

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**

**CURSO DE DIREITO**

**BRUNO MARCELINO DE ALBUQUERQUE**

**O ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PRATICADO PELO  
PARTICULAR E O CABIMENTO DAS MODALIDADES CULPOSAS E  
DOLOSAS: UM ESTUDO SOBRE OS ARTS. 9º E 11º DA LEI DE  
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

**CRICIÚMA/SC, JUNHO DE 2011**

**BRUNO MARCELINO DE ALBUQUERQUE**

**O ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PRATICADO PELO  
PARTICULAR E O CABIMENTO DAS MODALIDADES CULPOSAS E  
DOLOSAS: UM ESTUDO SOBRE OS ARTS. 9º E 11º DA LEI DE  
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado  
para obtenção do grau de Bacharel no Curso  
de Direito da Universidade do Extremo Sul  
Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. João Carlos Medeiros Rodrigues  
Júnior

**CRICIÚMA/SC, JUNHO DE 2011**

**BRUNO MARCELINO DE ALBUQUERQUE**

**O ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PRATICADO PELO PARTICULAR  
E O CABIMENTO DAS MODALIDADES CULPOSAS E DOLOSAS: UM ESTUDO  
SOBRE OS ARTS. 9º E 11º DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com linha de pesquisa em bibliografias, legislação e jurisprudencial.

Criciúma, 13 de junho de 2011.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. João Carlos Medeiros Rodrigues Júnior - Especialista - UNESC - Orientador

Prof. Mateus Scremin dos Santos – Especialista - UNESC

Prof. Luiz Eduardo Lapolli Conti - Mestre - UNESC

**Às famílias Marcelino e Albuquerque.**

## **AGRADECIMENTO**

Àqueles que me auxiliaram a abrir os olhos na devida dimensão.

## RESUMO

O presente trabalho busca analisar o Direito Administrativo, na Carta Magna de 1988. A inovação desta Constituição é trazida através do estudo dos princípios nela arraigados, em especial o da moralidade administrativa. O agente público, como tratado, é aquele que exerce os anseios da administração pública e que diferente do particular, somente pode exercer sua função nos limites permitidos pela lei. Já a gestão pública é o conjunto de atividades que é atribuído ao ente público. O meio de combate em defesa da coisa pública já existe desde a primeira Carta Maior no Império do Brasil, sendo que nas Constituições seguintes foram aprimoradas até o chegar da Carta de 1988, que deu sustentação à Lei de Improbidade administrativa nº. 8.429/92. Na análise da lei de improbidade administrativa, os artigos que definem os tipos administrativos são os arts 9º, 10 e 11 sendo que as sanções aplicadas estão descritas no art. 12 da lei. Para a configuração dos tipos dos arts 9º, 10 e 11 é necessário comprovar o elemento subjetivo, sendo que sem este inexistente ato de improbidade administrativa. Os elementos são o dolo e a culpa. Somente o art. 10 traz expressamente o dolo e a culpa, calando-se os arts. 9º e 11. Mesmo com o art. 5º trazendo que os atos administrativos ocorrerão por ação ou omissão dolosa ou culposa, os arts. 9º e 11 são defendidos por grande parte da doutrina como somente aplicáveis através da comprovação do dolo, sendo que tal divergência já restou pontificado pelo Superior Tribunal de Justiça neste sentido. No entanto ainda há doutrinadores que defendem a culpa no art 9º e em alguns incisos do art. 11 da lei. Com relação ao enquadramento do particular no ato de improbidade administrativa, este poderá ser enquadrado como agente ativo do ato, no entanto sendo que somente poderá compor o pólo passivo da demanda judicial quando acompanhado do agente público, não podendo ser enquadrado isoladamente, diferente do agente público que poderá ser enquadrado sozinho no ato de improbidade administrativa.

**Palavra-chave:** Improbidade. Administrativa. Dolo. Culpa. Particular.

## LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Incisos do art. 9º .....	37
Tabela 2: Incisos do art. 10º .....	39
Tabela 3: Incisos do art. 11º .....	43
Tabela 4: Definição das sanções da Lei 8.429/92 .....	50

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 O DIREITO ADMINISTRATIVO APÓS A CARTA CIDADÃ DE 1988 .....</b>	<b>10</b>
<b>2.1 O Direito Administrativo na Constituição Federal de 1988.....</b>	<b>10</b>
<b>2.2 A Gestão Pública e o Agente Público.....</b>	<b>14</b>
<b>2.3 Os Princípios Constitucionais que Regem a Administração Pública.....</b>	<b>18</b>
<b>2.4 O Princípio da Moralidade Administrativa .....</b>	<b>22</b>
<b>3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>26</b>
<b>3.1 Aspectos Históricos da Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro .</b>	<b>26</b>
<b>3.1.1 Constituição de 1824.....</b>	<b>26</b>
<b>3.1.2 Constituição de 1891.....</b>	<b>28</b>
<b>3.1.3 Constituição de 1934.....</b>	<b>29</b>
<b>3.1.4 Constituição de 1937.....</b>	<b>30</b>
<b>3.1.5 Constituição de 1946.....</b>	<b>31</b>
<b>3.1.6 Constituição de 1967.....</b>	<b>33</b>
<b>3.1.7 Emenda constitucional nº 01/69.....</b>	<b>33</b>
<b>3.2 As Infrações Administrativas nos arts. 9º, 10º e 11º .....</b>	<b>35</b>
<b>3.2.1 Diferença entre os fatos típicos do direito administrativo e do direito penal .....</b>	<b>35</b>
<b>3.2.2 Das infrações administrativas que importam enriquecimento ilícito – art. 9º .....</b>	<b>36</b>
<b>3.2.3 Das infrações administrativas que causam prejuízo ao erário – art. 10º ..</b>	<b>39</b>
<b>3.2.4 Das infrações administrativas que desrespeitam os princípios da administração pública – art. 11º.....</b>	<b>42</b>
<b>3.3 Os Agentes Ativos e Passivos do Ato de Improbidade Administrativa .....</b>	<b>45</b>
<b>3.3.1 O sujeito passivo.....</b>	<b>45</b>
<b>3.3.2 O sujeito ativo.....</b>	<b>47</b>
<b>3.4 As Sanções Impostas pela Lei nº 8.429/92.....</b>	<b>48</b>
<b>3.4.1 Os tipos de sanções da Lei nº 8.429/92.....</b>	<b>49</b>
<b>3.4.1.1 A perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio.....</b>	<b>51</b>
<b>3.4.1.2 O ressarcimento integral do dano .....</b>	<b>52</b>
<b>3.4.1.3 A multa civil .....</b>	<b>53</b>



