

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO

Rodrigo Moreira Sanga

O ELEMENTO SUBJETIVO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

São Paulo, SP

2018

Rodrigo Moreira Sanga

O ELEMENTO SUBJETIVO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Trabalho de conclusão de curso a ser apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Sociais e Jurídicas. TIA 3144067-3.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Cecílio Moreira Pires

São Paulo, SP

2018

Rodrigo Moreira Sanga

O ELEMENTO SUBJETIVO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Trabalho de conclusão de curso a ser apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Sociais e Jurídicas. TIA 3144067-3.

Aprovado em 29 de novembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Antônio Cecílio Moreira Pires - Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Ms. Eduardo Stevanato Pereira de Souza – Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dra. Lilian Regina Gabriel Moreira Pires – Universidade Presbiteriana Mackenzie

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais e a minha família por todo o amor e apoio, e sem os quais o sonho da graduação, outrora tão distante, nunca teria se realizado.

Agradeço aos meus grandes amigos Orion Francisco Marques Riul Júnior, Victor Volpe Nogueira de Lima, Luiz Fernando Baleizão, e a tantos outros, pela amizade incondicional, pelo apoio nas horas difíceis e pelos incontáveis momentos de diversão ao longo desses anos. Meus agradecimentos especiais também a Clécia Bruna Diniz Pereira, pelo companheirismo tão precioso.

Agradeço, por fim, ao professor Antônio Cecílio Moreira Pires, pela orientação cheia de paciência, pelos ensinamentos dados em sala de aula e fora dela, e, acima disso tudo, pela amizade que levarei para o resto da vida, bem como aos ilustres membros desta banca, pela honra desta arguição.

RESUMO

Realizaremos uma análise dos elementos necessários para a configuração dos atos de improbidade administrativa, adotando como ponto de partida a Constituição Federal, que traça os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, sem desprestígio dos princípios basilares do direito administrativo para, ao final, chegarmos á caracterização do ato de administrativa.

Por oportuno, estudaremos também a evolução normativa do combate repressivo à improbidade administrativa, para chegarmos ao ordenamento atual, representado por dispositivos constitucionais e pela Lei nº 8.429/1992, conhecida como “Lei de Improbidade Administrativa”.

Nesse contexto, faremos uma breve análise pelos principais aspectos materiais da lei, alertando, ao leitor, desde logo, que deixaremos de lado as questões de caráter puramente processuais, restringindo o nosso estudo aos sujeitos ativo e passivo do ato de improbidade, suas espécies, com respectivas penas, desenvolvendo algumas reflexões sobre os institutos do dolo e da culpa.

Por derradeiro, centraremos nossos esforços na análise das espécies de atos de improbidade administrativa para, ao final, analisarmos o tipo subjetivo admitido em cada modalidade, bem como a maneira com que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça trata desses temas.

Palavras-chave: Improbidade administrativa; Dolo; Culpa; Sanção.

ABSTRACT

We will perform an analysis of the necessary elements for shaping administrative dishonesty acts, taking the Federal Constitution as a starting point, which traces the fundamental goals of the Brazilian State, without discrediting the basilar principles of the administrative right, so that, in the end, we get to a description of the administrative act.

Appropriately, we will also study the normative evolution of the repressive fight against the administrative dishonesty, until we get to the current order, represented by constitutional provisions and the Law n° 8.429/1992, known as “Administrative Dishonesty Law”.

In this context, we will perform a brief analysis through the main material aspects of the law, soon warning the reader that purely procedural matters will be left aside, limiting our studies to the active and passive subjects of the dishonesty act and their types, with their respective penalties, developing some thoughts about the deceit and guilt institutes.

Lastly, we will center our efforts on the analysis of the kinds of dishonesty acts so that, in the end, we can analyze the subjective type admitted in each modality, as well as the way in which the Superior Court of Justice’s jurisprudence deals with these themes.

Keywords: administrative dishonesty acts; Deceit; Guilt; Sanction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE.....	9
1.1 A força normativa da Constituição	9
1.2 As finalidades do Estado e a Administração Pública em sentido objetivo ao lume da Constituição Federal	10
1.3 Inserção dos princípios no ordenamento jurídico	11
1.4 Princípio da Legalidade	13
1.5 Princípio da Impessoalidade	14
1.6 Princípio da Moralidade.....	15
1.7 Princípio da Publicidade	17
1.8 Princípio da Eficiência.....	17
1.9 O princípio do interesse público	18
1.10 Caracterização do ato de improbidade à luz da Lei nº 8.429/1992	20
1.11 Caracterização do ato de improbidade à luz da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	23
2. EVOLUÇÃO DO COMBATE À IMPROBIDADE NO BRASIL.....	26
2.1 Formas de combate aos atos de improbidade	26
2.2 As Constituições anteriores	26
2.3 A disciplina infraconstitucional anterior à Constituição de 1988.....	27
2.4 Atual panorama constitucional	28
2.5 O surgimento da Lei nº 8.429/1992.....	29
3. ANÁLISE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	30
3.1 Sujeitos passivos dos atos de improbidade	30
3.2 Sujeitos ativos dos atos de improbidade	30
3.3 Conceito legal de ato de improbidade.....	32
3.4 Espécies de atos de improbidade administrativa	33
3.5 Ausência de tipicidade fechada dos atos de improbidade.....	33
3.6 Sanções para os atos de improbidade	33
4. ESTUDO DO ELEMENTO SUBJETIVO DAS CATEGORIAS DOS ATOS DE IMPROBIDADE	36
4.1 Necessidade de previsão legal para sanção em caso de culpa	36
4.2 Considerações sobre o dolo e a culpa	37

4.3	Culpa no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa.....	39
4.4	Atos de improbidade admitidos apenas na forma dolosa.....	39
4.5	Atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito	40
4.6	Atos de improbidade que ofendem os princípios da administração pública....	42
4.7	O elemento subjetivo dos atos de improbidade previstos nos artigos 9º e 11 à luz da doutrina e da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo.....	45
4.8	O elemento subjetivo dos atos de improbidade previstos nos artigos 9 e 11º à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....	50
4.9	Ato de improbidade admitido na forma culposa: atos que causam prejuízo ao Erário.. ..	54
4.10	O elemento subjetivo das tipologias dos atos de improbidade do artigo 10....	57
4.11	A relevância da culpa quanto à prescritibilidade das ações de improbidade...	63
5.	CONCLUSÃO	66
6.	BIBLIOGRAFIA.....	68
6.1	Jurisprudência	69

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é realizar uma investigação sobre o elemento subjetivo dos atos de improbidade administrativa à luz da doutrina e da jurisprudência, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça.

O estudo do elemento subjetivo no ato de improbidade é fundamental para a aplicação justa da lei, pois, se por um lado, existe a necessidade da moralização dos atos administrativos em geral, por outro, deve haver a correta análise de cada conduta para que a prestação jurisdicional não cometa exageros, tanto na imputação do ato, quanto na delimitação das penalidades, o que pode resultar em gravíssimas repercussões na vida dos agentes públicos.

Como sabemos, as sanções previstas para os atos de improbidade são graves, podendo chegar à suspensão dos direitos políticos por vários anos, bem como a imposição de severas multas.

Nesse contexto, a sistematização do estudo do elemento subjetivo, de tal modo ligado à própria categorização do ato é fundamental para que não sejam cometidas injustiças contra os agentes e também para que o Estado não reste lesado.

Este trabalho procurará centrar seus esforços nesse sentido.

1. CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE

De modo a iniciar a nosso estudo, impõe-se, em princípio, caracterizar o ato de improbidade administrativa à luz da doutrina e da jurisprudência.

Para tanto, partiremos da Constituição Federal, que traz os fundamentos do sistema jurídico brasileiro, elencando os objetivos fundamentais do Estado pátrio. No âmbito do direito administrativo, é possível verificar que os objetivos estatais são alcançados dentre outras hipóteses, mediante o exercício da atividade administrativa.

Quando essa atividade é desempenhada em infringência à lei e aos princípios básicos do direito administrativo, com distanciamento da finalidade fundamental do bem comum, e temperada pela desonestidade, configura-se o ato de improbidade, cujo elemento subjetivo será objeto de nosso estudo em momento subsequente.

1.1 A força normativa da Constituição

Atualmente, consolida-se uma tendência hermenêutica que interpreta e enxerga todo o ordenamento jurídico a partir das normas e princípios constitucionais.

Isso se harmoniza com o princípio da unidade do ordenamento e da supremacia da Constituição, defendido por Hans Kelsen,¹ para quem a Constituição tem duas acepções ou sentidos: o **lógico-jurídico** – o consenso social de respeito à Constituição – e o **jurídico-positivo**, manifesto na Constituição positivada. Daí deriva a relação manifesta no **sistema escalonado de normas dispostas em pirâmide**, em que, numa relação de verticalidade e hierarquia, as normas situadas nos estamentos mais abaixo retiram sua validade diretamente das normas situadas no estamento imediatamente superior, com a Constituição no topo.

Acrescemos a essas concepções o ensinamento de Pedro Lenza, que trata da Constituição como **vértice do sistema jurídico, conferindo validade às normas e estruturando o Estado, vindo, daí, sua superioridade em relação a todas as demais normas.**²

¹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 63.

²Ibidem, p. 239.

Assim, é de relevância que o elemento subjetivo da culpa no ato de improbidade administrativa seja examinado à luz da Constituição Federal, que traça o desenho do Estado com a sua respectiva finalidade.

1.2 As finalidades do Estado e a Administração Pública em sentido objetivo ao lume da Constituição Federal

A Constituição Federal consagra o Estado brasileiro como Estado democrático de direito,³ o qual pode ser conceituado como o **Estado submetido às normas instituídas democraticamente, pelos representantes do povo.**

J. J. Gomes Canotilho leciona que o Estado Constitucional deve necessariamente ser um Estado democrático de direito se pretender ostentar as qualidades identificadas com o constitucionalismo moderno.⁴

O Estado democrático de direito é aquele assentado e orientado pelas leis, e essas, por sua vez, traduzem os anseios e a vontade do povo. Sendo assim, é certo dizer que o Estado de direito, em suas ações, deve orientar-se para atingir o bem comum da sociedade.

Nesse sentido, o Brasil possui metas ou objetivos em sua atuação, e o artigo 3º da Constituição Federal traz os principais deles,⁵ que Hely Lopes Meirelles resume numa única ideia: **o bem comum da coletividade.**⁶

Para alcançar esse bem comum, o Estado municia-se de três tipos de atos de produção jurídica: a **legislação** (produção jurídica primária), a **jurisdição** (produção jurídica subsidiária) e a **administração** – função executiva, responsável pela produção jurídica

³ “Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”. In: BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed., 8ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 93.

⁵ “Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” In: BRASIL, op. cit.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 27ª ed. Atual. Por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 85.

complementar à atividade legislativa, em **aplicação concreta** do ato de produção jurídica primária e abstrata, ou seja, a lei.⁷

Toda a atividade administrativa deve observar os princípios do direito administrativo,⁸ orientando-se especialmente pelo **princípio do interesse público**, que se revela em dois princípios que se complementam: **o princípio da supremacia do interesse público** e o da **indisponibilidade do interesse público**, bem como pelos princípios fundamentais da administração, expressos ou não no “caput” do artigo 37 da Constituição Federal, dos quais trataremos ainda neste capítulo.

Como atividade humana, pode, no entanto, desinvestir-se de suas características principais e ir contra os ditames do interesse público. Esses atos, não raro, buscam satisfazer interesses ilícitos e conferir vantagem indevida a quem os pratica. São, de modo geral, chamados de atos de improbidade administrativa.

A seguir, buscaremos delimitar o ato de improbidade à luz das disposições legais e também do que vem sendo decidido pela Corte que tutela a aplicação das leis federais no Brasil, o Colendo Superior Tribunal de Justiça.

1.3 Inserção dos princípios no ordenamento jurídico

Concomitantemente à adoção da Constituição como vértice do sistema jurídico, o direito contemporâneo também tem dado importância cada vez maior aos princípios jurídicos.

Assim como as regras, os **princípios** são guias de comportamento. Para Canotilho, os princípios possuem elevado grau de abstração, contêm enunciados vagos e indeterminados, e carecem de mediações concretizadoras – sem olvidar seu papel fundamental no ordenamento, devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes do direito e sua posição estruturante dentro do sistema jurídico. Na mesma esteira, são considerados fundamento ou razão das regras, desempenhando, nesse contexto, função normogénica.⁹

Para Robert Alexy, os princípios figuram como normas de qualidade superior às regras, na medida em que os princípios configuram-se como mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algum preceito seja realizado na maior medida do possível, levando-se em conta as possibilidades fáticas, podendo, daí, o preceito trazido num princípio

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 69.

⁸ Ibidem, p. 68.

⁹ CANOTILHO, 2003, p. 1160-1161.

ser cumprido em diferentes graus, diferentemente das regras, que, devido à sua natureza, só podem ser cumpridas integralmente ou negativamente (lógica do tudo ou nada).¹⁰

No entanto, sem desprestigiar a importância das regras no ordenamento, Humberto Ávila destaca que não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Destaca o autor que cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber regras sem amparo de princípios, nem princípios sem o auxílio das regras.¹¹

Daí a importância de conciliar, no ordenamento jurídico, a incidência de regras e princípios, sem privilegiar um tipo de norma em detrimento de outro.

Em nosso sentir, é fato notório que as sociedades humanas estão cada vez mais dotadas de complexidade e mutabilidade em todas as suas esferas. Como consequência, as relações factíveis estão a cada dia mais emaranhadas numa teia de imprevisibilidade, de tal forma que o direito não pode mais se valer do paradigma positivista de reduzir o direito às regras explicitadas em lei, eis que é simplesmente impossível ao mais engenhoso dos legisladores imaginar e ordenar a totalidade das relações humanas. Vem daí a necessidade de o direito valer-se de uma noção normativa mais elástica, que é a adotada pelos princípios: não se imaginam todas as possibilidades estritas de relação humana da qual podem emanar consequências jurídicas, mas é feito um disciplinamento em que se adota um paradigma normativo abstrato a ser adotado quando houver este ou aquele tipo de relação, estas sim podendo ser manifestas das mais diferentes maneiras em si. Bem assim, os princípios podem disciplinar a própria estrutura dos sistemas normativos, fornecendo os comandos gerais, o direcionamento valorativo que abastece os sistemas jurídicos, disciplinando, daí sim, infinitas possibilidades de relações e conflitos.¹²

Ao relacionar princípios com ciências humanas, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua os denominados princípios setoriais como as proposições básicas, fundamentais, típicas e condicionantes das estruturas subsequentes, como alicerces da ciência.¹³

¹⁰ ANDRÉA, Fernando de. Robert Alexy: introdução crítica. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 41-42.

¹¹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 120-121.

¹² Não esquecemos, no entanto, a possibilidade de conflitos entre os princípios, quando a lógica da solução passa pelo juízo de ponderação, e não pela lógica da incidência ou não incidência do princípio.

¹³ DI PIETRO, 2006, p. 80.

Nesse sentido, o princípio que alicerça todo o ramo do direito administrativo é o princípio do interesse público, desdobrado em dois: **o princípio da supremacia do interesse público** e o da **indisponibilidade do interesse público**.

Deles decorrem todos os outros, tais como tais como o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade, a autotutela, o controle (também chamado de tutela), a continuidade dos serviços públicos, a motivação dos atos, a segurança jurídica, a hierarquia, a presunção de legitimidade (ou veracidade) entre tantos outros.

Ater-nos-emos, contudo, a tratar sucintamente dos princípios trazidos no “caput” do artigo 37 da Constituição Federal, ou seja, os princípios da **Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência** – princípios que se inter-relacionam e se mesclam conceitualmente, de forma que a compreensão de um passa pela compreensão do outro. Somados a eles, trataremos também dos princípios da **Supremacia do interesse público** e da **Indisponibilidade do interesse público**.

1.4 Princípio da Legalidade

Esse princípio nasceu com o Estado de Direito e é uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais, na medida em que a lei, além de definir os direitos, também estabelece os limites da atuação administrativa em sentido amplo que poderiam ter o condão de restringi-los.¹⁴

A lei, como manifestação de órgão que tem representatividade popular, traz em seu contexto, em tese, a própria vontade do povo, a partir dos seus representantes. Dessa forma, possibilita-se e viabiliza-se a efetividade do primado do Estado democrático de direito.

