⁵⁵

Quanto aos atos de improbidade que causem prejuízo ao erário, os julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina têm sido pela aceitação da modalidade culposa¹⁵⁶.

Percebe-se que, muito embora ainda existam algumas divergências, a tendência com o tempo é pacificar o entendimento jurisprudencial no sentido de ser necessário o dolo genérico para os atos de improbidade previstos nos artigos 9º e 11 da LIA, quais sejam, enriquecimento ilícito e violação aos princípios da administração, e dolo ou culpa apenas para o artigo 10, qual seja, prejuízo ao erário.

¹⁵⁵ Apelação Cível nº 2011.075418-3, Segunda Câmara de Direito Público, Tribunal de Justiça de SC, Rel. Des. João Henrique Blasi, j. em 15.01.2013.

¹⁵⁶ Conforme jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: Apelação Cível nº 2008.052778-2, Segunda Câmara de Direito Público, Rel. Des. Cid Goulart, j. em 23.04.2013; Apelação Cível 2010.002897-5, Quarta Câmara de Direito Público, Rel. Des. Júlio César Knoll, j. em 25.10.2012; Apelação Cível nº 2010.057609-8, Terceira Câmara de Direito Público, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 14.08.2012.

CONCLUSÃO

A Lei de Improbidade nº 8.429/92 dispõe sobre o elemento subjetivo apenas nos artigos 5º e 10, que tratam sobre os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário. Diante disso, resulta a dúvida sobre o elemento subjetivo nos casos de enriquecimento ilícito e violação aos princípios da administração, e se é válida a modalidade culposa, ainda que, nos casos de prejuízo ao erário.

A LIA não traz o conceito de improbidade, mas a doutrina a define como má-fé e desonestidade. Demais disso, considerando as severas sanções previstas na LIA, diversos autores só admitem a responsabilidade por ato de improbidade administrativa se for praticado mediante dolo.

Outros que aceitam a modalidade culposa referem-se à necessidade de culpa grave, aquela inescusável e de alta reprovabilidade social.

Muito embora a jurisprudência predominante venha se posicionando no sentido de responsabilizar os sujeitos que praticam o ato de improbidade mediante culpa apenas quando houver prejuízo ao erário e exigir o dolo nos casos de enriquecimento ilícito e violação aos princípios da administração, entendo que se deve observar a ressalva com relação à gravidade da culpa e estendê-la a outras hipóteses de improbidade administrativa.

Sabe-se que os gestores da coisa pública devem se comportar de maneira diligente e responsável, a inobservância inescusável desse comportamento que resulte em um ilícito previsível importa em culpa grave. O agente tem o dever de cuidado com a coisa pública, portanto o seu despreparo funcional deve sim ser punido.

Sendo assim, sobretudo nos casos em que a omissão gerar o ato ímprobo, o agente público que praticar o ato de improbidade administrativa com culpa grave deve ser responsabilizado, independente de resultar prejuízo ao erário.

Importante observar que o terceiro não tem o dever de cuidado objetivo com a coisa pública e, portanto, só poderá ser responsabilizado por improbidade administrativa se agir com dolo.

Há condutas culposas que, diante da repercussão que geram, são tão graves quanto às condutas praticadas com dolo.

A ausência de dolo não pode servir de escapatória na condenação. É necessário avaliar cada caso e sempre observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

As sanções previstas na LIA são extremamente severas e a repercussão que uma ação de improbidade administrativa pode causar na vida daquele contra a qual foi proposta, ainda que seja julgada improcedente, são devastadoras. Deste modo, imperioso o bom-senso antes do ajuizamento de uma ação de improbidade, bem como na aplicação das sanções.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal: v. 1 parte geral**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011,

BEZERRA FILHO, Aluízio. **Atos de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92 anotada e comentada**. Curitiba: Juruá, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm>.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>.

_____. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>

_____. Decreto Lei nº 2.848 de 7 de setembro de 1840. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>.

_____. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

_____. Lei nº 10.628 de 24 de dezembro de 2002. Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10628.htm>.

_____. Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>

_____. Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>>.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>.

BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Improbidade Administrativa, questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Limites Constitucionais à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, José Armando da. **Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

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

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais**. São Paulo: Malheiros editores, 2001.

Espírito Santo (Estado). Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. **Improbidade Administrativa**. Vitória: CEF, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRARESI, Eurico. **Improbidade administrativa: Lei 8.429/1992 comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2011.

FIGUEIRERO, Isabela Giglio. **Improbidade Administrativa Dolo e Culpa**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e**

de responsabilidade fiscal; legislação de jurisprudência atualizada. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação de jurisprudência atualizada.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

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

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. **O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública.** Coimbra: Almedina, 1996.

SAMPAIO, José Adercio Leite. **Improbidade administrativa: 10 anos da lei n. 8429/92.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Os agentes políticos e a responsabilidade por culpa em face do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa.** Jus Podivm. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BD33EA273-9F40-47EE-99E6-FA6FCAFDBDB2%7D agentes politicos responsabilidades por culpa.pdf> Acesso em: 15 de junho de 2013.