<b>3.4.1.4 A suspensão dos direitos políticos .....</b>	<b>54</b>
<b>3.4.1.5 A perda da função pública.....</b>	<b>54</b>
<b>3.4.1.6 A proibição de contratação e recebimento de benefícios ou incentivos .</b>	<b>55</b>
<b>4 O DOLO E A CULPA NA LEI DE IMPROBIDADE E O PARTICULAR.....</b>	<b>57</b>
<b>4.1 O Elemento Subjetivo na Configuração da Infração .....</b>	<b>57</b>
<b>4.2 Análise Hermenêutica do Dolo e da Culpa no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....</b>	<b>61</b>
<b>4.2.1 O dolo .....</b>	<b>61</b>
<b>4.2.2 A culpa .....</b>	<b>63</b>
<b>4.3 O Dolo e a Culpa na Configuração da Infração Administrativa.....</b>	<b>64</b>
<b>4.4 A Participação do Particular na Improbidade Administrativa e as Penalidades Cabíveis.....</b>	<b>71</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>74</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>76</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo brasileiro é matéria que busca dar traçados a qualquer transação efetuada pela administração pública. Desta forma, a análise dos sustentáculos do direito administrativo é fundamental à concretização do raciocínio quanto à lei de improbidade administrativa.

O atual foco do direito administrativo será amplamente levantado no segundo capítulo deste trabalho, dando-se ênfase aos princípios defendidos pela Constituição Federal de 1988, em especial ao princípio da moralidade administrativa. As definições de agente público e gestão pública serão alvos de debate, a fim de assentar conceitos necessários para a análise da aplicação da lei de improbidade administrativa.

Outrossim, no terceiro capítulo vasculhar-se-á a abordagem da defesa da coisa pública e improbidade administrativa nas Cartas Maiores que o Brasil já possuiu desde o império, a contar de 1824 até a Emenda Constitucional 01/69, buscando, com isso, mostrar os alicerces da atual Lei 8.429/92.

Para que seja justificado o estudo do presente trabalho, a análise dos tipos de infrações existentes na lei de improbidade administrativa, nos seus arts. 9º, 10º e 11º, será trazida à baila, bem como serão explicadas as sanções que a lei de improbidade administrativa atribui a cada transgressão, pormenorizando as definições de cada tipo de sanção aplicada e sua origem no ordenamento jurídico brasileiro.

Por conseguinte, a importância do elemento subjetivo e conceituação do dolo e da culpa na lei de improbidade administrativa serão trazidas no quarto capítulo, buscando-se, ainda, no direito penal, amplitude ao trabalho, bem como será analisado o dolo e culpa nos tipos trazidos pela Lei 8.429/92, a fim de se trazer definição da incidência desses elementos subjetivos para a configuração de cada infração. Então, a fim de concretizar o presente estudo, é que a participação do agente particular será trazida à baila, mostrando quando e como poderá ser considerado agente ativo de improbidade administrativa.

## **2 O DIREITO ADMINISTRATIVO APÓS A CARTA CIDADÃ DE 1988**

O Direito Administrativo será tema amplamente abordado do presente capítulo. No entanto, conforme as diversas áreas existentes do Direito, dificultoso seria em exíguas páginas apresentar todos os diversos ramos do Direito Administrativo e suas vertentes.

Diversamente, não desqualificando os demais ramos debatidos no assunto, o capítulo em questão dedica-se a debater a regulamentação jurídica administrativa na legislação constitucional da Carta Magna de 1988 bem como o que esta busca salvaguardar na Administração Pública e como será a forma de fiscalização da gestão pública e do agente público.

Não obstante, ressaltar-se-á a importância dos princípios da Administração Pública arraigados na Constituição Cidadã, em especial dando-se maior ênfase ao princípio da moralidade administrativa, que é amplamente debatido no contexto jurídico atual.

### **2.1 O Direito Administrativo na Constituição Federal de 1988**

A nação brasileira, até o momento da promulgação da Constituição Cidadã havia abarcado sete Cartas Magnas, iniciando seu percurso desde 1824, dois anos após a independência do Brasil, quando ainda encontrava-se sob o regimento Imperial. Na sequência, deixando-se ser regido pelo imperador a partir da proclamação da República Federativa do Brasil em 15 de novembro de 1889, o Brasil passou a ser regido pela primeira Constituição na República em 1891, assim passando a ser substituída cinco vezes, nos anos de 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e por fim com a alteração para o texto constitucional que amparou a alcunha de Constituição Cidadã, em 1988.

O nome a ela atribuído deu-se por trazer diversas garantias jamais abrangidas nas constituições anteriores, sendo que uma das mais importantes inovações deu-se por regulamentar em um capítulo específico a atividade administrativa do Estado de forma dinâmica e a Administração Pública de forma estática.

A inovação veio à baila onde em primeiro momento passou a solucionar um dos problemas preexistentes do Direito pátrio que se encontrava na ausência de regulamentação jurídica que possibilitasse alicerce fundamental para textualizar e julgar os casos que envolvesse a Administração Pública e suas vertentes diretas. Deste modo, como inexistia matéria legal suficiente para atender à singela matéria administrativa, o poder judiciário passou, através de seus agentes: os magistrados, a regulamentar as grandes lacunas existentes quanto ao assunto.