No âmbito da administração pública, o princípio da legalidade adquire contornos severos, nos termos da **legalidade estrita**: ao administrador só é permitido fazer o que a lei permitir. O administrador não goza, portanto, de autonomia análoga à encontrada no seio das relações privadas e, como não é titular do interesse público, inexistente ideia de liberdade ou vontade pessoal.¹⁵

Decorre disso a impossibilidade da mera edição de um ato administrativo conceder direitos e criar obrigações sem a existência de lei nesse sentido.

¹⁴ DI PIETRO, 2006, p. 81.

¹⁵ MEIRELLES, 2002, p. 85.

Dessa forma, a atividade administrativa traduz-se em atos executivos e infra legais,¹⁶ devendo ficar restrita à expedição de ações que assegurem a fidedigna execução da lei, vedada a inovação e a criação de direitos e obrigações.¹⁷

Dizer que o agente administrativo não pode agir fora dos limites da lei significa dizer que sua atuação é atrelada ao interesse legal, que por sua vez, traduz o interesse público.

Dessa forma, a legalidade também efetiva o princípio da indisponibilidade do interesse público, pois é a lei que manifesta o interesse da coletividade.

Nos dias de hoje o princípio da legalidade foi alargado, passando esta a abranger também os princípios e valores que estão na base do ordenamento jurídico, tais como a moral, a probidade, a ética, o interesse público, entre outros. É o que se infere da obrigação de obediência à **lei** e ao **direito**. Assim, podemos dizer que a legalidade absorveu também os princípios, e concluir que a obediência à lei em sentido formal só não basta, devendo serem observados e cumpridos os princípios em que se baseia o direito.¹⁸

Dessa forma, toda a Administração Pública deve atuar conforme as normas em vigor e cumpri-las (vinculação à lei em sentido formal); bem assim é obrigada a respeitar os princípios a que se sujeita (vinculação ao direito), sob pena de responsabilização por ato ilegal.¹⁹

1.5 Princípio da Impessoalidade

A atuação da administração pública moderna caracteriza-se pela neutralidade e objetividade. Dessa forma, dando vigência a esse princípio, o membro da Administração Pública deve abster-se de colocar marcas particulares e pessoais em sua atuação, pautando-se exclusivamente pelos ditames da lei.

¹⁶ ALEXANDRINO, Marcelo, Vicente Paulo. Direito administrativo descomplicado. 25ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 234.

¹⁷ **O Poder Regulamentar não constitui exceção à legalidade, pois pressupõe lei anterior e destina-se ao fiel cumprimento desta, principalmente assegurando sua execução e otimizando o seu cumprimento, não sendo permitido inovar.**

¹⁸ DI PIETRO, 2006, p. 767-768.

¹⁹ PAZZAGLINI FILHO, Mariano. Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas. São Paulo: Atlas, 2002, p. 29.

Hely Lopes Meirelles encara o princípio da impessoalidade como manifestação do princípio da **finalidade pública**. A finalidade pública, por sua vez, vem descrita na lei, ausente, portanto, o interesse pessoal do agente.

Nesse sentido, o que o princípio da impessoalidade proíbe é a prática de ato administrativo desprovido de interesse público ou inconveniente para a administração, objetivando unicamente a satisfação de interesses privados ou perseguindo desafetos, constituindo, assim, desvio de finalidade, manifesto no excesso ou no abuso de poder.²⁰

O agente público que pratica ato visando a fim diferente do prescrito em lei comete flagrante ato de improbidade administrativa, notadamente na modalidade que atenta contra os princípios da administração pública.²¹

1.6 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade é um dos que mais guarda conexão com o elemento subjetivo do ato, objeto maior de nosso estudo neste trabalho.

Maurice Hauriou foi o primeiro a tratar da noção de moralidade dentro do direito administrativo,²² ao observar que o Estado não é um fim em si, mas instrumento do interesse público, devendo sua atividade ser orientada estritamente para esse fim. Para o autor, a hipótese de ação sob influência de interesse particular do agente é caso de desvio de poder, e passível de anular o ato.²³ Essa ideia é aceita hoje em dia, pois em nosso direito a moral é condição de validade do ato, sob pena de invalidade ou anulação.²⁴

A moral administrativa, no entanto, não se confunde com a moral comum. A moral comum, em termos genéricos, é conflito subjetivo entre o bem e o mal, a ética e a ausência dela.

Por seu turno, a **moral administrativa**, apesar de não inteiramente despojada de algum grau de abertura, **representa a diferença prática e objetiva entre a boa e a má gestão e a observância do consenso social do que isso representa.**

²⁰ MEIRELLES, 2002, p. 90-91.

²¹ Destacamos o conteúdo da norma do inciso I do artigo 11 da Lei nº 8.429/1992: Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - **praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto**, na regra de competência; (grifo nosso)

²² DI PIETRO, 2006, p. 92.

²³ GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 132.

²⁴ ALEXANDRINO, 2017, p. 236-237.

Essa ideia faz eco ao dever do agente público saber distinguir não apenas o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também o **honesto** e o **desonesto**, valores condicionantes da atuação do agente, mesmo no ato discricionário.²⁵

Por estar a moral administrativa atrelada à noção de consenso social, traduzindo a pauta de ética e valores sociais moralmente aceitos num determinado momento no tempo e no espaço – preceitos exteriores ao indivíduo – podemos dizer que se trata de uma moral **objetiva**, ainda que dotada de relativa indeterminação.²⁶ O fato de ser objetiva permite também a apreciação da moralidade das ações administrativas pelo Poder Judiciário.

Essa indeterminação também traduz a moral administrativa como um **conceito jurídico aberto**, justamente por tratar de conceitos e preceitos que não estão expressa e taxativamente codificados. Hely Lopes Meirelles traduz essa ideia ao afirmar que a Administração deve ser orientada não apenas pela lei, mas pelos princípios do direito e da moral, para que a noção de honestidade e conveniência aos interesses sociais se junte ao que for legal.²⁷

Não podemos, contudo, confundir a moralidade administrativa com a legalidade. Com efeito, no “caput” do artigo 37 da Constituição Federal ambos figuram como princípios autônomos. Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que a lei pode ser imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei. Aduz ainda a possibilidade de atuação conforme a lei, mas que ofende a moral.²⁸

Tangenciando o princípio da moralidade como princípio da legalidade, dentro do direito administrativo, podemos dizer não basta que a Administração aja de acordo com a lei em sentido formal – deve agir de acordo com a moral, os bons costumes, as regras gerais da boa administração, os princípios da justiça e da equidade, a ideia comum da equidade, sob pena de ofensa à moralidade administrativa²⁹ e mácula do ato no mérito, tornando-o passível de anulação por vício de legalidade em sentido amplo.

²⁵ DI PIETRO, 2006, p. 92.

²⁶ ALEXANDRINO, 2017, p. 237.

²⁷ MEIRELLES, 2002, p. 87.

²⁸ DI PIETRO, op. cit., p. 94.

²⁹ Ibidem, loc. cit.

Retornaremos ao tema da moral administrativa ao final deste capítulo, quando formos caracterizar o ato de improbidade administrativa.

1.7 Princípio da Publicidade

A publicidade é a divulgação, em caráter oficial, do ato ao público, e apresenta-se em nas acepções de **requisito de eficácia** de atos,³⁰ notadamente atos externos, e como **exigência de transparência** da atuação administrativa.

A Administração Pública não é titular, mas mera executora de atos que visam ao interesse público. Dessa forma, de rigor que seus atos possam ser conhecidos e fiscalizados pelos interessados, que são todas as pessoas.

A observância da publicidade confere certeza às condutas estatais e segurança aos direitos individuais do particular, afasta ambiguidades, inseguranças e a possibilidade de ruptura do elemento de confiança necessário ao prestígio do Estado.³¹ Sem essa dupla transparência, seria impossível à coletividade aferir a adequação entre os atos estatais e a finalidade do interesse público.³²

Dessa forma, a divulgação dos atos realizados pela Administração é regra, e por meio dela instrumentaliza-se o controle social das atividades de governo e da atividade administrativa em sentido estrito.

1.8 Princípio da Eficiência

A Administração Pública tem por dever a ação e a organização eficientes, desempenhando suas funções com presteza, e rendimento, apresentando resultados positivos no sentido de satisfazer às necessidades dos administrados.

O princípio da eficiência era considerado implícito até sua positivação pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que o acrescentou ao “caput” do artigo 37 da Constituição Federal. Consagra os valores da **administração gerencial**, cuja ênfase recai sobre a aferição de resultados, economicidade, melhoria na relação custo-benefício e qualidade de serviços prestados, entre outras qualidades a serem buscadas pela administração pública.

³⁰ ALEXANDRINO, 2017, p. 243.

³¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 240.

³² GARCIA, 2014, p. 111.

Garante aos administrados meios de aperfeiçoamento na prestação de serviços públicos, de forma racional e econômica, buscando adequação entre meios e fins. A Administração e o Poder Judiciário podem proceder ao controle administrativo para apreciar a eficiência da atuação administrativa, podendo inclusive anular o que fugir desse preceito, ante sua ilegalidade ou ilegitimidade, sem excluir a responsabilidade dos agentes.³³

A administração gerencial põe ênfase no princípio da eficiência, ao passo que a administração dita burocrática privilegia a legalidade. Apesar de o Estado brasileiro buscar os contornos próprios da administração gerencial, o princípio da eficiência não está em posição de superioridade em relação aos outros por ter sido acrescido posteriormente na Constituição. Deve-se sempre buscar a legalidade na atuação administrativa, em homenagem ao Estado de direito e à segurança jurídica.³⁴

1.9 O princípio do interesse público

A noção de unicidade do direito tem colocado de lado a clássica dicotomia entre direito público e direito privado. No entanto, podemos ainda utilizá-la no âmbito do direito administrativo, principalmente ao tratarmos do regime jurídico administrativo.

O **regime jurídico administrativo** é, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o conjunto de traços e conotações que caracterizam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública em posição de privilégio e verticalidade nas relações jurídicas que assume, resumindo-se em duas acepções: prerrogativas e sujeições. Encerra duas ideias aparentemente opostas, mas complementares: para assegurar a liberdade individual, sujeita-se à legalidade, que traz a indisponibilidade do interesse público; para assegurar a autoridade da Administração, outorgam-se lhe privilégios, manifestos na supremacia do interesse público sobre o particular.³⁵

Essa reunião constitui o **princípio do interesse público**, que, por seu turno, desdobra-se em dois princípios complementares de si: o **princípio da supremacia do interesse público** e o **princípio da indisponibilidade do interesse público**.

O princípio da **supremacia do interesse público** legitima a existência das prerrogativas conferidas à Administração pública, e é assentado na autoridade que ela possui

³³ ALEXANDRINO, 2017, p. 257.

³⁴ DI PIETRO, 2006, p. 99.

³⁵ Ibidem, p. 78.

para desempenhar atividades que possam ir contra os interesses particulares, mas que beneficiam a coletividade como um todo.

Com efeito, o interesse público é a ligação entre a sociedade (beneficiária da atuação do Estado na atividade administrativa) e os bens (bem comum, coletivo), que ela pretende obter, preservar ou aprimorar.³⁶

Pode ser entendida como a diretriz implícita, mas de forte e profundo poder de penetração em todas as regras do direito público, exaltando a superioridade dos interesses coletivos sobre os interesses dos indivíduos, como instrumento valioso para coordenação das atividades sociais, num ambiente de ordem e respeito a todos.³⁷

Dessa forma, quando houver conflito entre o interesse do particular e o interesse público, prevalecerá o interesse público. Como dissemos, circunstâncias como o poder de império, a possibilidade de imposição unilateral de deveres, de restrições ou condicionamentos ao particular são situações jurídicas amparadas e justificadas por esse princípio.

Tais prerrogativas são, no entanto, temperadas pelas restrições impostas à Administração, decorrentes do **princípio da indisponibilidade do interesse público**.

Traduz-se, por exemplo, na obrigatoriedade da observação da lei na atuação administrativa, bem como a submissão ao interesse público. E será sempre a lei, e não a Administração, quem poderá ditar o que está ou não em harmonia com o interesse público.³⁸ Dessa forma, **o princípio da indisponibilidade do interesse público relaciona-se intimamente com a legalidade, no sentido de que a atividade desempenhada pela Administração é pautada pela lei, cujo conteúdo não pode contrariar o interesse público**.

Esse princípio configura-se, de um lado, como restrição à atuação administrativa e, da mesma forma, protege o particular de eventuais arbitrariedades que, sem a regra da indisponibilidade poderiam estar legitimadas pelo poder de império da Administração.

³⁶ PAZZAGLINI FILHO, 2002, p. 34.

³⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 8ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 101.

³⁸ ALEXANDRINO, 2017, p. 233.

Os dois princípios que mencionamos são basilares para o direito administrativo, e deles irradiam todos os outros princípios. Toda a atuação administrativa deve observar seus preceitos, sob pena de nulidade absoluta.

1.10 Caracterização do ato de improbidade à luz da Lei nº 8.429/1992

A **etimologia** da palavra improbidade remonta ao termo latino *improbitas*, que traz em seu significado o **mau** caráter, a **má** conduta, a **desonestidade**. Em razão dos adjetivos, dotados de elevado grau de subjetividade e abstração, percebe-se que o termo possui amplo resvala no campo da moral.³⁹

Em nosso direito, os atos de improbidade administrativa são disciplinados pela Lei nº 8.429/1992, conhecida como “Lei de Improbidade Administrativa”.

Deixando um pouco de lado, por enquanto, a questão etimológica e a semântica do termo, passaremos a nos debruçar sobre o modo com que essa lei trata do assunto.

A partir da análise da lei e da própria Constituição Federal, podemos primeiro **distinguir o ato de improbidade do ilícito penal**.

A Constituição Federal permite essa distinção quando, logo em seu artigo 37, § 4º, que trata diretamente do tema de improbidade, determina que tais atos serão punidos **independentemente da ação penal cabível**. Dessa forma, ainda que eventualmente o ato de improbidade configure também ilícito penal, com ele não se confunde enquanto ilícito típico, ilícito e culpável, pois é disciplinado, processado e apurado por regras e sanções distintas, no âmbito da justiça cível.

Os atos de improbidade também **não se confundem com os ilícitos administrativos**, ainda que o mesmo fato possa configurar infração administrativa. A disciplina dessas encontra-se no âmbito do poder disciplinar, e vem prevista e regulada nos respectivos estatutos dos servidores ou na própria Consolidação das Leis do Trabalho, com apuração e sanções distintas das dos atos de improbidade.

³⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito material coletivo – superação da “summa divisio” direito público e direito privado por uma nova “summa divisio” constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 561.

Com efeito, a própria Lei de Improbidade Administrativa determina a concomitância das instâncias penal, civil e administrativa, na primeira parte de seu artigo 12.⁴⁰

Ainda que a Lei nº 8.429/1992 traga a disciplina dos atos de improbidade, essa legislação não traz em seu bojo uma tipificação fechada do núcleo jurídico de improbidade, ao menos nos moldes próprios do direito penal.

Como veremos mais detidamente nos capítulos subsequentes, a técnica da lei consiste basicamente em descrever as “espécies” de ato de improbidade, com um “caput” munido de uma descrição genérica e ampla, seguida de especificações, estabelecendo as sanções aplicadas em cada caso. Assim, se um ato subsumir-se a uma conduta específica, ou subsidiariamente, à conduta genérica prevista no “caput”, ter-se-á configurado o ato de improbidade.

Emerson Garcia critica a ausência de tipificação fechada, afirmando que essa situação dá azo a insegurança jurídica e afronta aos princípios da legalidade e da anterioridade. Fundamenta esse pensamento afirmando que todas as normas causadoras de restrição a direitos ou de sancionamento devem vir estritamente delimitadas por tipos, à semelhança do direito penal, não se podendo deixar espaços abertos para interpretações subjetivas por parte do julgador no sentido de expandir um núcleo normativo pela analogia.⁴¹

Apesar de respeitarmos a posição crítica de Emerson Garcia, com ela não concordamos.

A nosso ver, essa concepção de que toda e qualquer norma restritiva deve guardar identidade com os princípios e as técnicas do direito penal deve ser superada, basicamente porque o direito administrativo e o direito penal são ramos do direito distinto e tutelarem bens jurídicos diferentes. A norma penal possibilita a perda da liberdade, circundando tais normas restritivas com solenidades tutelares que pedem, tradicionalmente, o manto da estrita legalidade e anterioridade. Inadmite-se a tipificação por analogia.

⁴⁰“Art. 12: “**Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica**, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato [...]” In: BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. (grifo nosso).

⁴¹GARCIA, 2014. p. 30.

No âmbito do direito administrativo, o sistema de restrições de direitos é distinto do penal, a começar pelo bem jurídico tutelado, que não é a segurança da sociedade. As sanções do direito administrativo não causam perda da liberdade.

Com isso não queremos defender que os bens jurídicos tutelados pelo direito administrativo sejam de menor importância, apenas reconhecemos que são de natureza distinta dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, e, portanto, pedem um sistema tanto de tipificação quanto de penas que também seja distinto.

Diante da gravidade do bem jurídico da liberdade, impõe-se ao legislador penal o ônus de imaginar e tipificar todo ato típico, antijurídico e culpável a ser alcançado pela norma penal.

No entanto, diante da distinção dos bens jurídicos tutelados pelo direito administrativo, e sabida a impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses de atos de improbidade, houve por bem aplicar-se a técnica já descrita, qual seja, a imaginação de uma tipologia geral com algumas especificações que, cremos, desnudam apenas uma maior clareza ao intérprete ou ao julgador.

Desse modo, diante da necessidade de ser respeitada também a segurança jurídica, a legalidade e a anterioridade, **entendemos** que, para que o ato seja considerado ímprobo, deve primeiro encaixar-se numa das especificações dos incisos dos artigos 9º, 10 e 11 (não citamos o novel artigo 10-A, por não possuir incisos com especificações). Se não houver o encaixe numa das especificações dos incisos, caberá à diligência e ao tirocínio do hermeneuta, seja ele acusador, seja ele intérprete ou julgador, analisar se a conduta se amolda à conduta geral descrita no “caput”. Apenas se a resposta nesse ponto for negativa restaria descaracterizada a conduta como ímproba.

No que tange às penas, entendemos que gozam de uma moldura de discricionariedade, que não é total. Devem amoldar-se à tipologia do ato, vindo daí a “gradação” das penas segundo cada espécie de ato de improbidade. Dessa forma, se o caso for enquadrado como de enriquecimento ilícito, não se poderá aplicar a pena cominada para o puro dano ao Erário, por exemplo.

Ainda tratando das penas, notamos que as espécies de penas desde 2009 não são cumulativas, dependendo da apreciação do julgador a aplicabilidade de cada espécie de penalidade. Assim, nos casos em que o julgador entender mais ou menos grave a conduta,

aplicará quantitativa e qualitativamente *mais* penas, fazendo um exercício de interpretação no caso concreto, a fim de individualizar a aplicação da Lei nº 8.429/1992 e garantir a eficácia do combate à improbidade.

1.11 Caracterização do ato de improbidade à luz da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Apesar da ausência de conceituação jurídica no direito positivo, a aplicação cotidiana da Lei de Improbidade Administrativa requer essa delimitação.

Como vimos no item anterior, o núcleo semântico da palavra improbidade está na desonestidade, que por sua vez, relaciona-se com princípio da moralidade, na medida em que esta se comunica com a volição do agente.

Ao tratar do tema da improbidade e sua relação com a legalidade e a moralidade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona no sentido de que a legalidade engloba tanto a lei em sentido formal quanto os valores e princípios jurídicos, dentre os quais a moralidade.

A autora trata o princípio da moralidade como sinônimo do princípio da probidade, de forma que o desrespeito ao dever de probidade por parte do agente é ato ilegal, na acepção da legalidade em sentido amplo.

Portanto, para haver improbidade, não é necessária apenas a ofensa à lei em sentido estrito, sendo indispensável à lesão à moralidade e aos demais princípios e deveres administrativos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro conclui:

[...] a legalidade estrita não se confunde com a moralidade e a honestidade, porque diz respeito ao cumprimento da lei; **a legalidade em sentido amplo (o Direito) abrange a moralidade, a probidade e todos os demais princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico; como princípios, os da moralidade e probidade se confundem**, como infração, a improbidade é mais ampla do que a imoralidade, porque a lesão ao princípio da moralidade constitui uma das hipóteses de atos de improbidade definidos em lei.⁴²

Dessa forma, a improbidade abrangerá tanto a infração à legalidade em sentido estrito quanto o desrespeito à legalidade em sentido amplo, traduzida nos princípios.

⁴² DI PIETRO, 2006, p. 768-769.

No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem sido no sentido de que a improbidade é o **ato ilegal marcado pela desonestidade**, em consonância com a lição que trouxemos.

Trazemos o didatismo da seguinte ementa de um julgado do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Luiz Fux:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. **MÁ-FÉ (DOLO)**. APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada cum granu salis, máxime porque **uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além do que o legislador pretendeu.**

3. **A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade, quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvados pela má-intenção do administrador.**

4. **Destarte, o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa, o que afasta, dentro do nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade objetiva.**

[...]

10. Recurso especial parcialmente provido, para que sejam excluídas da condenação do ora recorrente as penas de perda da função pública e suspensão de direitos políticos por 8 (oito) anos, nos termos da fundamentação.⁴³ (grifo nosso)

Dessa forma, de acordo com o que vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça, quando a atividade administrativa em sentido amplo é maculada pela infringência aos princípios fundamentais do direito administrativo (que podemos chamar de ofensa à legalidade em sentido amplo) **acrescido de má-fé, ou da desonestidade** por parte do agente, teremos caracterizado o ato de improbidade administrativa.

⁴³ STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp. 1130198/RR Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 15/12/2010.

Puxando o conceito de improbidade como característica do *desonesto*, da *má conduta*, da *deslealdade*, da *desonra*, da *falta de integridade*, podemos concluir dizendo que a **improbidade é a ilegalidade acrescida ou qualificada pela desonestidade** que buscar ou enriquecimento sem causa, ou ofender aos princípios da administração pública, ou, nos termos da Lei nº 8.429/1992, causar dano ao Erário.

2. EVOLUÇÃO DO COMBATE À IMPROBIDADE NO BRASIL

Neste capítulo trataremos, ainda que de forma breve, sobre a evolução legislativa brasileira experimentada no sentido de combate à corrupção como gênero. Em seguida, faremos um panorama dos aspectos materiais da Lei nº 8.429/1992.

2.1 Formas de combate aos atos de improbidade

A improbidade administrativa não é fenômeno recente no Brasil, sendo reflexo de práticas patrimonialistas que vêm de séculos, começando pela colonização portuguesa e se multiplicando ao longo dos regimes ditatoriais impostos ao país.

Com raízes históricas e sociológicas tão sólidas, o combate aos atos de improbidade é medida que se impõe, podendo se dar de duas formas, ou em dois momentos:

O combate **preventivo** é o controle anterior à ocorrência do ato. Assenta-se em aspectos mais educacionais, sociológicos, filosóficos e, sobretudo morais – pertence ao campo da moral comum, subjetiva, e não do direito.

O combate **repressivo**, por sua vez, é o controle posterior à ocorrência do ilícito. Baseia-se na concretização das normas constitucionais ou legais, cogentes, no sentido de disciplinar o conceito, a delimitação dos agentes ativos, passivos, as espécies, as penas, os legitimados para a ação civil pública, etc. Pertence, portanto, ao campo do direito, embora não seja exclusivamente dele. Dialoga com campos e setores, como a imprensa, no sentido de que a atividade livre e desimpedida da imprensa é profícua no sentido de fiscalizar e divulgar a ocorrência dos ilícitos, contribuindo para o controle social.

2.2 As Constituições anteriores

No sentido do combate repressivo aos atos de improbidade, as Constituições anteriores sempre previram de alguma forma a responsabilidade dos agentes públicos por tais práticas.

A própria **Carta de 1824**, outorgada por Sua Majestade o Imperador D. Pedro I, ainda embora adepta da teoria da irresponsabilidade do imperador, trouxe no artigo 133 a responsabilização dos Ministros de Estado por atos de *peita*, *suborno*, *concussão* *abuso do poder*, *inobservância da lei* e “*dissipação*” de bens públicos, delegando à lei as tipificações e o processo repressivo de tais práticas.

A **Constituição de 1891**, agora republicana, seguiu prevendo a responsabilidade dos agentes públicos por abusos e omissões no exercício do cargo, criando também o Tribunal de Contas para efetuar o controle financeiro e contábil do trato do dinheiro público.

A **Constituição de 1934**, de cunho democrático, manteve o Tribunal de Contas e previu a intervenção federal nos Estados pela inobservância ao dever de prestar contas. Previu também que o estatuto dos Funcionários públicos cominasse a perda do cargo para casos de favorecimento pessoal.

A **Carta de 1937**, outorgada pelo presidente Getúlio Vargas para legitimar o Estado Novo, não inovou em relação à anterior.

O delineamento semelhante ao encontrado na Constituição atual, no sentido de ostentar a previsão mínima de pena aos agentes públicos ímprobos, começou com a **Constituição de 1946**, que em seu artigo 141, § 31, previa e delegava à lei dispor sobre sequestro e perdimento de bens nos casos em que a influência ou o abuso de qualquer função pública em sentido amplo acarretasse e enriquecimento ilícito. A mesma técnica foi seguida pela **Constituição de 1967**, em seu artigo 150, § 11. A **Emenda Constitucional número 1, de 1969**, por seu turno, praticamente repetiu o comando normativo anterior, inovando, porém, no artigo 154, que previu que “o abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a *suspensão daqueles direitos de dois a dez anos*, a qual será declarada pelo STF, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa”.

Como se vê, as Constituições anteriores passaram da previsão genérica de responsabilização a um delineamento mínimo das sanções aos atos de improbidade, embora restringissem tais atos aos casos de prejuízo ao erário e enriquecimento ilícito do agente.

2.3 A disciplina infraconstitucional anterior à Constituição de 1988

Anteriormente à promulgação da Constituição de 1988 e da Lei nº 8.429/1992, dois diplomas legais merecem relevo: a **Lei nº 3.164/1957** e a **Lei nº 3.502/1958**. Destacamos a última por ter efetivamente dado azo ao combate aos atos de improbidade.

A Lei nº 3.502/1958, apelidada “Lei Bilac Pinto”, cuidou de regular o processo de sequestro e perdimento de bens, também nos casos de enriquecimento ilícito por influência ou

abuso do cargo ou função. Contrariamente à Lei nº 3.164/1957, a Lei Bilac Pinto sistematizou melhor a matéria, dotando de mais clareza o conceito de servidor público para identificar o sujeito ativo dos atos de improbidade que importavam enriquecimento ilícito, os próprios casos de enriquecimento ilícito, com evidente semelhança ao atual disciplinamento, e equiparando o ato de enriquecimento ilícito com os crimes contra a administração e o patrimônio público.⁴⁴

Nos anos que se seguiram houve normas que também “disciplinaram” a matéria, como a autorização pelo Ato Institucional nº 5 de suspensão dos direitos políticos de qualquer cidadão pelo prazo de 10 anos, cassação de mandatos e decretação de confisco dos que enriquecessem ilicitamente, a serem decretados pelo presidente da República, sem apreciação do Poder Judiciário.

Com exceção do disposto no Ato Institucional nº 5, as disposições das Leis nº 3.164/1957 e da Lei nº 3.502/1958 continuaram em vigor até sua revogação pela Lei nº 8.429/1992.

2.4 Atual panorama constitucional

A Constituição de 1988 trouxe nova disciplina ao combate repressivo aos atos de improbidade, com importantes inovações.

A norma constitucional que trata de forma mais direta do ato de improbidade administrativa é o § 4º do artigo 37. Situa-se nas disposições gerais do capítulo que trata da Administração Pública, o que permite afirmar que alcança a administração direta e indireta de todos os Poderes.⁴⁵

A **Constituição Federal de 1988**, diferentemente das anteriores, não restringe as hipóteses de improbidade aos casos de dano ao erário e enriquecimento ilícito. Na verdade, como já vimos, **a Constituição vigente sequer delinea o ato de improbidade, omitindo-se em qualquer tipo de conceituação**, limitando-se a prever um rol mínimo de sanções aplicáveis aos agentes ímprobos. Essa técnica confere enorme liberdade à norma reguladora, pois lhe permitiria, em tese, fixar amplamente as hipóteses ou modalidades que configuram atos de improbidade e a delimitação da responsabilidade dos agentes, respeitado, obviamente, o comando constitucional.

⁴⁴ GARCIA, 2014, p. 273.

⁴⁵ ALEXANDRINO, 2017, p. 1055-1056.

O § 4º do artigo 37 da Constituição é norma de eficácia limitada, e foi regulamentada pela Lei nº 8.429/1992, que revogou as Leis nº 3.164/1957 e 3.502/1958.

2.5 O surgimento da Lei nº 8.429/1992

Em 1991 o Ministro da Justiça Jarbas Passarinho encaminhou a Mensagem Presidencial nº 406/1991, acompanhada do Projeto de Lei que objetivava regular o artigo 37, § 4º da Constituição Federal. O Ministro, dirigindo-se ao Presidente da República, registrou o seguinte:

Um das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País, é a prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos, e que a sua repressão, para ser legítima, depende de procedimento legal adequado - o devido processo legal - impõe-se criar meios próprios à consecução daquele objetivo sem, no entanto, suprimir as garantias constitucionais pertinentes, caracterizadoras do estado de Direito.

O espírito da época era combativo em relação a essas práticas, de tal forma que o projeto teve andamento rápido. Ao ser encaminhado ao Plenário da Câmara dos Deputados transformou-se no Projeto de Lei nº 1.446/1991, de relatoria do Deputado Nílson Gibson e, após deliberação plenária, foi promulgada a Lei nº 8.429/1992, 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 [...]”

A Lei nº 8.429/1992 é nacional e deve, portanto, ser observada nas esferas federal, estadual, municipal e distrital.

Por derradeiro, merece destaque a edição da Lei nº 12.846/2013, apelidada de “Lei anticorrupção” que atendeu ao anseio social de expandir a possibilidade de sancionamento por atos de improbidade e corrupção para as pessoas jurídicas, adotando **nesses casos** teoria da responsabilidade objetiva.

Dessa forma, incidirá o regime da responsabilidade subjetiva para os agentes, com a Lei nº 8.429/1992, e objetiva para as pessoas jurídicas, com aplicação da Lei nº 12.846/2013.

3. ANÁLISE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Neste capítulo, traçaremos um breve panorama sobre a Lei nº 8.429/1992: a forma como dispõe sobre as espécies de atos de improbidade, quem elenca como sujeitos ativos, sujeitos passivos e a forma das penas cominadas.

3.1 Sujeitos passivos dos atos de improbidade

Como norma reguladora, a Lei nº 8.429/1992 traz conceitos importantes, delimitando quais são os sujeitos passivos, os ativos e as sanções cominadas aos agentes.

Os **sujeitos passivos**, ou seja, entidades que podem **ser lesadas** pela conduta ímproba são, esquematicamente, (i) toda a administração pública direta e indireta dos Poderes de todos os entes federados; (ii) empresa incorporada ao patrimônio público; (iii) entidade para cuja criação ou custeio os cofres públicos hajam concorrido ou concorram com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual; (iv) entidade (privada) que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou de crédito, vindo de órgão público (v) entidade (privada) para cuja criação ou custeio os cofres públicos hajam concorrido ou concorra com *menos* de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual (nesses casos limita-se a sanção patrimonial à participação do ato sobre a contribuição dos cofres públicos).⁴⁶

Nota-se, portanto, a intenção da Lei de abranger a proteção contra atos de improbidade a todas as pessoas jurídicas que, de alguma forma, tomassem contato significativo com dinheiro público para sua constituição ou funcionamento.

3.2 Sujeitos ativos dos atos de improbidade

Os **sujeitos ativos** são, principalmente, os **agentes públicos sem sentido amplo**, o que se tira da expressão contida no artigo 1º: “Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não (...) serão punidos na forma desta lei”.