A matéria administrativa passou então a ter a interpretação judicial, aumentando-se a ingerência do Poder Judiciário em matérias e assuntos que são tradicionalmente de competência do administrador público. (MORAES, 2007-A, p. 1).

Não obstante ao fato de ser ampliada a interpretação jurisprudencial em muitos casos coube ao magistrado a construção da regra, conforme se extrai:

[...] o Direito Administrativo é largamente jurisprudencial. É um traço fundamental. Obrigado a resolver litígios para os quais a lei não lhe fornecia qualquer princípio de solução, o juiz teve de construir, muitas vezes completamente, a regra que iria aplicar. (RIVERO *apud* MORAES, 2007-A, p. 1).

No entanto, a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Direito Administrativo e a Administração Pública passaram a ser matéria arraigada no texto fundamental e diretamente citada, inigualável a qualquer outra existente. (CRETELLA JÚNIOR *apud* MORAES, 2007-A, p. 2). Não bastasse a inovação, foram codificados os princípios da Administração Pública, como normas de garantia da transparência da administração, moralidade e probidade.

Ainda, há previsão de regras que contemplam diversas outras matérias de importância à regulamentação da Administração Pública, senão veja-se:

A codificação constitucional das normas administrativas possibilitou a consagração de uma Teoria Geral do Direito Administrativo, voltada para a observância dos princípios constitucionais básicos e tendo por finalidade limitar o poder estatal, prevendo instrumentos de controle e meios de responsabilização dos agentes públicos, para garantia de transparência e probidade na administração e voltados para o combate à corrupção. (MORAES, 2007-A, p. 02).

Com o escopo, então, de salvaguardar a coisa pública é que a matéria acerca da definição de poderes da Administração Pública foi assentada na Carta Maior, buscando, assim, limitar os poderes do administrador público na gerência da *res publica*. Assim, vale ressaltar:

O conceito de Direito Administrativo Brasileiro, para nós, sintetiza-se no conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado. (MEIRELLES, 2005, p. 40).

Observa-se, assim, que uma das diversas inovações da Carta Magna de 1988 está no combate à corrupção, transparência, probidade administrativa e a restrição dos poderes do Administrador Público.

Acerca da regulamentação da improbidade administrativa, podemos citar alguns dos artigos da Lei Maior de 1988 que figuram primordial importância quanto à regulamentação da matéria de proteção à probidade:

Art. 15. É vedada a cassação de Direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

[...]

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

[...]

Art. 37. [...]

[...]

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos Direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (BRASIL, 2011-A).

Então, nota-se que os artigos citados acima inovam o texto constitucional, regulamentando punições aos casos de improbidade administrativa. O texto veio à baila justamente para salvaguardar a Administração Pública da corrupção e do desrespeito à coisa pública, que assolam até hoje o Brasil. No entanto, a partir da Constituição de 1988 passou a existir o texto legal que prevê as punições aplicáveis.

É importante mencionar uma das principais inovações do texto constitucional acerca da improbidade administrativa, diversamente ventilada nas Constituições anteriores, que está relacionada com as punições previstas no caso de prática de improbidade administrativa. As Constituições Federais de 1946 e 1969 e a regulamentação básica por decreto-lei nº 3.240, de 8 de maio de 1941, já previam o sequestro e perdimento de bens de pessoas indiciadas por crimes contra a fazenda pública (MORAES, 2007-A, p. 338), com a finalidade de salvaguardar o patrimônio público e sancionar o agente infrator; todavia, o atual texto federal basilar buscou extrair para todos os casos previsão de punições que não só ficassem limitadas a garantir o bem público, mas que dessem verdadeira segurança jurídica à probidade na Administração Pública e na garantia de sanção aos agentes ativos.

Para fins acadêmicos, ressalta-se do decreto-lei nº 3.240/41:

Art. 1º Ficam sujeitos a seqüestro os bens de pessoa indiciada por crime de que resulta prejuízo para a fazenda pública, ou por crime definido no Livro II, Títulos V, VI e VII da Consolidação das Leis Penais desde que dele resulte locupletamento ilícito para o indiciado. (BRASIL, 2011-B).

Acerca das sanções ao agente infrator, com o advento da Carta Magna de 1988, vale ressaltar:

A Constituição Federal de 1988 foi mais além do que simplesmente prever o perdimento de bens. Em seu art. 37, § 4º, a Constituição Federal determina que os atos de improbidade administrativa importarão: a suspensão dos Direitos políticos; a perda da função pública; a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (MORAES, 2007-A, p. 338-339).

Em mesmo sentido:

A constituição de 1988 deu tratamento adequado ao tema da improbidade administrativa, especificando as sanções a serem aplicadas ao agente autor do ato ímprobo, além de lhe atribuir uma consequência de natureza política, consistente na suspensão dos Direitos políticos.

[...]

Surge no texto constitucional, portanto, a primeira referência à proteção da probidade administrativa, dando mostras o legislador constituinte de que a coisa pública deve ser cercada de garantias para que não seja apropriada pelo particular e que o agente autor de ato de improbidade administrativa deve ser impedido de continuar desempenhando outra função.

[...]

O legislador constituinte não se resumiu a isso e especificou outras sanções passíveis de aplicação ao agente que pratica ato de improbidade administrativa.

No artigo 37, seus incisos e parágrafos, da Carta Constitucional, foram estabelecidos princípios e regras a serem observadas pela Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, do Distrito Federal, das Unidades Federativas e dos Municípios. (SOBRANE, 2010, p. 19-20).