Agente público é gênero em que se repartem pelo menos cinco espécies ou categorias distintas: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados⁴⁷ – sendo assim, todos esses agentes são sujeitos ativos do ato de improbidade, no desempenho de atividade administrativa e da atividade política.

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, Art. 1º e parágrafo único.

⁴⁷ MEIRELLES, 2001, p. 70.

Questão que fora muito suscitada é se a Lei de Improbidade Administrativa também alcança os agentes políticos que não estão abrangidos pela Lei n° 1.079/1950.

O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo positivamente, conforme se vê nesta ementa:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. EXPREFEITO. APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992. COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967.

1. Hipótese em que o agravante, à época do exercício de mandato eletivo como prefeito do Município de São Pedro de Butiá, causou danos ao Erário, configurando prática de atos de improbidade administrativa, como decidido em primeira instância.

[...]

4. Sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei 201/1967, prefeitos e vereadores também se submetem aos ditames da Lei 8.429/1992, que censura a prática de improbidade administrativa e comina sanções civis, sobretudo pela diferença entre a natureza das sanções e a competência para julgamento. Precedentes do STJ.

5. Agravo Regimental não provido.⁴⁸

No caso concreto, contrariamente ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a Lei n° 8.429/1992 é aplicável também aos prefeitos municipais, sem afastar a responsabilização advinda do Decreto-Lei n° 201/1967.

Esse entendimento é recorrente noutros arestos da mesma Corte.⁴⁹

Com efeito, a Lei n° 8.429/1992 buscou conferir a maior abrangência possível aos sujeitos ativos, como se vê de seu artigo 1°.⁵⁰

⁴⁸ STJ. AgRg no REsp 1182298/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 25/04/2011.

⁴⁹ STJ, AgRg no AREsp 21.662/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, primeira turma, julgado em 07/02/2012, DJe 15/02/2012; STJ, AgRg no Ag 1331825/RN, Rel. Ministro Castro Meira, segunda turma, julgado em 04/11/2010, DJe 23/11/2010; STJ, REsp 1183877/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, julgado em 04/05/2010, DJe 21/06/2010; STJ, REsp 1146592/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, primeira turma, julgado em 04/05/2010, DJe 11/05/2010; STJ, REsp 1119657/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, segunda turma, julgado em 08/09/2009, DJe 30/09/2009; STJ, REsp 1103011/ES, Rel. Ministro Francisco Falcão, primeira turma, julgado em 12/05/2009, DJe 20/05/2009.

⁵⁰ “Art. 1° Os atos de improbidade praticados por **qualquer agente público, servidor ou não**, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.” In: BRASIL. Lei n° 8.429, de 02 de junho de 1992. (grifo nosso)

Por sua vez, a Lei n° 1.079/1950, nos termos do seu artigo 2°, abrange apenas o Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador Geral da República.

O Decreto-Lei n° 201/1967, que dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos municipais não substitui o regime da Lei de Improbidade Administrativa, pois trata do julgamento político (não jurídico) pela Câmara dos Vereadores e do julgamento criminal, também de natureza diversa da Lei de Improbidade Administrativa, e não dispõe sobre a responsabilização civil nos termos da citada lei, cumprindo essa sim a função de responsabilizar os atos de improbidade administrativa com as sanções de natureza patrimonial.

Dessa forma, de rigor o alcance em relação aos agentes políticos pela Lei n° 8.429/1992, excetuados os abrangidos pela Lei n° 1.079/1950, ou seja, os membros das cúpulas de órgãos independentes em nível federal, além do Procurador Geral da República.

É possível a responsabilização daquele que, **mesmo não sendo agente público**, induza ou participe do ato, ou dele se beneficie.⁵¹ Como a participação do particular acontece por *indução*, *participação* ou *benefício*, lógico concluir que o particular nunca cometerá ato de improbidade sozinho, sendo necessária sempre a presença de agente público.

Com isso, percebemos a intenção de maior abrangência possível ao regime da Lei de Improbidade Administrativa.

3.3 Conceito legal de ato de improbidade

Como tivemos a oportunidade de discorrer ao final do primeiro capítulo, concluímos que a Lei de Improbidade Administrativa não trouxe um conceito jurídico que encerrasse o núcleo conceitual do ato de improbidade.

No entanto, a partir da semântica do termo, da técnica empregada pela Lei n° 8.429/1992 e da própria intenção do legislador, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem entendendo e conceituando a improbidade administrativa a partir de um elemento que lhe é imprescindível: **ato ilegal marcado ou agravado pela *desonestidade* que busca ou auferir vantagem patrimonial ilícita, ou que acarreta dano ao erário, ou ofende os princípios da administração pública.**

⁵¹ BRASIL. Lei n° 8.429, de 02 de junho de 1992, Art. 1° e 2°.

3.4 Espécies de atos de improbidade administrativa

A Lei nº 8.429/1992 elenca os atos de improbidade classificando-os em três espécies básicas: no artigo 9º vêm os atos que importam em enriquecimento ilícito; no artigo 10 os atos que causam prejuízo ao Erário e, finalmente, no artigo 11, os que atentam contra os princípios da Administração Pública.

A Lei Complementar nº 157/2016 acresceu o artigo 10-A, que menciona os atos de improbidade decorrentes da concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário que importe na aplicação de alíquota menor que 2% (dois por cento) ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.⁵²

Entendemos que essa modalidade importa arrecadação inferior à devida, o que permite dizer que o ato previsto no artigo 10-A é subespécie de ato de improbidade que causa prejuízo ao Erário, devendo ser estudado em conjunto com essa modalidade.

Trataremos mais detidamente dos tipos de atos de improbidade adiante.

3.5 Ausência de tipicidade fechada dos atos de improbidade

Como vimos, a Lei de Improbidade Administrativa não tipificou os referidos atos com um núcleo essencial. O legislador preferiu elencar originalmente três grandes grupos de formas de cometer o ato de improbidade, para em seguida expor especificações dos atos. Aos três grandes grupos foi acrescentado um quarto, no artigo 10-A, pela Lei Complementar nº 157/2016, consubstanciado na concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.

A interpretação mais apropriada, **a nosso ver**, é que as condutas descritas nos “caputs” dos artigos 9º, 10, 10-A e 11 são formas mais gerais que as trazidas nos incisos.

3.6 Sanções para os atos de improbidade

As sanções para os atos de improbidade administrativa são de natureza administrativa e política.⁵³ As penalidades de natureza administrativa consistem na perda da função pública, na proibição de contratar com o Poder Público e na proibição de receber dele benefícios

⁵² Excepcionados os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003.

⁵³ ALEXANDRINO, 2017, p. 1058.

fiscais e creditícios. Por seu turno, a sanção política consiste na suspensão temporária dos direitos políticos.

A Lei nº 8.429/1992 elenca no artigo 12 as sanções aplicadas aos atos de improbidade, escalonando-as nos incisos I a IV. O inciso I trata das hipóteses de atos que importam em enriquecimento ilícito; por sua vez, o II dos atos que causam prejuízo ao Erário, o III dos atos que atentam contra os princípios da Administração Pública e, por fim, o IV dos atos decorrentes da concessão indevida de benefício tributário.

No caso de ato que importe enriquecimento ilícito, as penas são, para os casos de enriquecimento ilícito: (i) a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, (ii) o ressarcimento integral do dano, **quando houver**, (iii) a perda da função pública, (iv) a suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, (v) o pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e (vi) a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, pelo prazo de dez anos.

No caso de ato que cause prejuízo ao Erário, as penas são (i) o ressarcimento integral do dano – que obviamente, sempre existe, (ii) a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, **se concorrer esta circunstância**, (iii) a perda da função pública, (iv) a suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, (v) o pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e, finalmente, (vi) a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, pelo prazo de cinco anos.

Nas hipóteses de malfeição aos princípios da Administração Pública, as penas são (i) o ressarcimento integral do dano, **se houver**, (ii) a perda da função pública, (iii) a suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, (iv) o pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e (v) a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de três anos.

Na hipótese de concessão indevida de benefício tributário, as penas são (i) a perda da função pública, (ii) a suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e, finalmente, (iii) o pagamento de multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

Como se vê, as penas de ressarcimento dos danos patrimoniais suportados pelo Erário, bem como a perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente, somente serão aplicadas se houver a circunstância de efetivo dano ao patrimônio público e o enriquecimento

ilícito do agente. Do mesmo modo, não se pode aplicar a sanção de perda da função pública ao terceiro que não seja servidor ou possua vínculo credencial ou honorífico.

Até a edição da Lei nº 12.120/2009 (que alterou o “caput” do artigo 12) a regra era a aplicação cumulativa das penas, se presentes os pressupostos fáticos. Isso, obviamente, causava evidentes situações de injustiça, ainda que o julgador aplicasse as penas nos limites legais mínimos. Com a nova lei, as penas agora podem ser aplicadas isoladamente, conforme o caso, passando a vigorar legalmente o **princípio da autonomia das modalidades de penas** e da **razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das mesmas**.

Essa discricionariedade pode evitar que a aplicação cumulativa das penas traga prejuízos graves e injustos ao agente, a depender do caso.

4. ESTUDO DO ELEMENTO SUBJETIVO DAS CATEGORIAS DOS ATOS DE IMPROBIDADE

Neste capítulo trataremos dos conceitos de dolo e de culpa, bem como sua aplicação quanto aos atos de improbidade, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e, principalmente, do Superior Tribunal de Justiça.

4.1 Necessidade de previsão legal para sanção em caso de culpa

No direito moderno, de modo geral, a imposição de sanções depende da aferição da intencionalidade do agente. Essa espécie de “dogma” originou-se em grande parte, da receptividade dada à teoria moral do filósofo e professor Immanuel Kant.

Kant, reformulando toda a teoria da moral vigente em sua época, chegou a conclusões importantes com repercussão direta no campo em que a moral intersecciona o direito: O valor moral de uma ação encontra-se em sua “máxima” – palavra empregada pelo filósofo para expressar o imperativo ou prescritivo que orientou a vontade do agente. Por consequência, Kant ditou que **somente a partir da aferição da intenção do agente será possível julgar se a ação humana é certa ou errada.**

Influenciado em grande parte por essa dicção, o direito buscou cercar de cuidados o sistema de sanções, tornando regra a inadmissibilidade da punição do agente que tenha agido sem intenção, e, igualmente, excepcional a sanção nesses casos.

No direito brasileiro, a norma que melhor representa esse espírito é a contida no parágrafo único do artigo 18 do Código Penal, que estabelece que em regra a punição (leia-se “tipificação”) só se dará nos casos de dolo, excepcionalmente admitida a punição nos casos de culpa.⁵⁴

Dessa forma, se não existir vínculo subjetivo unindo a intenção do agente à prática do ato, por consequência não há o menosprezo ou descaso à ordem jurídica, e, desta forma, também não há justificativa para sanção.⁵⁵

⁵⁴ Art. 18, Parágrafo único: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.” In: BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

⁵⁵ GARCIA, 2014, p. 432.

4.2 Considerações sobre o dolo e a culpa

Em direção à intencionalidade como elemento do ato ilícito, foram desenvolvidas teorias jurídicas sintetizando os dois elementos subjetivos que unem logicamente a intenção, a ação e a consequência: o **dolo** e a **culpa**.

Os estudos que mais contribuem para a noção de dolo e de culpa encontram-se no âmbito do direito penal.

Nessa esteira, conforme interpretação da norma do artigo 18, I do Código Penal, entende-se por **dolo** a *vontade livre e consciente voltada a um resultado **sabidamente** ilícito, ou a **aceitação do risco de produzir tal resultado***.⁵⁶

Numa das classificações do dolo, temos a divisão deste em dolo direto e em dolo eventual.

O **dolo direto** ocorre quando a ação visa determinado resultado *sabido* ilícito e a razão da ação é esse resultado ilícito.

Por sua vez, no **dolo eventual**, o resultado ilícito é *previsto*, sabido *provável* e *consentido*, embora a ação não seja movida *por esse resultado*, mas por outro. Exemplo clássico disso são as corridas de rua urbanas, conhecidas como “rachas”, em que a vontade do motorista e sua intenção se exaurem no ato de correr e, embora preveja o provável resultado do acidente, insiste no ato, embora o acidente não seja a razão do racha.

Desta forma, no dolo temos o seguinte encadeamento: **a vontade gera o ato, que gera o resultado, e o resultado é querido ou aceito pela vontade**.

Noutra classificação temos o dolo dividido em **dolo específico** e **dolo genérico**.

Dispensadas as divergências doutrinárias, sintetizamos o **dolo genérico** como a vontade (direta ou eventual) de praticar os atos encampados nos requisitos objetivos da conduta típica, ausente qualquer finalidade especial.

Por sua vez, será **específico** o dolo se, à vontade genérica de praticar a conduta típica, houver finalidade específica, normalmente expressa ou tacitamente movida por “motivo de”, “para”, “com o fim de” – segundo redações tiradas de tipos penais.

⁵⁶Art. 18, “Diz-se o crime: [...] I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.” In: BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Por sua vez, o conceito de **culpa** tem uma essência sintetizada como a violação do dever jurídico, contratual ou não, com um ato eivado de negligência, imprudência e imperícia. Essa noção de culpa anda com o conceito trazido na norma do inciso II do artigo 18 do Código Penal,⁵⁷ mas neste não se exaure.

O ato culposo é praticado sem a atenção ao dever de cuidado normalmente empregáveis no sentido de prever ou de evitar o resultado ilícito.

Dessa forma, na culpa temos um encadeamento lógico entre ação e resultado em que a vontade não faz parte da equação: a vontade (lícita) não participa da geração do ato, que é ilícito.

No dolo, o ilícito é reputável à falha da moral acompanhada de intelecto competente; na culpa, o ilícito é reputável a debilidade intelectual acompanhada de boa moral.

Distinguimos a chamada culpa consciente do dolo eventual.

Com efeito, e como vimos, o **dolo eventual** consiste na prática de ato com *intenção ilícita*, mas não voltada para a prática do resultado especificamente previsto no tipo penal. Há, dessa forma, *previsão* do resultado reprovável e *consentimento* de sua ocorrência, com intenção ilícita.

Na **culpa consciente** o resultado ilícito é igualmente *previsto*, mas o ato é movido por *intenção lícita e legítima*, e o agente não o deseja o resultado ilícito, confiando verdadeiramente em sua habilidade, embora *imprudente, negligente* ou *imperita*.⁵⁸

A culpa é graduada nos graus **grave, leve e levíssima**. O que se leva em conta nessa classificação é o grau de previsibilidade do agente.

A **culpa grave** resulta de erro grosseiro, descuido injustificável, e se aproxima do dolo.

A **culpa leve**, por sua vez, é a mais comum ao grosso das pessoas, pois seria reprimível com o cuidado próprio do homem comum.

⁵⁷ Art. 18, “Diz-se o crime: [...] II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.” In: BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.

⁵⁸ GARCIA, 2014, p. 433.

Já a **culpa levíssima** relaciona-se ao homem especializado, que, ainda que munido de conhecimento e atenção, comete o ato que resulta no dano.

Em nosso direito, os atos resultantes de todos os tipos de graduação de culpa são indenizáveis ou, se o caso, sancionáveis, embora a aferição do grau da culpa seja importante para a fixação ou dosimetria das sanções, sejam estas de que naturezas forem.

4.3 Culpa no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa

No direito administrativo, devido às particularidades da atividade administrativa o estudo da culpa adquire relevo ao tratarmos dos atos que resultam em prejuízo aos cofres públicos, para delimitar a responsabilização do agente em relação ao Estado, seja para reparar o dano, seja para imposição doutras sanções pessoais.

É o que infere da norma do “caput” do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992, que determina o ressarcimento integral do dano ao Erário, mesmo nos casos de culpa. Tal norma é consonante com a do artigo 5º da mesma lei, que determina o mesmo, e também com instituto da responsabilidade civil, trazida no artigo 927 do Código Civil.

A responsabilidade subjetiva (a que perquire o elemento subjetivo do agente) é inerente à improbidade administrativa, sendo exigíveis necessariamente o dolo ou a culpa grave (muito próxima do dolo), no âmbito dos atos de improbidade, embora a Lei de Improbidade silencie sobre o assunto.