Mas não bastava somente a inserção na Constitucional acerca da Administração Pública, probidade administrativa, e as punições possíveis de serem aplicadas nos casos de improbidade administrativa. Necessário se fazia a regulamentação por lei específica, que visasse regulamentar as sanções nos casos de improbidade, assim sendo criado pelo legislador, por proposta do então Presidente da República Fernando Collor de Mello, a lei de improbidade administrativa, nº 8.429/92. A criação desta lei está intimamente ligada à importância e abrangência que o legislador constituinte deu à Administração Pública e sua forma

e moralidade de gerência, assim possibilitando o regular amparo legal para que sejam julgados pelo Poder Judiciário, definindo a quem se aplica a lei, modo de aplicá-la e sanções previstas e o procedimento judicial de trâmite processual.

## **2.2 A Gestão Pública e o Agente Público**

Devidamente salientada, a importância inovadora da Carta Magna de 1988 arraigou e fortaleceu a manifestação dos princípios da Administração Pública junto à atividade do agente público quando da função administrativa. Entre as funções basilares dos princípios da Administração Pública, cite-se que através deles assentou-se um prumo a fim de estabelecer equidade entre a população e a Administração Pública na busca do bem-estar social. Nestes termos, explica a doutrina:

Sendo o Direito Administrativo de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios representam papel relevante nesse ramo do Direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os Direitos dos Administrados e as prerrogativas da Administração. (DI PIETRO, 2006, p. 81).

Desta forma, nota-se claramente que a função do agente público bem como do exercício da função administrativa no Estado restaram ponderados por intermédio na aplicação dos princípios do Direito Administrativo.

O Estado como órgão da Administração Pública é a principal representação dos interesses da população e daqueles que são alvo dos de sua influência. No entanto, mesmo que amplamente vinculado como figura concreta, o Estado é entidade abstrata, que depende de um contingente de trabalhadores a fim de manter o funcionamento ininterrupto dos serviços públicos. (CRETELLA JÚNIOR, 1977, p. 460).

Este contingente é denominado de agente público, figura obrigatória para o exercício das funções atribuídas ao Estado. No entanto, não se pode taxar de agente público somente aquele contratado para o exercício do labor dentro de uma entidade do Estado, pois o conceito de agente público estende-se a qualquer um que exerce função junto ao Estado, conforme se expõe a seguir:

Daremos o nome de *agentes públicos* a todas as pessoas físicas que participam de maneira permanente, temporária ou acidental, da atividade do Estado, seja por atos jurídicos, seja por atos de ordem técnica e material. Esta expressão engloba não somente os indivíduos 'engajados' pelo Estado ou pelos corpos locais em virtude de um título de Direito público, isto é, aqueles que são designados para executar funções pertinentes ao domínio do Direito público, mas em geral todos aqueles que, sem distinção de função, são chamados, de um modo ou de outro, para colaborar no funcionamento dos serviços destes 'corpos' públicos. (CRETELLA JÚNIOR, 1977, p. 460-461).

Como a figura do Estado é regida e movimentada pelos seus agentes, a função destes, então, é a satisfação dos interesses públicos nos termos da lei.

Diversamente do que se denota do interesse particular, onde lhe é facultado tudo que a lei não proíbe no exercício de sua função, ao agente público somente lhe é permitido agir nos ditames legais estritamente. Isto quer dizer que inexistente vontade ao agente público bem como não há a faculdade de fazer ou não fazer sem que haja a expressa previsão e autorização legal. A presente situação é justificada ao ponto que o Estado outorga ao agente público poderes para gerência das funções de trabalho aos interesses da comunidade, assim impedindo que haja a possibilidade de ingerência, sendo que tal afirmação é assentada no princípio da legalidade, o que será amplamente debatido. No mesmo rumo, define a doutrina:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve ser assim'.

[...] Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício coletivo, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda a ação administrativa. (MEIRELLES, 2005, p. 88).

Portanto, o objetivo final da legalidade é de assegurar o atingimento da finalidade da administração pública, que é o bem comum daqueles objetos da administração. Então toda a função exercida pelo agente público deve pautar pelo cumprimento das ordens legais para alcançar este objetivo.

Assegurada pelo ordenamento jurídico, está a ideia básica do bem-estar social como objetivo final da atuação da Administração Pública, arraigado na própria razão de existência da figura do Estado. (MORAES, 2008, p. 327). Não obstante,



urge pontificar que o exercício da função do agente público é o mandato outorgado pela população a este, a fim de este alcançar a satisfação do bem comum. Para a satisfação do bem-estar social, imperativa é a concessão de instrumentos que viabilizem ao agente público a direção das atividades exigidas pelo Estado. É neste aspecto que se encontra a figura do poder-dever, ou vice versa, do agente público. Diz a doutrina:

Para bem atender ao interesse público, a Administração é dotada de *poderes administrativos* – distintos dos poderes políticos – consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são atribuídos. Tais poderes são verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas. (MEIRELLES, 2005, p. 116).

A expressão poder-dever vem justamente para contrapor a figura do agente particular, que pode fazer o que a lei não proíbe. Já no caso do agente público, a expressão dever buscar manter a ideia do caráter estrito cumprimento da lei, não sendo então faculdade do agente fazer o que a lei não proíbe, pois “todos eles encerram prerrogativas de autoridade, as quais, por isso mesmo, só podem ser exercidas nos limites da lei”. (DI PIETRO, 2006, p. 101).

Este poder de autoridade está vinculado ao exercício da função do agente, podendo ser exercido na esfera do poder executivo, legislativo e judiciário, sendo dividido no deveres-poderes de posse e de exercício, no que diz respeito ao Direito à investidura e posse ao cargo (JUSTIN FILHO, 2005, p. 630); o dever-poder para exercer as competências e atribuições para a satisfação das necessidades da coletividade, tomando as medidas para a satisfação do bem comum e o dever-poder na defesa das instituições e do Direito, pois é obrigatório o exercício e a promoção dos valores sempre em concordância com os ditames Constitucionais, possibilitando adotar todas as medidas jurídicas e materiais para alcançar tal fim.

O poder-dever está vinculado à possibilidade de meios de fazer com que seja contemplada a prestação do serviço ao bem-comum, podendo ser através dos poderes normativos, disciplinar, hierárquicos, poder de polícia, discricionário e vinculado.

O poder normativo do agente público é analisado no aspecto de que se tem a possibilidade de emanar do agente norma, podendo ser originárias ou derivadas. A possibilidade de regulamentar está intrínseca no poder executivo, legislativo e judiciário, para editar normas no âmbito nacional, estadual ou municipal, sempre se respeitando o princípio da separação dos poderes.

O poder disciplinar encontra-se na possibilidade de apurar e aplicar penalidade no âmbito administrativo, no que tange aos servidores públicos e qualquer outra pessoa sujeita à disciplina administrativa. (DI PIETRO, 2006, p. 105).

Aquele poder decorrente da hierarquia existe para definir a coordenação e subordinação e facilitar a distribuição de competências que buscam harmonizar as relações dos diversos órgãos da administração. Já o poder de polícia consiste na atividade estatal exercida com escopo de limitar os Direitos individuais visando promover o interesse público. Ainda, “[...] em linguagem menos técnica, podemos dizer que o *poder de polícia* é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do Direito individual”. (MEIRELLES, 2005, p. 131).

Quanto ao poder discricionário, é a possibilidade legal de realização de diversa posição administrativa baseada na melhor convicção do agente administrativo, sempre buscando o interesse coletivo. Salientando:

Como melhor será adiante a discricionariedade é um instrumento jurídico da realização da função imposta à Administração Pública. Daí a definição proposta: discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto. (JUSTIN FILHO, 2005, p. 154).

Então, para o exercício da atividade administrativa que proporcione o bem-estar social, criaram-se diversos poderes ao agente público, a fim de proporcionar, através da outorga de poderes do Estado, a máquina pública para bem desenvolver a gestão pública.

A gestão pública pode também ser denominada como o serviço público, e é a atividade movida pelo agente para satisfazer o interesse do coletivo. Assim, deve o agente público, no limite da lei, obrigar-se a seguir diversos ritos e procedimentos legais a fim de alcançar algum objetivo em prol do bem-estar social. A gestão existe, então para impedir que haja abuso de poder do agente público quando no exercício de suas atribuições. Com isso, está estritamente ligado à limitação do poder do agente público a sua forma de proporcionar os trabalhos e programas que buscam satisfazer a comunidade. Vale ressaltar: “Assim, em sentido material ou objetivo, a Administração Pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de Direito público, para a consecução dos interesses coletivos”. (DI PIETRO, 2006, p. 75).

A título de exemplo, o processo licitatório enquadra-se numa das atividades em que é de observância obrigatória pela gestão pública e de cumprimento necessário do agente público, salvo em caso de inexigibilidade ou dispensa de licitação. Ocorre que diferente do que se possibilita ao particular, a Administração Pública deve seguir uma série de quesitos a fim de contratar e estabelecer contrato administrativo, com azo de proteção da *res publica*.

Não obstante ao salientado, vale observar:

Enquanto os particulares desfrutam na contratação de obras e serviços, a Administração Pública, em todos os seus níveis, para fazê-lo, precisa observar, como regra, um procedimento preliminar determinado e balizado na conformidade da legislação. Em decorrência dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, e probidade administrativa, os contratos que envolvem responsabilidade do erário público necessitam adotar a licitação, sob pena de invalidade, [...] visando proporcionar-lhe a proposta mais vantajosa e dar oportunidade a todos de defenderem seus serviços ou mercadorias aos órgãos estatais, assegurando, assim sua licitude. (MORAES, 2008, p. 355).

Ademais, necessária se faz a enumeração de outros procedimentos obrigatórios para a gestão pública, quais sejam: publicidade dos atos, obras, serviços, campanha, atividades dos órgãos públicos e prestação de contas.

Por conseguinte, importante é ao agente público que visa o exercício da função pública outorgada pela comunidade analisar os limites da atividade, sempre equiparando as normas legais e o estrito cumprimento do que a lei possibilita, dentro dos exercícios dos poderes-deveres a ele concedidos. Tudo isto deverá está em acordo com as regras básicas para o exercício da gestão pública, haja vista que concorrendo ao fato de o agente público somente estar limitado à lei, o modo de administração na gestão pública também somente estará autorizada diante do cumprimento da legislação, levando em conta se os fins que se buscam são compatíveis aos meios utilizados.

### **2.3 Os Princípios Constitucionais que Regem a Administração Pública**

A estrutura normativa fundamental da Administração Pública está baseada na análise e interpretação de normas e princípios, conforme se pode

observar no corpo da Carta Maior. Os princípios dentro da estrutura de normas no Brasil são fortemente debatidos e possuem uma característica predominante, haja vista a capacidade que eles proporcionam para discussão e posicionamento da aplicabilidade de diversas normas.

Vale citar, ainda:

Assim, do ponto de vista da abstração, os princípios seriam normas jurídicas com um grau de generalidade relativamente elevado. As normas, por sua vez, lograriam um espectro de ação muito mais reduzido do que os princípios (Esser).

[...]

Com efeito, não se pode negar o caráter *normogenético* que embasa o entendimento do que seja princípio na Constituição brasileira de 1988. Logo, diz-se princípio, nos lindes da nossa Carta Suprema, os vetores normativos que embasam e constituem a razão essencial das normas jurídicas, logrando posição destacada dentro do sistema e, por isso, desempenham uma função retórica-argumentativa. (BULOS, 2008, p. 71-72).

Note-se, então, a importância dos princípios na construção do arcabouço normativo nacional. Englobado no rol de princípios na Carta da Primavera de 1988, o Direito Administrativo foi amplamente beneficiado com a implementação de princípios constitucionais, a fim de salvaguardar a Administração Pública. Note-se que a Carta Maior buscou, no que tange à Administração Pública, consagrar princípios básicos que visam amparar a administração direta e indireta de qualquer dos poderes no que tange a União, Estados Distrito Federal e Municípios.