4.4 Atos de improbidade admitidos apenas na forma dolosa

De modo geral, a jurisprudência prevaiente do Superior Tribunal de Justiça vem considerando que as espécies de atos de improbidade previstas nos **artigos 9º e 11** são admitidas **apenas na forma dolosa**, e a prevista no **artigo 10** é aceita nas **formas dolosa e culposa**.

Entendemos que a forma do novel artigo 10-A deve ser admitida apenas na forma dolosa, diante do silêncio sobre a admissão da culpa. No entanto, por ser recente a alteração legislativa que acresceu esse artigo à Lei nº 8.429/1992, não houve ainda oportunidade de o Superior Tribunal de Justiça firmar jurisprudência sobre a norma desse artigo, motivo pelo qual trataremos apenas dos artigos 9º e 11 e, adiante, do artigo 10.

4.5 Atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito

No artigo 9º da Lei nº 8.429/1992 está previsto o ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito do agente.

No dizer de Alexandre de Moraes, para que se consubstancie o ato de improbidade administrativa que importe em enriquecimento ilícito são necessários os seguintes requisitos: (i) Conduta dolosa por parte do agente, (ii) consecução de vantagem ao agente consubstanciada no aumento patrimonial, (iii) que essa vantagem patrimonial seja ilícita, ou seja, contrária ao direito e, finalmente (iv) o nexo de oficiosidade, ou seja, o liame entre o exercício funcional e a prática do ato que causa a vantagem patrimonial ilícita.⁵⁹

O elemento chave nesses atos é a prática do ato ilícito com o fim de auferir vantagem patrimonial para si, e a aferição desse enriquecimento é imprescindível nesta espécie.

Esta modalidade é admitida unicamente na forma dolosa, e nunca na culposa. Com efeito, seria absurdo pensar em enriquecimento ilícito involuntário, por imprudência, negligência ou imperícia. Dessa forma, todas as especificações e mesmo o tipo geral do “caput” pressupõem não apenas a consciência do agente sobre o ilícito, mas até certo grau de engenhosidade.

O verbo utilizado no “caput” é “auferir” a vantagem, que há de ser patrimonial, e não de outra ordem. Podemos afirmar, pela dicção da norma do “caput” do artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa, que possíveis **vantagens sexuais** obtidas pelo agente em razão do cargo não poderão configurar ato de improbidade administrativa prevista no artigo 9º, eis que não são de ordem patrimonial, o que não impede que haja incidência no “caput” do artigo 11, por se tratar de escancarada violação ao princípio da impessoalidade ou da moralidade.⁶⁰

E o que seria essa “vantagem patrimonial ilícita”? Entendemos que a melhor forma de fazer a delimitação do conceito é pela exclusão.

Com efeito, será **lícita** a vantagem patrimonial auferida pelo agente se esta configurar contraprestação pecuniária decorrente de vínculo funcional ou vantagens jurídicas correlatas

⁵⁹MORAES, Alexandre de. Direito constitucional administrativo. São Paulo: Atlas, 2002, p. 326.

⁶⁰GARCIA, Emerson, 2014, p. 392.

ao vínculo funcional, como por exemplo, o uso de carro ou moradia oficial, ou auxílios para compra de livros, etc.

Sendo apenas essas as hipóteses de vantagens lícitas, serão ilícitas todas as outras.

Em regra, os atos que importam enriquecimento ilícito prescindem do efetivo prejuízo ao Erário.

Dessa forma, apesar de os incisos III, IV, XI e XII do artigo 9º,⁶¹(entre outros) requererem também algum grau de prejuízo ao Erário, percebe-se ser essencialmente desnecessário o efetivo prejuízo aos cofres públicos, eis que há situações em que o agente auferir vantagem independentemente de causar dano aritmético aos cofres públicos. É o que se vê, por exemplo, nos incisos VII, IX e X, por exemplo.⁶² Na verdade, o artigo 9º busca proteger a dignidade da administração pública contra o agente que se utiliza da função pública para auferir vantagens não correlatas com sua função, ao passo que a proteção ao Erário é acentuada na norma do artigo 10.

Há certa correspondência entre as condutas previstas nos incisos dos artigos 9º e as previstas no artigo 10, com a particularidade que, no caso do artigo 9º foca-se na conduta do agente que gere enriquecimento ilícito, ao passo que, tratando-se do artigo 10, a conduta do agente pode ser concorrente ou permissiva, e o enriquecimento próprio não é o elemento chave, e sim o prejuízo ao Erário.

Exemplificamos. O inciso XII do artigo 9º trata do uso (direto) de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades referidas no artigo 1º da Lei nº

⁶¹“Art. 9º [...] III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado; IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; [...] XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.” In: BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.

⁶²“Art. 9º [...] 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; [...] IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza; X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado. In: Ibidem.

8.429/1992 – o que implica enriquecimento ilícito por parte do que usa, que, ao menos em tese, deixa de dispender recursos próprios para usufruir de uma vantagem.

Por sua vez, o inciso II do artigo 10 trata da **permissão** ou **concorrência** do agente (que pode ser culposa) para que **terceiros se utilizem** dos mesmos itens (bens, rendas, verbas ou valores) pertencentes ao acervo patrimonial das entidades referidas no artigo 1º da Lei nº 8.429/1992. Nota-se que, neste caso, por exemplo, nem sempre o agente usufruirá, nem sempre irá enriquecer, mas sempre haverá o elemento de prejuízo aos cofres públicos.

A vantagem poderá ser recebida tanto de forma direta – ao próprio agente, sem intermediação; quanto na forma indireta – esta recebida por pessoa estranha ao ato, agente ou não, mas vertida ao agente ímprobo em ocasião futura, destinatário final que este é da vantagem.

Por derradeiro, verificamos que os atos que importam enriquecimento ilícito também importam a concomitante tipificação penal, que, como vimos, é independente, e pode operar-se pela subsunção do ato aos tipos penais do peculato, da corrupção passiva e da concussão, por exemplo.

A Lei de Improbidade Administrativa pune com maior rigor os atos de improbidade desta modalidade, conforme se vê da disposição gradativa das penas trazidas no artigo 12, I, da Lei – daí a conclusão que o legislador considerou esta espécie a mais grave dentre os atos de improbidade.

4.6 Atos de improbidade que ofendem os princípios da administração pública

O artigo 11 da Lei nº 8.429/1992 trata dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

Segundo Alexandre de Moraes, para que se configure esse tipo de ato de improbidade são necessários os seguintes requisitos: (i) conduta dolosa do agente, (ii) conduta que não gere, ao menos em regra, o enriquecimento ilícito ou não cause lesão ao Erário – tema dos dois outros tipos de atos de improbidade aqui estudados; (iii) violação aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições; (iv) violação aos princípios

da administração pública em geral e, finalmente, (v) nexo de officiosidade (ligação causal entre o exercício funcional e a própria violação aos princípios).⁶³

A partir desses requisitos, há serem feitas as seguintes considerações.

A partir da dicção da norma, infere-se a vontade livre e consciente do agente em praticar o ato que vá contra os princípios da administração pública. Com efeito, a doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de considerar como único elemento subjetivo nessa tipologia apenas dolo, e não a culpa.

Assim, e **também a nosso ver**, a eventual ofensa a princípios da administração pública cometida por imprudência, negligência ou imperícia afastaria o elemento chave do ato de improbidade, que é a desonestidade do agente. Assim, restaria descaracterizado o ato como sendo de improbidade.

Defendemos que todos os atos de improbidade são praticados com afronta aos princípios da administração pública.

Porém, a doutrina tem defendido que a norma do artigo 11 encerra as hipóteses subsidiárias de atos de improbidade que, ofendendo aos princípios, não importam nem em enriquecimento ilícito nem em dano ao erário, sendo espécie de ato de improbidade “puro”, nesse sentido. Trata-se, portanto de espécie subsidiária.

A Lei trata de violação aos deveres da **honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade**, mas, **a nosso ver**, não devemos interpretar como sendo *apenas* esses princípios.

Com efeito, a tendência moderna é pela unicidade do sistema jurídico. Dessa forma, a violação a qualquer dos princípios da administração pública em tese configuraria o ato previsto no artigo 11. Tal é a posição normalmente adotada pela doutrina.

Parte da doutrina entende que não será a ofensa a qualquer princípio que importará ato previsto no artigo 11, partindo de dois pontos: o primeiro prega que os princípios são preceitos demasiado abertos e abstratos, e o segundo que doutrina vigente é incoerente, no sentido de não prestigiar a segurança jurídica, a reserva legal e da anterioridade.⁶⁴ Assim, seria necessário que o magistrado verificasse se os princípios previstos na Lei nº 8.429/1992 foram ofendidos de forma dolosa pelo agente, advindo daí a aplicação da sanção, na

⁶³ MORAES, 2002, p. 330-331.

⁶⁴ BERTONCINI, 2007, p. 154-155.

quantidade e graus julgados pertinentes. A *contrario sensu*, se o princípio contemplado na disposição legal não sofreu violação, desatendida a legalidade e a anterioridade necessárias, não se terá configurado ato de improbidade administrativa, ao menos nessa modalidade do artigo 11.⁶⁵

Discordamos dessa posição.

Entendemos que todos os princípios da administração estão acobertados pela proteção da Lei nº 8.429/1992, e não apenas os princípios previstos no “caput” do artigo 11. Nossa posição assenta-se essencialmente nas seguintes razões:

A **primeira** delas é baseada numa interpretação gramatical: é o próprio nome da espécie – **Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública** – que realmente possui abrangência ilimitada, e não deve ser menosprezada. Além disso, o objetivo da Lei de Improbidade Administrativa é proteger a probidade da administração como um todo, e não apenas a proteção de *determinados* princípios.

A **segunda** assenta-se na ideia de que a ofensa a um princípio, não raro, ofende outro por via reflexa ou decorrente, bem assim, há princípios implícitos no próprio artigo 11. Vejamos um exemplo: se o agente for desonesto em alguma ação, essa ação também será imoral. Se o agente for parcial, desatenderá a impessoalidade, e, reflexamente, também infringirá o dever básico da legalidade, por encampar as hipóteses de instrução, condicionamento, limitação e vinculação da atuação do agente. Vemos, assim, que os princípios estão tão interligados entre si e que um ato ofensivo dificilmente ofenderá apenas *um* princípio isoladamente. Da mesma forma, diversos princípios também vêm implícitos nos incisos do artigo 11. Desse modo, quando o agente “retarda ou deixa de praticar indevidamente ato de ofício” (inciso II), também vai contra a eficiência. Quando nega publicidade aos atos oficiais (inciso IV) frustra o princípio da publicidade – embora tais princípios não estejam no “caput”.

A **terceira** é que os comandos normativos restritivos do direito administrativo não são vinculados ao grau estrito de tipicidade próprio do direito penal, embora com essas normas possa guardar algum parentesco. As normas restritivas de direito administrativo são dotadas de determinado grau de abertura, tanto na descrição da espécie de ato, quanto na disposição

⁶⁵Ibidem, p. 155-160.

das sanções, sendo conferido determinado grau de discricionariedade ao aplicador. Não se há de falar aqui em ausência de segurança jurídica ou ofensa aos princípios da anterioridade ou da legalidade, eis que o próprio “caput” do artigo 11 já prevê o sancionamento aos atos que ofendem aos princípios da administração pública, atendendo a tais princípios. Chamamos atenção ao bem jurídico protegido não só pelo artigo 11, mas pela Lei nº 8.429/1992 como um todo: a probidade da administração – apoiada essa proteção na supremacia e indisponibilidade do interesse público, que pautam toda a administração.

A **quarta** é baseada na teleologia da norma e na leitura sistêmica do ordenamento e a hermenêutica constitucional moderna, que coloca a Constituição Federal como fundamento lógico de todas as normas (tratamos do tema no capítulo 1). Apesar de a Constituição Federal não delimitar o que seja improbidade, nem o fazer de modo fechado a Lei nº 8.429/1992, é mais arrazoado entender que, se a Lei ordinária protegeu e dotou de sanção os princípios que baseiam os deveres da honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, também estão protegidos os princípios gerais da administração pública, e por via reflexa, vários outros princípios, sob pena de subversão do sistema e rendição ao puro positivismo.

Além disso, como se sabe, o agente deve respeitar os preceitos da lei em sentido estrito e do direito – sendo que este último abrange todos os princípios do direito administrativo. Nesse sentido, a ofensa a princípio norteadora do direito administrativo é por si ofensa à legalidade em sentido amplo e inegável ato de improbidade. Desenvolvemos essa ideia, a partir da obra da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁶, ao trazer o conceito jurídico do ato de improbidade administrativa, ao final do primeiro capítulo.

Em suma, **no nosso entender**, ato que ofenda qualquer dos princípios da administração pública será ato de improbidade, **desde que** dotado da intencionalidade. Prescinde o direito administrativo de tipos fechados, como o do direito penal. Como os princípios são comandos normativos abertos, a parte acusadora e o próprio julgador devem perquirir se o ato é dotado de elementos necessários à subsunção à espécie prevista no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992.

4.7 O elemento subjetivo dos atos de improbidade previstos nos artigos 9º e 11 à luz da doutrina e da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo

⁶⁶ DI PIETRO, 2006, p. 768.

Como vimos, a interpretação mais aceita é a de que o ato só será punido na modalidade culposa se houver previsão nesse sentido.

Do silêncio eloquente restritivo contido nas descrições genéricas dos “caputs” dos artigos 9º e 11 da Lei nº 8.429/1992 com relação ao elemento subjetivo, podemos concluir que para a configuração dos atos de improbidade descritos nos artigos 9º e 11 é **necessário o dolo**.

A jurisprudência tem entendido que para a prática dos atos que importam enriquecimento ilícito e dos que atentam contra os princípios da administração pública é **necessário o dolo e incabível a culpa**, ao passo que **apenas** nos casos de atos que causam prejuízo ao erário é **possível sancionar condutas dolosas e culposas** – isso por expressa previsão desse artigo.

A norma do artigo 10, que tutela o Erário, harmoniza-se com a do artigo 5º da mesma Lei,⁶⁷ que afirma que, se ocorrer lesão ao patrimônio público por ação ou omissão culposa ou dolosa, ter-se-á necessariamente o ressarcimento integral do dano.

Ainda que haja tal orientação, pode surgir a indagação a respeito da possibilidade de ato de improbidade na forma culposa mesmo nos casos dos artigos 9º e 11.

Os artigos que trazem as espécies de atos de improbidade vêm com descrições de condutas específicas em seus incisos, e são condutas passíveis de ação das mais variadas formas de elemento subjetivo. Seria possível, **ante as particularidades do caso concreto**, considerar a aplicação de sanção na forma culposa a alguma conduta das trazidas nos artigos 9º ou 11, por exemplo?

Se nos atentarmos às condutas em si mesmas, levando em conta as sutilezas do caso concreto, seríamos tentados a dizer que sim. Essa é a posição de Sérgio Monteiro Medeiros e de Fábio Medina Osório, por exemplo.

Analisando algumas das condutas elencadas no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992, que em princípio só aceitariam a modalidade dolosa, seria possível, segundo Sérgio Monteiro

⁶⁷ “Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.” In: BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.

Medeiros,⁶⁸ encontrar atuações que poderiam ser praticadas sem intenção de resultado ilícito – tudo a depender o caso concreto, repetimos – tais como retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício – por admitir um atuar negligente.

Fábio Medina Osório, por sua vez, cogita a possibilidade de “deslealdade culposa”, que, se manifestaria na incompetência administrativa.⁶⁹

Como vimos, o dever de lealdade encontra-se previsto no “caput” do artigo 11 da Lei nº 8.429/1992, que tutela os princípios da administração pública, e, em tese, admitiria apenas a forma dolosa.

No entanto, admitir que as condutas descritas nos incisos dos artigos 9º e 11 da Lei nº 8.429/1992 admitem a forma culposa implica alguns problemas.

O primeiro deles é desconsiderar a aplicação analógica do parágrafo único do artigo 18 do Código Penal, que determina que **ninguém poderá ser punido, exceto se pratica o ato dolosamente**, e que positiva a posição mais aceita pela doutrina e jurisprudência modernas.

Ainda que não seja admitida a analogia com o direito penal, já vimos que a doutrina moderna vem no mesmo sentido: só se pune a culpa quando houver previsão.

Partindo-se do pressuposto de que a definição do elemento subjetivo deve anteceder ou mesmo fazer parte da conduta descrita, e ainda, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, é de se concluir que o silêncio da Lei nº 8.429/1992 nos artigos 9º e 11 quanto às condutas culposas indica precisamente que **tais atos só podem ser punidos na modalidade dolosa, nunca culposa**.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, colacionamos a título de exemplo a ementa do julgado da apelação cível nº 0000602-12.2014.8.26.0483, de relatoria do desembargador Alves Braga Junior no sentido da necessidade do dolo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AQUISIÇÃO DE MATERIAIS SEM LICITAÇÃO OU PROCESSO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO. FRACIONAMENTO IRREGULAR DE COMPRAS. MUNICÍPIO DE MARABÁ PAULISTA. EX-PREFEITO. AGRAVO RETIDO. (...) IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. **ART. 11, CAPUT, DA LEI 8.429/92**. Ex-Prefeito de Marabá Paulista. Aquisição de

⁶⁸ MEDEIROS, Sérgio Monteiro. Lei de Improbidade administrativa, comentários e anotações jurisprudenciais. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 97.

⁶⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 141.

materiais de construção, suprimentos de informática, peças automotivas, produtos alimentícios, impressos gráficos, material de livraria e papelaria e material farmacológico, nos anos de 2009 e 2010, sem prévio procedimento licitatório ou processo de dispensa de licitação. Fracionamento irregular de compras. **Prática consciente, deliberada e reiterada, mesmo após apontamento do Tribunal de Contas do Estado. Violação ao princípio da legalidade (Lei 8.666/93). Dolo configurado. Ato de improbidade administrativa caracterizado.** AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. RECURSO DE APELAÇÃO NÃO PROVIDO.⁷⁰ (grifo nosso)

No caso concreto, o réu, prefeito municipal, foi denunciado pela prática do ato previsto no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa e por violação às normas do artigo 2º e 24 da Lei nº 8.666/1993, tendo adquirido itens por contratação direta, sem procedimento licitatório e fora dos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Houve condenação em primeira instância à perda da função pública, à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco anos, ao pagamento de multa civil de trinta vezes o valor da última remuneração, e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente pelo prazo de três anos. Apelou o réu aduzindo, entre outros fundamentos, a ausência de dolo.

No entanto, o relator negou provimento ao recurso, entendendo que para os atos que tratam de violação aos princípios da administração pública é necessário o dolo. O dolo foi inferido pela reiteração da conduta ilícita por parte do réu durante dois anos, mesmo após o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo manifestar-se reprovando as contas do Município.

Como se vê desse julgado, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a jurisprudência é pacífica no sentido de que **para a configuração do dolo** nos casos de atos que atentam contra os princípios da administração pública **basta o dolo genérico**:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Aquisição de bens sem licitação – Fracionamento irregular de compras – Hipóteses de dispensa e de inexigibilidade do procedimento licitatório não configuradas – Conduta do réu a ser também tipificada no artigo 10, da Lei no 8.429/92 – Inadmissibilidade - Ausência de efetivo dano ao erário – Precedentes – **Violação aos princípios da Administração Pública – Dolo genérico configurado – Ato de improbidade previsto no artigo 11, caput, da Lei no 8.429/92, caracterizado** – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça e do E. Superior Tribunal de Justiça – Pena que merece redução para pagamento apenas de multa civil no valor de duas vezes a quantia equivalente à última remuneração percebida como Prefeito, mantendo-se íntegros, os contratos

⁷⁰ TJSP; Apelação 0000602-12.2014.8.26.0483; Relator: Alves Braga Junior; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Presidente Venceslau - 1ª Vara; Data do Julgamento: 05/07/2018; Data de Registro: 05/07/2018

firmados – Preliminares rejeitadas – Recurso de apelação parcialmente provido, desprovido o recurso adesivo.⁷¹ (grifo nosso)

Nesse caso, o réu fracionou compras e, por consequência, houve dispensa da licitação. O relator ponderou que não houve comprovação de que as aquisições ocorreram em circunstância de imprevisibilidade nem urgência a justificarem as compras sem a necessária licitação.

Segue trecho do acórdão:

[...] consideradas as sucessivas aquisições de bens da mesma natureza e a proximidade temporal das mesmas, **de se concluir que o fracionamento das compras teve por finalidade não ultrapassar o montante previsto em lei, a fim de permitir indevidamente a dispensa de licitação prevista no artigo 24, inciso II, da Lei n o 8.666/93, como já especificado.** Portanto, ausentes quaisquer hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação previstas no artigo 24 e 25 da Lei n o 8.666/93 e patente o fracionamento irregular na aquisição de diversos bens durante a gestão do apelante, por certo a violação ao princípio da exigibilidade de licitação para as compras do Poder Público, estabelecida no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como aos demais princípios que norteiam a Administração Pública, tais como a legalidade e moralidade, previstos no caput do referido dispositivo constitucional. (grifo nosso)

Despicienda a comprovação de intencionalidade, a tão-só conduta objetivamente considerada bastou para que o dolo restasse configurado, na figura genérica.

Há outros arestos de diversas Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo dando conta tanto da necessidade do dolo quanto da suficiência do dolo genérico.⁷²

⁷¹TJSP; Apelação 1002711-14.2015.8.26.0073; Relator: Renato Delbianco; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Avaré - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/12/2017; Data de Registro: 15/12/2017.

⁷²TJSP; Apelação 0000602-12.2014.8.26.0483; Relator: Alves Braga Junior; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Presidente Venceslau - 1ª Vara; Data do Julgamento: 05/07/2018; Data de Registro: 05/07/2018; TJSP; Apelação 1000106-80.2016.8.26.0390; Relator: Magalhães Coelho; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Nova Granada - Vara Única; Data do Julgamento: 04/07/2018; Data de Registro: 04/07/2018; TJSP; Apelação 1003255-38.2017.8.26.0297; Relator (a): Antonio Celso Faria; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Jales - 2ª Vara; Data do Julgamento: 04/07/2018; Data de Registro: 04/07/2018; TJSP; Apelação 1000414-76.2013.8.26.0696; Relator: Francisco Bianco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Ouroeste - Vara Única; Data do Julgamento: 25/06/2018; Data de Registro: 04/07/2018; TJSP; Apelação 0001786-71.2013.8.26.0116; Relatora: Silvia Meirelles; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Campos do Jordão - 2ª Vara; Data do Julgamento: 18/06/2018; Data de Registro: 29/06/2018; TJSP; Apelação 0000551-94.2013.8.26.0625; Relator: Sidney Romano dos Reis; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Taubaté - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/06/2018; Data de Registro: 18/06/2018, entre outros.

4.8 O elemento subjetivo dos atos de improbidade previstos nos artigos 9 e 11º à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

No Superior Tribunal de Justiça os atos de improbidade administrativa são julgados pela Primeira Seção (Direito Público), composta pela Primeira e pela Segunda Turma.⁷³

A **Primeira Turma** do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento pela necessidade da **prova da consciência e da intenção de promover o ato ímprobo**, nos casos dos artigos 9º e 11, ou seja, do **dolo**.

Vejamos o teor da seguinte ementa, no sentido de sancionar apenas a desonestidade, manifesta na **vontade** de produzir o ato ilícito:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. **AUSÊNCIA DE DOLO**. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa.

[...]

3. É que "o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público." (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em "O Limite da Improbidade Administrativa", Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8). "A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto" (Alexandre de Moraes, in "Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional", Atlas, 2002, p. 2.611). "De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado" (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999)." (REsp 758.639/PB, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ 15.5.2006)

[...]

5. Recurso especial provido.⁷⁴ (grifo nosso)

Neste caso, o réu, prefeito municipal, contratou emissora de rádio para divulgar serviços da administração local sem realizar licitação. A conduta, em tese, seria amoldada à hipótese do artigo 11, inciso I da Lei de Improbidade Administrativa.

O caso era de relatoria do Ministro José Delgado, que entendeu pela condenação do réu pela prática do ato previsto no artigo 11, inciso I da Lei nº 8.429/1992.

⁷³Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, art. 9º.

⁷⁴ STJ, REsp 734.984/SP, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 18/12/2007, DJe 16/06/2008.

No entanto, houve divergência do Ministro Luiz Fux, que entendera pela ausência do dolo do réu, dando provimento ao recurso especial para afastar a condenação.

Aduziu o Ministro Luiz Fux que a intenção da Lei de Improbidade Administrativa é coibir a prática de atos lesivos à Administração, mas não só: **são os atos perpetrados pelos agentes desonestos, e não os que tenham sido praticados por administradores inábeis (sem comprovação de má-fé)**. Pontuou ainda o Ministro que, na sistemática de atribuição da responsabilidade administrativa, o ato de improbidade administrativa, na sua caracterização, exige em regra o dolo como elemento subjetivo, à luz da natureza sancionatória da Lei, o que afasta a responsabilidade objetiva (fls. 07 do acórdão).

No mesmo entender a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça traz outros julgados.⁷⁵

No entanto, no âmbito da **Segunda Turma**, há entendimento no sentido de **considerar irrelevante a comprovação do elemento dolo, bastando o nexó causal**, conforme se vê do aresto de relatoria do Ministro Castro Meira:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO.

[...]

3. Em princípio, a lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Caso reste demonstrada a lesão, e somente neste caso, o inciso III, do art. 12 da Lei nº 8.429/92 autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário.

[...]

7. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte.⁷⁶(grifo nosso)

⁷⁵ STJ, REsp 939.142/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 21/08/2007, DJe 10/04/2008; STJ, REsp 604.151/RS, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, primeira turma, julgado em 25/04/2006, DJ 08/06/2006; STJ, REsp 965.671/RS, Rel. Ministro José Delgado, primeira turma, julgado em 21/02/2008, DJe 23/04/2008; STJ, REsp 940.629/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, primeira turma, julgado em 16/08/2008, DJe 04/09/2008; STJ, REsp 727.131/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 11/03/2008, DJe 23/04/2008.

⁷⁶ STJ, REsp 988.374/MG, Rel. Ministro Castro Meira, segunda turma, julgado em 06/05/2008, DJe 16/05/2008.

No caso concreto, o réu contratou servidores sem realização de concurso público, conduta que foi subsumida no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992 (Ofensa aos princípios da Administração Pública).

O relator admitiu o cabimento da condenação, ainda que os serviços tenham sido prestados e, mais relevante para nosso estudo, ainda que ausente a comprovação de má-fé, ponderando apenas pela existência ou não de dano ao Erário – que ensejaria sanção indenizatória – para efeitos de aplicação de ressarcimento. Assim, o ressarcimento ao Erário foi inadmitido, mas foi mantida a condenação em multa civil, sendo esta fixada no importe de três vezes o valor da remuneração do réu.

O Ministro Castro Meira não é voz solitária na Segunda Turma, no sentido da desnecessidade do dolo, conforme se vê neste julgado do Ministro João Otávio de Noronha:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SERVIÇO DE ADVOCACIA. CONTRATAÇÃO COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO À LEI DE LICITAÇÕES (LEI 8.666/93, ARTS. 3º, 13 E 25) E À LEI DE IMPROBIDADE (LEI 8.429/92, ART. 11). EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL EM PATAMAR MÍNIMO.

[...]

2. A contratação de escritório de advocacia quando ausente a singularidade do objeto contratado e a notória especialização do prestador configuram patente ilegalidade, enquadrando-se no conceito de improbidade administrativa, **nos termos do art. 11, caput, e inciso I, que independe de dano ao erário ou de dolo ou culpa do agente.**

[...]

5. Recurso especial provido em parte.⁷⁷

Neste caso, considerou o relator que contratação de escritório de advocacia desatendidos os requisitos da Lei nº 8.666/1990 representa flagrante ilegalidade, nos termos do art. 11, inciso I da Lei de Improbidade Administrativa.

Há ainda outros acórdãos da Segunda Turma no sentido da necessidade apenas do nexos causal em casos incursos no artigo 11 da Lei.⁷⁸

⁷⁷ STJ, REsp 488.842/SP, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, segunda turma, julgado em 17/04/2008, DJe 05/12/2008.

⁷⁸ STJ, REsp 717.375/PR, Rel. Ministro Castro Meira, segunda turma, julgado em 25/04/2006, DJ 08/05/2006; STJ, REsp 728.341/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, segunda turma, julgado em 14/03/2017, DJe 20/03/2017; STJ, REsp 826.678/GO, Rel. Ministro Castro Meira, segunda turma, julgado em 05/10/2006, DJ 23/10/2006; STJ, REsp 880.662/MG, Rel. Ministro Castro Meira, segunda turma, julgado em 15/02/2007, DJ 01/03/2007.

No entanto, **o entendimento pela dispensabilidade do dolo não é unânime na Segunda Turma**, conforme se vê da ementa do seguinte julgado, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, **para quem é necessário também o elemento subjetivo**:

ADMINISTRATIVO – ATO DE IMPROBIDADE – CONFIGURAÇÃO.

1. Esta Corte, em precedente da Primeira Seção, considerou ser indispensável a prova de existência de dano ao patrimônio público para que se tenha configurado o fato de improbidade, inadmitindo o dano presumido. Ressalvado entendimento da relatora.
2. Após divergências, também firmou a Corte que é imprescindível, na avaliação do ato de improbidade, a prova do elemento subjetivo.
3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido.⁷⁹

No caso em análise, a Ministra traz em seu voto a informação de que o Ministério Público não comprovou ter o réu agido com dolo, sendo impossível converter em ilegalidade aquilo que se considerou mera irregularidade formal, inalcançável pela Lei n° 8.429/1992.

Reiterando que apenas comete ato de improbidade o administrador desonesto, calculista e mal intencionado, e considerando que a conduta do réu não sugeriu a má-fé, entendeu a Ministra pelo desprovimento do recurso do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Pelo exposto, conclui-se que a Primeira Turma entende pela necessidade do dolo e a Segunda Turma pela dispensabilidade do dolo, bastando nexos causal. Ainda, dentro da Segunda Turma, há posição no sentido de necessidade do dolo (alinhando-se à posição da Primeira Turma). Dessa forma, há divergência não apenas entre as turmas, mas dentro da Segunda Turma.

Nossa opinião é no sentido de que é necessária a configuração da intenção dolosa do agente nos casos dos atos previstos nos artigos 9° e 11, sob pena de ser punido o administrador que agiu apenas com inabilidade, e não com desonestidade – o que seria injusto, diante de outras formas de sancionar a inabilidade. Muitas vezes, diante do caso concreto, há que se perquirir a existência do elemento subjetivo do dolo pela configuração dos atos do administrador. No entanto, punir aquele que demonstrou não agir com dolo é o mesmo que adotar a responsabilidade objetiva, o que é incabível no caso específico dos artigos citados. Releva destacarmos que o objetivo da Lei de Improbidade Administrativa é **punir o administrador desonesto, não o inábil** – com uma ressalva importante: o ressarcimento integral do dano é medida que se impõe sempre que houver prejuízo aos cofres

⁷⁹ REsp 621.415/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, segunda turma, julgado em 16/02/2006, DJ 30/05/2006.

públicos, em homenagem aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. No entanto, entendemos que o ressarcimento do dano não é sanção, mas mera consequência de ato ilícito, prevista no artigo 5º da Lei nº 8.429/1992 e no artigo 927 do Código Civil.

4.9 Ato de improbidade admitido na forma culposa: atos que causam prejuízo ao Erário

O ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao Erário vem descrito de forma genérica no “caput” do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992, e especificado nos incisos.

Primeiramente, devemos fazer a distinção entre **Erário** e **patrimônio público**.

Patrimônio público é um conceito abrangente, compreendendo o complexo de bens e direitos públicos de valor econômico, artístico, estético histórico e turístico.⁸⁰

O Erário, por sua vez, é parte do patrimônio público, porém é **adstrito aos ativos de valor econômico**.