O texto constitucional responsável por trazer à tona princípios tangentes à Administração Pública encontra-se no *caput* do art. 37, conforme se poderá se à análise: “Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”. (BRASIL, 2011-A).

O detalhamento da Constituição Federal 1988 quando à incidência dos princípios e preceitos basilares da Administração Pública inovou o ordenamento jurídico nacional, tendo em vista que pela primeira vez da história das constituições, havia clareza de detalhes e amplitude de alcance dos princípios. (MORAES, 2007-B, p. 760).

No âmbito da Lei Maior, os princípios são aqueles que visam garantir a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O princípio da legalidade é aquele que remonta do art. 5º, II e para o Direito Administrativo o art. 37, caput, da Constituição, onde ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. (BRASIL, 2011-A).

Visa-se com o princípio da legalidade expressar, claramente, que toda e qualquer atividade desenvolvida pelo agente durante a gestão pública deverá pautar pelo que a lei expressamente autoriza, sob pena de ato ilícito. Note-se que no cumprimento do princípio da legalidade, a vontade subjetiva do agente público é suprimida a fim de garantir tão somente a finalidade da normal legal.

Acerca do estrito cumprimento legal:

Já no Direito Público, especialmente no Direito Administrativo, tem-se uma realidade diametralmente diversa. Como já referido, os interesses que estão em jogo, nas relações jurídicas que a Administração Pública faz parte, não são interesses disponibilizáveis por aqueles que, normalmente de forma transitória, são seus representantes democráticos. Dessa forma, para que tais representantes estejam legitimados a agir em nome da Administração Pública, faz-se necessário que o sejam através do instrumento que, em termos diretos e imediatos, fundamenta tal atuação, o que, no Estado Democrático de Direito, é a lei. (MAFFINI, 2008, p. 40).

Portanto, ao agente público é autorizado somente o cumprimento do que a lei autoriza, sob pena de infringir o princípio da legalidade.

O princípio da impessoalidade está assentado para garantir que todo e qualquer ação da Administração Pública vise atingir a comunidade num todo, não sendo permitido haver discriminação de qualquer forma. Assim, com o afã de manter a finalidade da Administração Pública, o princípio da impessoalidade proíbe ao agente público no exercício da gestão beneficiar de qualquer forma, o particular ou a empresa. (MEDAUAR, 2010, p. 130).

Não obstante ao fato de impedir o benefício de particular ou de empresa específica, está arraigada na exegese deste princípio a finalidade de impedir que o agente público utilize da máquina pública com o escopo de promover sua imagem, tendo em vista que a função por este exercida lhe é outorgada com o objetivo de satisfazer o bem-estar social e alcançar toda a comunidade. Então, o administrador somente está no exercício da função como veículo da vontade estatal, assim sendo que as realizações administrativo-governamentais, não podem ser tidas como do agente, mas da entidade a qual representa. (MORAES, 2007-A, p. 83).

O terceiro princípio encontrado no art. 37 da Lei Magna é o da moralidade. Discorrer-se-á acerca deste princípio em momento próprio e dando-lhe

maior ênfase diante de sua importância na construção das normas da Administração Pública, em especial quando à probidade administrativa.

O princípio da publicidade é aquele que visa dar ciência a todos da população dos atos e ações da Administração Pública. Observe-se bem que a finalidade da gestão pública é alcançar os anseios da população, então a fim de dar respaldo e proporcionar o controle das ações da gestão pública a Carta Magna assegurou ao cidadão a obrigatoriedade de dar publicidade. Vale citar: “O princípio da publicidade exterioriza a democracia de um país que tem a transparência como regra básica e o segredo como exceção”. (CARLIN, 2007, p. 71).

Ainda, acerca dos efeitos do princípio da publicidade:

Entre outros, são efeito da publicação oficial: I – presumir o conhecimento dos interessados em relação ao comportamento da Administração Pública direta, indireta e fundacional; II – desencadear o decurso dos prazos de interposição de recursos; III – marcar o início dos prazos de decadência e prescrição; IV – impedir a alegação de ignorância em relação ao comportamento da Administração Pública direta e indireta. (GASPARINI, 2005, p. 13).

Por fim, como princípio garantido pela Lei Magna, está o da eficiência, que tem como objeto final garantir que todos os meios e esforços sejam lançados pelo agente público na gestão pública para alcançar o bem comum.

Ressalta-se que este princípio fora anexado ao texto constitucional com a emenda constitucional 19/98 que tratava da reforma administrativa.

Acerca deste princípio, sua finalidade inicia-se do ponto de vista que os serviços prestados pela gestão pública devem ser precisos e rápidos para que, assim, seja alcançado o objetivo final do exercício da função estatal, o bem-estar social. Deste norte, “agora a eficiência é o princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública”. (MEDAUAR, 2010, p. 133).

No mesmo norte, urge pontificar:

A inserção do princípio da eficiência, ao lado dos vetores clássicos da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, calcou-se no argumento de que o aparelho estatal deve se revelar apto para gerar benefícios, prestando serviços à sociedade e respeitando o cidadão contribuinte.

[...]

À interpretação do princípio constitucional da eficiência convém proceder em sentido amplo, precisamente para abranger as condutas ‘burocrática’ e ‘tecnocrática’. A primeira – a ‘burocrática’ – é aquela que se insurge contra as leis, os procedimentos corretos, evitando controles, porque é avessa a todas as formas imediatas e rápidas de se resolver problemas. Já a

segunda – a ‘tecnocrática’ – volta-se contra a qualidade final dos serviços que podem ser prestados para a satisfação do usuário. (BULOS, 2008, p. 644).

Então, assegurado ao cidadão a adequada prestação de serviço acobertado pelo princípio da eficiência.