Para que se consubstancie o ato de improbidade administrativa que importe em dano ao Erário, são necessários os seguintes requisitos: (i) Conduta ilícita, (ii) prejuízo concreto aos cofres públicos, (iii) nexo causal entre exercício funcional do agente e o dano, o chamado “nexo de oficialidade” e, por fim, o ponto mais polêmico: (iv) **conduta dolosa ou culposa** – não é exigida a só vontade de conduta lesiva, sendo permitida também a responsabilização do agente que causa dano ao erário por imprudência, negligência ou imperícia.⁸¹

Fala-se também em inexigibilidade de obtenção de vantagem indevida patrimonial ao agente – elemento dispensável, e decorre da possibilidade de ação ou omissão culposos.

A partir dos requisitos listados, passamos a fazer algumas considerações.

Primeiramente, a conduta em si do agente deverá ser ilícita e causar o prejuízo ao Erário. Isso vale dizer, *contrario sensu*, que se a conduta em si for lícita, mas futuramente seus desdobramentos causarem prejuízo ao Erário, não haverá a responsabilização por ato de improbidade administrativa.⁸²

⁸⁰ PAZZAGLINI FILHO, 2002, p. 72.

⁸¹ MORAES, 2002, pp. 328/329.

⁸² BERTONCINI, 2007, p. 201.

O prejuízo aos cofres públicos tem de ser concreto, manifesto das seguintes formas: perda patrimonial, no desvio (alteração do destino de valores), na apropriação (apossamento, utilização como se próprio fosse), no malbaratamento (venda a preço vil, noção de dilapidação, preço vil), ou dilapidação (desperdício, esbanjamento) de patrimônio com valor financeiro, por ação ou omissão em que haja nexos de oficiosidade entre a conduta do agente e o efetivo desperdício.

Para a configuração dessa espécie de ato basta a comprovação do efetivo dano material, decorrente da perda patrimonial. Percebe-se o privilégio conferido à relação consequentialista: independentemente do elemento volitivo, se o ato ensejar (for causa de) prejuízo ao Erário, teremos ato de improbidade amoldado à tipologia genérica do “caput”.

Diferentemente dos artigos 9º, 10-A e 11, **o artigo 10, que trata dos atos que causem prejuízo ao erário, considera como ato de improbidade as condutas ativas ou omissivas na modalidade culposa** – além, obviamente, do dolo.

Por que a Lei nº 8.429/1992 busca proteger o patrimônio público com tanto zelo, a ponto de sancionar mesmo a modalidade culposa?

Entendemos que a resposta está no princípio do interesse público, decantado nos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público.

À luz desse princípio, é necessário proteger a máquina pública dos meios que ensejem a dilapidação do patrimônio público que deve se prestar, unicamente, ao atendimento do interesse da coletividade, e do atendimento das necessidades sociais e do atendimento das finalidades essenciais do Estado brasileiro, manifestas no artigo 3º da Constituição Federal. Por isso é de rigor a proteção do patrimônio público, para que esse patrimônio seja empregado na direção correta, que é a satisfação da coletividade.

O princípio da indisponibilidade do interesse público está imbricado no princípio da supremacia do interesse público: se o interesse público é supremo, não pode ser objeto de disposição. Tanto é assim que diversos diplomas consagram essa indisponibilidade. A Constituição Federal, por exemplo, no artigo 100 proíbe a penhora dos bens públicos. Doutra parte, mercê de privilegiar o viés social da moradia, determina expressamente em seu artigo 183, § 3º, que os bens públicos são imprescritíveis, impassíveis, portanto, de terem o domínio adquirido por usucapião. O Código Civil, no artigo 102, repete a regra. Outros diplomas

infraconstitucionais também cuidam desse princípio, como diversos artigos da Lei nº 8.666/1993.

A norma do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992, ao punir também a modalidade culposa, harmoniza-se com dispositivos do Código Civil, notadamente os artigos 186 e 927.

O artigo 186 do Código Civil, como é ressamido, conceitua o ato ilícito como a violação a direito ou a causa de dano a outrem, por ação ou omissão tanto voluntária quanto por negligência ou imprudência (ato culposo).⁸³

Da mesma forma, o artigo 927 do Código Civil, consectário lógico do artigo 186, estabelece a obrigação do dever de reparação do dano causado por ato ilícito, sendo que o parágrafo único do mesmo artigo essa obrigatoriedade independentemente de culpa, nos casos estabelecidos em lei.

Embora o Código Civil discipline as relações entre os particulares, seu conhecimento é pedagógico no sentido de entendermos a escolha do legislador pelo privilégio da reparação no caso de dano por ato ilícito.

O ato administrativo que cause dano ao Erário é também ato ilícito, e o “caput” do artigo 10 estabelece essa modalidade como ato de improbidade, enfatizando os dois elementos subjetivos: o dolo e a culpa.

Entre as especificações dos atos nos incisos, podemos identificar alguns grupos de condutas: as que causam enriquecimento de terceiro (incisos I, II, II, XII e XIII), as que podem ser interpretadas como fraudes a licitação (incisos IV, V e VIII), a gestão irregular de recursos ou negócios públicos (incisos IX, XI e VI).

Por fim, destacamos a desídia na concessão de benefícios e na arrecadação tributária (incisos VII e X) para relacioná-la com o ato de improbidade previsto no artigo 10-A.

⁸³ “Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” In: BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

O artigo 10-A determina que constitui ato de improbidade a concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário. Porém, apesar da generalidade que o título traz em si, vemos, da análise do artigo que este trata especificamente de um tributo: o ISSQN.

Isso permite as seguintes conclusões, **que são de nossa opinião:**

Os incisos VII e X do artigo 10 sancionam a desídia com relação a todos os tributos existentes, exceto o ISSQN, que tem disciplina própria. Por estarem situadas no artigo 10, essas condutas podem ser punidas a título de dolo e culpa. Apenas no caso do ISSQN, o sancionamento será somente a título de dolo.

4.10 O elemento subjetivo das tipologias dos atos de improbidade do artigo 10

Como vimos, os atos de improbidade administrativa elencados no artigo 10 da Lei nº 8.429/1992 admitem tanto o dolo quanto a culpa.

O legislador parece ter observado que o ato culposos constitui também violação ao dever de cuidado que vincula o agente. Violando o dever de cuidado, o agente também violaria a legalidade. Há, dessa forma, comportamentos que, mesmo culposos, têm consequências gravíssimas ao Erário.

A noção consequencialista dos atos que causam prejuízo ao Erário privilegia puramente a relação causa (conduta do agente) e efeito (dano ao Erário). Assim, nos casos de dano ao Erário, optou o legislador pela sanção, em regra, talvez movido pela impossibilidade ou grande dificuldade de serem perquiridos os elementos subjetivos da ação que causa prejuízo ao Erário.

Essa opção legislativa harmoniza-se com o artigo 5º da referida Lei, bem como as regras gerais que determinam o ressarcimento pelos danos advindos do ato ilícito (artigo 927 do Código Civil), bem como com o interesse público representado pelo Erário.

Apesar de expressa a intenção do legislador no sentido de sancionar os atos culposos, a dicção do referido artigo já foi palco de inúmeras discussões doutrinárias.

Com efeito, no primeiro capítulo, fizemos longa digressão para ao final caracterizar o ato de improbidade como ato desonesto. No entanto, a desonestidade admite apenas e tão somente o dolo. Sendo assim, a harmonização da desonestidade com a culpa representa um desafio à reflexão do jurista.

Aduzindo ser impossível excluir o dolo da desonestidade, e que a desonestidade é marco nuclear do ato de improbidade, sendo, portanto, insuficiente o tão-só dano ao Erário, Aristides Junqueira Alvarenga sustenta a inconstitucionalidade do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992.⁸⁴

De fato, a tese da inconstitucionalidade do artigo 10 à primeira vista figura-se atraente, mas a nosso ver não merece prosperar por vários motivos de relevo.

Em 2010 o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de se manifestar a respeito da inconstitucionalidade da Lei nº 8.429/1992, quando esta foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo decidido pela constitucionalidade da norma.⁸⁵ Até o momento, não foi declarada a inconstitucionalidade de nenhum dispositivo da Lei nº 8.429/1992, motivo pelo qual todos os seus termos encontram-se em vigor e em aplicação, em homenagem ao princípio da presunção de constitucionalidade dos atos normativos.

Tendo sido considerada constitucional, o instituto da culpa deve imperiosamente ser aceito, sob pena de interpretação *contra legem*. Mesmo assim, nada obsta que a palavra **culpa** empregada pela Lei, seja interpretada em sentido mais consonante com os princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia, bem como com o instituto desonestidade como elemento imprescindível à improbidade.

De fato, a figura e o significado ordinários da culpa, em que se inserem as culpas leve e levíssima, não se harmonizam com o ordenamento jurídico, por serem incomunicáveis com a desonestidade que marca o ato de improbidade.

Por outro lado, punir qualquer culpa também é inadmissível, sob pena de tratar o agente mal intencionado da mesma forma que o agente simplesmente descuidado ou inábil.

A única forma de compatibilizar o instituto da culpa exigido pelo legislador com o núcleo de desonestidade imprescindível para configuração do ato de improbidade é a adoção do critério dos distintos graus de culpa. Assim, a depender do grau da culpa, pode-se chegar a soluções que vão desde a escusa total até o sancionamento.

⁸⁴ ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (org.). Improbidade administrativa, questões polemicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001, p.89.

⁸⁵ ADIN nº 2.182/DF, Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Relatora para o acórdão Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, julgado em 12.05.2010.

Assim, antes de considerar improbo ou desonesto qualquer agente que cometa uma conduta culposa, é necessário perquirir o grau de culpa do ato.

O Superior Tribunal de Justiça, atento a isso, vem decidindo que a culpa que autoriza e caracteriza o ato de improbidade não é a mera culpa leve ou levíssima, mas apenas a **grave**:

ACÇÃO DE IMPROBIDADE ORIGINÁRIA CONTRA MEMBROS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. LEI 8.429/92. LEGITIMIDADE DO REGIME SANCIONATÓRIO. EDIÇÃO DE PORTARIA COM CONTEÚDO CORRECIONAL NÃO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE IMPROBIDADE.

[...]

2. Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, **a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa**, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, **ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10.**

[...]

4. Ação de improbidade rejeitada (art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92).⁸⁶

No caso concreto, o acórdão do Ministro Teori Albino Zavascki não enfrentou o mérito da culpa grave, mas lançou o paradigma que passou a ser observado em outros arestos do Superior Tribunal de Justiça. No caso, os demandados foram incurso na conduta do artigo 11 da Lei nº 8.429/1992 por terem, no exercício da Presidência de Tribunal Regional do Trabalho, editado Portarias afastando temporariamente juízes de primeiro grau do exercício de suas funções, para que proferissem sentenças em processos pendentes. Ao fim e ao cabo, o Ministro relator entendeu que a petição inicial não descreveu nem demonstrou a existência de qualquer circunstância indicativa de conduta dolosa ou mesmo culposa, rejeitando a Ação de Improbidade.

No mesmo sentido há inúmeros outros arestos do Superior Tribunal de Justiça, tanto da Primeira quanto da Segunda turma, no sentido da imprescindibilidade da culpa grave.⁸⁷

⁸⁶ AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, corte especial, julgado em 21/09/2011, DJe 28/09/2011.

⁸⁷ STJ, REsp 1564399/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, segunda turma, julgado em 19/06/2018, DJe 25/06/2018; STJ, AgInt no REsp 1500673/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, primeira turma, julgado em 05/06/2018, DJe 08/06/2018; STJ, AgInt no REsp 1518920/PE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, primeira turma, julgado em 22/05/2018, DJe 01/06/2018; STJ, AgInt no AREsp 953.949/BA, Rel. Ministra Assusete Magalhães, segunda turma, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018; STJ, AgInt no AREsp 1190179/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, segunda turma, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018; STJ, AgInt no AREsp 1190179/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães,

Rememorando o instituto da culpa, podemos afirmar que a culpa grave é aquela em que o agente prevê o resultado, mas pensou que não poderia ocorrer. É a culpa que mais se aproxima do dolo.

A necessidade do instituto da culpa grave resolve importante embaraço à justiça da aplicação das penas descrita na Lei de Improbidade Administrativa, no sentido de evitar graves injustiças aos agentes que não agem de forma desonesta, mas apenas com inabilidade.

Antes do advento da Lei nº 12.120/2009, nos estritos termos da Lei, era de rigor a aplicação de todas as penalidades cabíveis, eis que as penas não estavam unidas pela conjunção “ou”, mas sim por vírgulas, que cumpriam evidente função de partícula gramatical aditiva.

No entanto, mercê da cumulatividade advinda da interpretação gramatical, chamava atenção que certas condutas, tais como o enriquecimento ilícito, só autorizavam a pena de perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio se houvesse o pressuposto fático de enriquecimento ilícito.

Ainda assim, configurada a existência de ato de improbidade administrativa na espécie do artigo 10, ainda que na forma culposa, era de rigor a aplicação de duas sanções gravíssimas, quais fossem a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos.

Veja-se, por exemplo, a pena de perda da função pública, que é pena muito severa para aquele que não praticou o ato munido de desonestidade. Muitas vezes o agente tem como única fonte de renda e de alimentos a função desempenhada no seio da Administração Pública, sendo que a perda da função pública pode representar a privação de seus meios de subsistência.

Outro exemplo, igualmente grave é a suspensão dos direitos políticos, no mesmo sentido. Tal pena, se aplicada, causa importante restrição à cidadania, uma vez que impede diversos atos da vida civil.

Assim, ao ato culposo, mesmo o munido da culpa grave deveriam ser reservadas sanções brandas, não só em qualidade, mas em quantidade, em homenagem ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

A doutrina, ávida de justiça, já se manifestava no sentido de desnecessidade de aplicação de todas as penas.⁸⁸

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a tendência hermenêutica da doutrina, optou pela aplicação das penas de forma não cumulativa, abrandando o rigor vindo da interpretação gramatical que havia da Lei nº 8.429/1992, adequando a consonância entre a tutela e a severidade das penas.

O elemento subjetivo, assim, passou a representar importante papel no sentido de adequar o interesse público às sanções da Lei, para não permitir que essas extrapolassem os limites da razoabilidade e da proporcionalidade.

Versando especificamente a respeito do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992, o Superior Tribunal de Justiça já vinha decidindo no sentido da não cumulatividade das penas. Vejamos o teor da seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO - AGRAVO REGIMENTAL - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - ART. 10 DA LEI N. 8.429/92 - SANÇÃO DO ART. 12, II, DA LEI DE IMPROBIDADE - **BOA-FÉ DO AGENTE - CRITÉRIOS DE ANÁLISE.**

[...]

2. A jurisprudência desta Corte está no sentido de que, **uma vez reconhecida a improbidade administrativa, é imperativa a aplicação das sanções descritas no art. 12, II, da Lei de Improbidade. A única ressalva que se faz é que não é imperiosa a aplicação de todas as sanções descritas no art. 12 da Lei de Improbidade, podendo o magistrado dosá-las segunda a natureza e extensão da infração.**

[...]

4. **De todas as seis penalidades descritas no art. 12, II, da Lei de Improbidade, as únicas aplicadas, e de forma razoável, foram as de ressarcimento do dano de forma solidária e de multa civil, fixada, ainda por cima, em montante menor que o grau máximo, ou seja, em uma vez o valor do dano.**

Agravo regimental improvido.⁸⁹

No caso dos autos, o réu celebrou contrato administrativo por meio de contratação direta, sem observar o dever de licitar, sob a alegação de emergência. O Ministério Público

⁸⁸ GARCIA, 2014, p. 404-409.

⁸⁹ STJ, AgRg no REsp 479.812/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, segunda turma, julgado em 02/08/2007, DJ 14/08/2007.

ofereceu denúncia por incursão no artigo 10, VIII da Lei de Improbidade Administrativa. O Tribunal de Justiça de São Paulo anulou o contrato e reconheceu a caracterização do ato de improbidade, sem, no entanto, aplicar a sanção do artigo 12, II, cabível no caso.

O Ministério Público interpôs Recurso Especial, ao qual o Ministro Humberto Martins deu provimento para aplicar a sanção correspondente. Agravou o réu alegando a ausência de análise da alegação de boa-fé, vindo a decisão ementada.

O Ministro entendeu, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, uma vez reconhecida a existência de improbidade administrativa, de rigor a aplicação das sanções do artigo 12, II, da Lei nº 8.429/1992. Alertou que a questão da boa-fé não é analisada quando se discute a improbidade descrita no artigo 10, entendendo escoreita a aplicação das penalidades de ressarcimento integral do dano e multa civil.

No entanto, entendeu pela inadequação de aplicação de todas as seis sanções previstas, aplicando apenas duas modalidades de sanções, quais fossem o ressarcimento integral do dano e multa civil fixada no patamar mínimo.

Esse entendimento pode ser encontrado em diversos outros julgados do Superior Tribunal de Justiça.⁹⁰

Noutra oportunidade, no acórdão do Recurso Especial nº 1.130.198/RR, o Ministro Luiz Fux faz interessante digressão a respeito da não cumulatividade das penas nos casos de atos de improbidade:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. MÁ-FÉ (DOLO). **APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.**

[...]

7. O espectro sancionatório da lei induz interpretação que deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplaridade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição, sempre prestigiada pela jurisprudência do E. STJ.

[...]

⁹⁰ STJ, REsp 664.856/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 06/04/2006, DJ 02/05/2006; STJ, REsp 507.574/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, primeira turma, julgado em 15/09/2005, DJ 20/02/2006, REPDJ 08/05/2006; STJ, REsp 513.576/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, primeira turma, julgado em 03/11/2005, DJ 06/03/2006; STJ, REsp 291.747/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes De Barros, primeira turma, julgado em 05/02/2002, DJ 18/03/2002; STJ, REsp 300.184/SP, Rel. Ministro Franciulli Netto, segunda turma, julgado em 04/09/2003, DJ 03/11/2003; STJ, REsp 505.068/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 09/09/2003, DJ 29/09/2003.

9. In casu, a **desproporcionalidade das penas de perda da função pública e suspensão de direitos políticos por 8 (oito) anos, aplicadas ao condenado, é manifesta, mercê de evidente a desobediência ao princípio da razoabilidade, circunstância que, por si só, viola o disposto no art. 12, parágrafo único da Lei 8.429/92, verificável independentemente da análise de fatos e provas constantes dos autos.**

10. Recurso especial parcialmente provido, para que sejam excluídas da condenação do ora recorrente as penas de perda da função pública e suspensão de direitos políticos por 8 (oito) anos, nos termos da fundamentação.⁹¹

No caso concreto, percebe-se a adequação das penas à razoabilidade e à proporcionalidade.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça foi positivado com a aprovação da Lei nº 12.120/2009, que acresceu a seguinte sentença ao “caput” do artigo 12 da Lei nº 8.429/1992: “que podem ser aplicadas (as sanções) isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato”.

Assim, positivou-se o princípio da autonomia das penas e da razoabilidade e da proporcionalidade.

Essa medida foi salutar no sentido de evitarem-se injustiças.

Agora, o magistrado deve perquirir do caso concreto todos os elementos informadores do ato de improbidade, valorando cada um deles de modo a extrair o elemento volitivo e a gravidade da conduta e, a partir daí, aplicar os tipos de penas que entender cabíveis, notadamente nos casos de improbidade administrativa por culpa, ainda que grave.

4.11 A relevância da culpa quanto à prescritibilidade das ações de improbidade

Recentemente, a perquirição a respeito da culpa nas ações de improbidade adquiriu contornos ainda mais relevantes, diante da fixação de nova tese pelo Supremo Tribunal Federal, em que a aferição da culpa ou do dolo é determinante para a que haja ou não a prescrição das ações de ressarcimento decorrentes de ato de improbidade administrativa.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, § 4º, prevê o ressarcimento ao Erário nos casos de improbidade administrativa que o causem.

⁹¹ STJ, REsp 1130198/RR, Rel. Ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 02/12/2010, DJe 15/12/2010.

O § 4º, por sua vez, determina que a lei estabelecerá os **prazos de prescrição** para ilícitos praticados por agente público, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

O Ministério Público de São Paulo propôs ação civil pública contra servidores do Município de Palmares Paulista, acusados de cometer irregularidades em procedimento licitatório, requerendo aos réus a aplicação das sanções previstas no artigo 12, II e III, da Lei de Improbidade Administrativa, inclusive com o ressarcimento de danos. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no entanto, deu provimento ao recurso de apelação dos réus, reformando em parte sentença que julgara parcialmente procedente o pedido, para reconhecer a ocorrência de prescrição quanto aos réus, a essa altura já ex servidores públicos.

O Tribunal de Justiça de São Paulo considerou que a Lei nº 8.112/90 dispõe que a ação disciplinar prescreve em 5 (cinco) anos quanto às infrações puníveis com demissão – como era o caso. Como os fatos teriam ocorrido entre 26 de abril de 1995 e 21 de novembro de 1995, e a ação foi proposta apenas em 3 de julho de 2001, entendeu-se pela ocorrência da prescrição, extinguindo-se a ação em relação aos servidores.⁹²

O Ministério Público de São Paulo recorreu apontando ofensa ao artigo 37, § 5º da Constituição Federal, no sentido de inoccorrência da prescrição sob o argumento de que de que a prescritibilidade dos atos ilícitos praticados por agentes públicos não alcançaria o ressarcimento nas ações de improbidade.

O Ministro Teori Zavascki manifestou-se pela existência da repercussão geral ao Recurso Especial nº 852.475 em 29 de abril de 2016.

Com o falecimento do Ministro Teori Zavascki, o caso passou para relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que manifestava-se pela prescrição, seguido pela corrente majoritária, que considerava que o texto constitucional pedia a complementação de lei específica para tratar do tema, e não implicaria hipótese de imprescritibilidade, diante da ausência de previsão expressa nesse sentido pela Constituição.

⁹²TJSP; Apelação 9186415-65.2005.8.26.0000; Relator (a): Marrey Uint; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Santa Adélia – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/06/2010; Data de Registro: 28/06/2010.

Até o julgamento do respectivo recurso, a corrente minoritária entendia que a ressalva do texto constitucional implica a imprescritibilidade das ações de ressarcimento, o que resultaria em uma proteção maior ao patrimônio público.

No entanto, o entendimento majoritário restou afastado, quando os Ministros Luiz Fux e Roberto Barroso mudaram seu entendimento, invertendo o placar, e fixando, no âmbito do respectivo recurso, a **tese pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento aos cofres públicos com fundamento em ato doloso segundo a Lei nº 8.429/1992.**

Dessa forma, aferida a intencionalidade do agente em cometer o ato de improbidade que cause prejuízo ao Erário, não haverá prazo para a respectiva ação de ressarcimento ao Erário. *Contrario sensu*, havendo mera culpa, como nos casos do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992, haverá prescrição.

Assim, a culpa nas ações de improbidade administrativa adquire mais essa relevância prática, por ser agora necessária para a aferição da prescrição da pretensão de ressarcimento.

5. CONCLUSÃO

Buscamos, através desse trabalho, investigar o elemento subjetivo necessário à caracterização do ato de improbidade administrativa, bem como a posição jurisprudencial a respeito, especialmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

A fim de embasar esse objetivo, analisamos os aspectos materiais do ato de improbidade, à luz da Constituição Federal, da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, em alguns casos, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Partimos da premissa da imperatividade do dever de observância da lei e do direito, expressão que abrange os princípios de direito e os deveres de probidade e moralidade – caracteres que abrangem a chamada legalidade em sentido amplo.

Toda vez que o agente desrespeita o direito (moral e princípios), ainda que não despeite a lei formal, está cometendo ato de improbidade administrativa, sujeitando-se às sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

No entanto, para a caracterização verdadeira da improbidade, faz-se necessário perquirir o elemento subjetivo que encerra os sentimentos vis da desonestidade e da deslealdade, entre outros elementos.

Por essa razão, buscou o legislador punir, em regra, apenas os atos que trouxessem o elemento subjetivo do dolo. É o caso dos atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito e infringência aos princípios da Administração Pública.

Nesse sentido, o artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa representa um desafio, pois prevê a possibilidade de punição a título de culpa nos casos de prejuízo ao Erário. Se, por um lado é medida salutar para a proteção da Administração Pública, particularmente na esfera patrimonial, por outra lado abre um grande problema: se o ato de improbidade é o ato desonesto, como punir o ato culposo sem cometer injustiças?

A doutrina e o Superior Tribunal de Justiça resolveu o problema de harmonizar o instituto da improbidade (que necessita da desonestidade) com a intenção do legislador de punir a culpa, através da restrição do conceito de culpa à denominada culpa grave, que é a causada por erro grosseiro, descuido injustificável, e se aproxima do dolo.

Também mereceu louvor a alteração do artigo 12 da Lei n° 8.429/1992, ao permitir a aplicação não cumulativa das penas nos casos de improbidade.

Dessa forma, a Lei, apesar de suas falhas, vem permitindo ao aplicador do direito a análise pormenorizada de todos os elementos necessários à configuração do ato de improbidade administrativa, sejam os aspectos objetivos, sejam os aspectos subjetivos, tão importantes que são para a caracterização desse tipo de ilícito.

Isso abre espaço para a correção dos rigores e das falhas legislativas, no sentido de uma aplicação mais justa da lei, com o objetivo de punir apenas aquele que despreza o espírito público, e não o agente ou administrador que age com inabilidade, mas sem desonestidade.

6. BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, Marcelo, Vicente Paulo. **Direito administrativo descomplicado**. 25ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da “summa divisio” direito público e direito privado por uma nova “summa divisio” constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. **Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro**. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (org.). Improbidade administrativa, questões polemicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001

ANDRÉA, Fernando de. **Robert Alexy**: introdução crítica. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BERTONCINI, Mateus. **Ato de improbidade administrativa**: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Decreto-lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 29 out. 2018.

_____. **Lei nº 8.429**, de 02 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>. Acesso em 29out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>>. Acesso em 29 out. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed., 8ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 8ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996..

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 26ª ed., São Paulo: Malheiros Editora, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27ª ed. Atual. Por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

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

PAZZAGLINI FILHO, Mariano. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas**. São Paulo: Atlas, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

6.1 Jurisprudência

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 728.341/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, segunda turma, julgado em 14/03/2017, DJe 20/03/2017.

_____. **Idem**. REsp 826.678/GO, Rel. Ministro Castro Meira, segunda turma, julgado em 05/10/2006, DJ 23/10/2006.

_____. **Idem**. REsp 880.662/MG, Rel. Ministro Castro Meira, segunda turma, julgado em 15/02/2007, DJ 01/03/2007.

_____. **Idem**. 965.671/RS, Rel. Ministro José Delgado, primeira turma, julgado em 21/02/2008, DJe 23/04/2008.

_____. **Idem**. AgInt no AREsp 1190179/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, segunda turma, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018.

_____. **Idem**. AgInt no AREsp 953.949/BA, Rel. Ministra Assusete Magalhães, segunda turma, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018.

_____. **Idem**. AgInt no REsp 1500673/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, primeira turma, julgado em 05/06/2018, DJe 08/06/2018.

_____. **Idem**. AgInt no REsp 1518920/PE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, primeira turma, julgado em 22/05/2018, DJe 01/06/2018.

_____. **Idem**. AgRg no Ag 1331825/RN, Rel. Ministro Castro Meira, segunda turma, julgado em 04/11/2010, DJe 23/11/2010.

_____. **Idem.** AgRg no AREsp 206.256/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, primeira turma, julgado em 11/03/2014, DJe 20/03/2014.

_____. **Idem.** AgRg no AREsp 21.662/SP, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, primeira turma, julgado em 07/02/2012. DJe 15/02/2012;

_____. **Idem.** AgRg no REsp 1182298/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, julgado em 17/03/2011, DJe 25/04/2011.

_____. **Idem.** AgRg no REsp 479.812/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, segunda turma, julgado em 02/08/2007, DJ 14/08/2007.

_____. **Idem.** RECURSO ESPECIAL: REsp. 1130198/RR, Rel. Ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 02/12/2010, DJe 15/12/2010.

_____. **Idem.** REsp 1103011/ES, Rel. Ministro Francisco Falcão, primeira turma, julgado em 12/05/2009, DJe 20/05/2009.

_____. **Idem.** REsp 1119657/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, segunda turma, julgado em 08/09/2009, DJe 30/09/2009;

_____. **Idem.** REsp 1130198/RR, Rel. Ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 02/12/2010, DJe 15/12/2010.

_____. **Idem.** REsp 1146592/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, primeira turma, julgado em 04/05/2010, DJe 11/05/2010;

_____. **Idem.** REsp 1183877/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, julgado em 04/05/2010, DJe 21/06/2010;

_____. **Idem.** REsp 1564399/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, segunda turma, julgado em 19/06/2018, DJe 25/06/2018;

_____. **Idem.** REsp 291.747/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes De Barros, primeira turma, julgado em 05/02/2002, DJ 18/03/2002;

_____. **Idem.** REsp 300.184/SP, Rel. Ministro Franciulli Netto, segunda turma, julgado em 04/09/2003, DJ 03/11/2003;

_____. **Idem.** REsp 488.842/SP, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, segunda turma, julgado em 17/04/2008, DJe 05/12/2008.

_____. **Idem.** REsp 505.068/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 09/09/2003, DJ 29/09/2003.

_____. **Idem.** REsp 507.574/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, primeira turma, julgado em 15/09/2005, DJ 20/02/2006, REPDJ 08/05/2006;

_____. **Idem.** REsp 513.576/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, primeira turma, julgado em 03/11/2005, DJ 06/03/2006;

_____. **Idem.** REsp 604.151/RS, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, primeira turma, julgado em 25/04/2006, DJ 08/06/2006;

_____. **Idem.** REsp 664.856/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 06/04/2006, DJ 02/05/2006;

_____. **Idem.** REsp 717.375/PR, Rel. Ministro Castro Meira, segunda turma, julgado em 25/04/2006, DJ 08/05/2006;

_____. **Idem.** REsp 727.131/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 11/03/2008, DJe 23/04/2008.

_____. **Idem.** REsp 734.984/SP, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 18/12/2007, DJe 16/06/2008.

_____. **Idem.** REsp 939.142/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 21/08/2007, DJe 10/04/2008;

_____. **Idem.** REsp 940.629/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, primeira turma, julgado em 16/08/2008, DJe 04/09/2008;

_____. **Idem.** REsp 988.374/MG, Rel. Ministro Castro Meira, segunda turma, julgado em 06/05/2008, DJe 16/05/2008.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Apelação 1002711-14.2015.8.26.0073; Relator: Renato Delbianco; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Avaré - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/12/2017; Data de Registro: 15/12/2017.

_____. **Idem.** Apelação 9186415-65.2005.8.26.0000; Relator: Marrey Uint; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Santa Adélia – 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 15/06/2010; Data de Registro: 28/06/2010;

_____. **Idem.** Apelação 0000602-12.2014.8.26.0483; Relator: Alves Braga Junior; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Presidente Venceslau - 1ª Vara; Data do Julgamento: 05/07/2018; Data de Registro: 05/07/2018;

_____. **Idem.** Apelação 1000106-80.2016.8.26.0390; Relator: Magalhães Coelho; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Nova Granada - Vara Única; Data do Julgamento: 04/07/2018; Data de Registro: 04/07/2018;

_____. **Idem.** Apelação 1003255-38.2017.8.26.0297; Relator: Antonio Celso Faria; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Jales - 2ª Vara; Data do Julgamento: 04/07/2018; Data de Registro: 04/07/2018;

_____. **Idem.** Apelação 1000414-76.2013.8.26.0696; Relator: Francisco Bianco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Ouroeste - Vara Única; Data do Julgamento: 25/06/2018; Data de Registro: 04/07/2018;

_____. **Idem.** Apelação 0001786-71.2013.8.26.0116; Relator: Silvia Meirelles; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Campos do Jordão - 2ª Vara; Data do Julgamento: 18/06/2018; Data de Registro: 29/06/2018;

_____. **Idem.** Apelação 0000551-94.2013.8.26.0625; Relator: Sidney Romano dos Reis;
Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Taubaté - Vara da Fazenda Pública;
Data do Julgamento: 18/06/2018; Data de Registro: 18/06/2018.



TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Rodrigo Moreira Sanga,

Aluno, regularmente matriculado, no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 3144067-3, Período 10, Turma S,

Tendo realizado o TCC com o título: “O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa”

Sob a orientação do professor: Antônio Cecílio Moreira Pires

Declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 05 de novembro de 2018.

Assinatura do discente