Os princípios contidos no *caput* do art. 37 são tidos como expressos, pois constam claramente no Texto Maior e inovam o firmamento normativo brasileiro, buscando garantir que fosse alcançada a finalidade estatal, o bem-estar social.

## 2.4 O Princípio da Moralidade Administrativa

A fundação de todo regramento e disciplina acerca do tema improbidade administrativa está apoiada no princípio da moralidade administrativa, o qual é dito como norteador, haja vista que a norma que o regulamenta é de eficácia contida, ou seja, necessário se faz para sua efetivação, regulamentação posterior que, no caso, em atenção ao princípio da moralidade administrativa, enquadra-se com a Lei 8.429/92.

No entanto, quando se discute acerca de moralidade, necessário se faz analisar que este princípio não restou positivado na Carta Maior como homenagem à moral comum, mas que está estreitamente ligado ao próprio Direito.

Senão, veja-se o que salienta a doutrina:

[...] é imperioso anotar que a moralidade administrativa, como princípio constitucional, não é simplesmente reflexo da moral comum, extraída diretamente dos valores que a sociedade expressa e concebe como padrões norteadores de sua conduta. Outrossim, deriva a moralidade administrativa da moral jurídica, ou seja, do próprio Direito. Deriva, em outras palavras, dos valores consagrados pelo Direito positivo. (FIGUEIREDO, 2010, p. 29).

Assim, trabalhando entre a esfera do Direito ou dos valores da moral comum, o princípio da moralidade foi consagrado junto à Constituição de 1988 com objetivo de afastar a desonestidade e reatar a confiança do administrado junto aos órgãos que exercem a gestão pública.

Vale expor ainda:

O princípio da moralidade está referido, isto sim, ao próprio Direito, remetendo-nos a valores que informam normas jurídicas. Estas, com seu 'inevitável conteúdo axiológico', selecionam valores que recolhem de outras ordens normativas do comportamento humano, como a lealdade, boa-fé, veracidade, honestidade. Valores como esses, e porque judicializados devem ser prestigiados pelo Administrador Público. (CAMMAROSANO *apud* FIGUEIREDO, 2010, p. 34).

Então, mister é que o princípio da moralidade veio positivar valores da comunidade e seus anseios quanto a Administração Pública na Carta Maior do Brasil, justamente porque "não basta que a atuação do Administrador seja legal, ela deve ser simultaneamente moral". (BLANCHET, 2006, p. 31).

Mas moral e direito são as mesmas coisas? Esta é uma pergunta que se vem fazendo a doutrina, justamente buscando diferenciar ambas a fim de proporcionar melhor interpretação e utilização dos termos no Direito brasileiro.

A moral se difere do Direito ao ponto que aquela vem justamente para interligar o ser humano a consciência subjetiva da evolução cultural. Aliás, a abrangência de definições e alcance é maior que as próprias leis, pois a evolução cultural é algo constante e a cada momento regras morais são inclusas ao arcabouço do princípio da moralidade tendo em vista a flexibilidade da conceituação dos valores que poderão ser agregados.

Em contrapartida, ao momento que a moral está ligada ao interior do ser humano, o Direito é fixado à atuação deste agente no mundo exterior, onde é medida que se impõe o regramento e as normas jurídicas a fim de basilar as mais diversas relações existentes no mundo. (BASTOS, 2002, p. 58). Ademais:

Em primeiro lugar a idéia de que a moralidade é gratuita, isto é, o comportamento moral é cumprido por simples reverência à moralidade e não por interesse. Já o Direito contenta-se com a mera conformidade da ação à lei, sem qualquer perseguição sobre motivos ou interesses que levaram o agente a atuar.

Outro ponto tido por diferencial é o que a moral tem o seu foro de atuação na intimidade da pessoa, enquanto a exterioridade é a marca da legislação jurídica, que só vai interessar-se pela adesão exterior às leis vigentes, não levando em conta qual tenha sido a intenção do agente. (BASTOS, 2002, p. 58).

No entanto, mesmo diante da diferenciação entre moral e Direito, "[...] indiscutivelmente, Direito e Moral se relacionam intimamente [...]". (FIGUEIREDO, 2010, p. 28).



O que basicamente difere ambos é a questão da coercibilidade, isto é, a moral não impõe obrigação ao sujeito em seguir tal preceito, de encontro da norma jurídica, que impõe cumprimento, em certos momentos utilizando de força.

Vencido este entrave existente entre a análise da moral e Direito, vale ainda ressaltar que não se pode confundir moral com costume. Ora, costume é justamente a atividade contínua e uniforme de determinado comportamento da população que por si só obtém caráter de determinação jurídica.

Vale assentar, ainda acerca do costume: “Costume é a regra de conduta surgida da consciência comum do povo ante a observância de maneira constante e uniforme, sob a convicção de que tem o caráter de determinação jurídica. É um Direito não-escrito, tacitamente criado”. (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 383).

Por conseguinte, não obstante moral e costume caminharem lado a lado, o que os difere está ligado à forma de criação e atuação, pois, como salientado, o costume exige continuidade e uniformidade, no entanto, a moral simplesmente é a expressão da atitude esperada da população dos agentes públicos no exercício da gestão pública.

Por fim, vale avaliar a distinção existente entre ética e moral. Aquele visa justamente o estudo da Moral e das relações justas da gestão pública. Já a moral é a própria conduta do justo, sempre visando o bem comum. (FIGUEIREDO, 2010, p. 33).

Ademais:

Numa perspectiva absolutamente sumária, sustentamos que a ética é a parte da filosofia que trata da moral e das obrigações do homem, com independência do tipo de coação exercida, daí derivando seus diversos desdobramentos, inclusive no campo jurídico. A ética aplicada à função pública – aqui tomada como uma parte da ética pública – tem seu eixo básico na ideia de bem comum e de pessoas ao serviço de interesses gerais dentro do primeiro setor, ou seja, o Estado (direta ou indiretamente presente). (OSÓRIO, 2010, p. 26).

Com isso, ética e costumes são noções que vão ao encontro à moral, no entanto não se confundem. Ademais, como parte principal do estudo, nota-se que o princípio da moralidade administrativa, assentado na Lei Maior sob o estudo da moral e das expectativas da população veio justamente inovar o ordenamento jurídico brasileiro, onde proporcionou o advento da Lei de Improbidade Administrativa, tema objeto do presente estudo.



### **3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

#### **3.1 Aspectos Históricos da Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro**

Medidas que buscam frear os agentes públicos foram alvo das disposições legais da Nação desde a sua primeira Constituição, no Império do Brasil em 1824. Logo, nas vindouras Cartas essas medidas foram sendo aprimoradas, com os acréscimos de disposições que as tornassem mais efetivas, até chegar à promulgação da Constituição Cidadã.

Com isto, o objeto de estudo deste item do capítulo será a desmistificação das normas que buscavam salvaguardar os interesses da coisa pública que motivaram a constituição das grandes definições de improbidade administrativa atual.

##### **3.1.1 Constituição de 1824**

O tema da defesa do patrimônio público pelos agentes políticos dos Estados remonta tempos antes da proclamação da República. O Brasil, neste passo, somente passou a ser um Estado soberano a partir da sua declaração de independência no dia 7 de setembro de 1822, com o uníssono grito da independência e assim se formou o primeiro modelo de Estado Brasileiro independente da colônia portuguesa.

Passados aproximadamente dois anos de Sua independência, após seguir um modelo constitucional e legal atrelado às leis portuguesas o então Imperador do Brasil, Dom Pedro I, outorgou a primeira Constituição, chamada de Constituição Política do Império do Brasil, assinada em 25 de março de 1824, na província do Rio de Janeiro, Capital do Império. (BRASIL, 2011-C).

Esta Carta Constitucional, famosa pela inovação que propunha a teoria da separação dos poderes de Montesquieu, criou o quarto poder do Estado, o moderador. No entanto, mesmo sendo a primeira Carta Magna do Brasil, observam-se

nos seus artigos diversos meios, um tanto quanto primitivos se comparados ao modelo contemporâneo e revolucionário adotado pelas Cartas Constitucionais seguintes, de traçarem meios e frear a administração pública no comando da *res publica*. Desta forma, era de competência da Assembleia Geral, constituída pelos Senadores e Deputados do Império:

Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral

[...]

X. Fixar annualmente as despesas publicas, e repartir a contribuição directa.

[...]

XIII. Autorisar ao Governo, para contrahir empréstimos.

[...]

XV. Regular a administração dos bens Nacionaes, e decretar a sua alienação. (BRASIL, 2011-C).

Neste norte, observa-se que no Império do Brazil já existia a preocupação do Imperador de atribuir poderes aos representantes das Províncias e do Povo da Nação a fim de conter abusos do Governo, com a fixação anual das despesas públicas com a divisão de seus fins, a autorização da contração de empréstimos e a regulamentação e da decretação da alienação dos bens Nacionais.

Ademais, atribuiu-se à Câmara dos Deputados o poder de fiscalizar as contas públicas e de processar os abusos cometidos: “Art. 37. Também principiarão na Câmara dos Deputados, I. O Exame da administração passada, e reforma dos abusos nela introduzidos”. (BRASIL, 2011-C). Contribuindo quanto ao tema:

Outros dispositivos da Constituição Imperial faziam referência à probidade dos Conselheiros das Províncias como requisitos de elegibilidade (art. 75) e atribuía aos Ministros de Estado a responsabilidade por peita, suborno, concussão, abuso de poder, falta de observância da lei e por qualquer dissipação dos bens públicos (art. 133, I a VI), enquanto que para os juizes havia norma específica que os responsabilizavam por abuso de poder e prevaricação (art. 156) e também pela prática de suborno, peita, peculato e concussão (art. 157), hipóteses que permitiam o ingresso de ação popular, dentro de ano e dia, pelo próprio queixoso ou por qualquer do povo, com possibilidade de suspensão do magistrado, decretada pelo Imperador (art. 154). (SOBRANE, 2010, p. 8)

Portanto, havia um tratamento superficial na regulamentação do que seria uma infração na condução da coisa pública, prevendo somente ao magistrado um tipo de sanção. Mas aos empregados públicos também restaram atribuídas suas as responsabilidades, fixadas pelo Art. 179, XXIX, que no seu texto mencionava nos seguintes termos: “Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos

abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsáveis aos seus subalternos". (BRASIL, 2011-C).

Por derradeiro, nota-se que havia a menção de responsabilidades aos funcionários públicos, Ministros, Conselheiros de Províncias e Magistrados, mas inexistia algo que vinculasse algum tipo de punição ao Imperador. “A pessoa do imperador era inviolável e sagrada, não estando sujeito ele de responsabilidade alguma” (art. 99). (CALIXTO, 2010, p. 47).

### 3.1.2 Constituição de 1891

Em 15 de novembro de 1889 foi assentada nos registros históricos da nação brasileira a proclamação da República, deixando o Brasil da administração imperial para um regime presidencialista, cujo mandato e forma de eleição estariam pontificados na legislação.

Então, no dia 24 de fevereiro de 1891, reunida no Congresso Nacional no Rio de Janeiro, a Assembleia Constituinte, por meio de seu Presidente, o Senador pelo Estado de São Paulo, Prudente José de Moraes Barros, promulgou a primeira Constituição Republicana no Brasil. (BRASIL, 2011-D).

Esta constituição, em alguns pontos manteve-se idêntica àquela como no caso da responsabilidade dos funcionários públicos, cujo art. 82 reiterou a posição adotada na Carta Imperial. (SOBRANE, 2010, p. 9).

No entanto, mesmo que em alguns pontos tenha-se adotado o texto da Constituição Imperial, a Carta Magna de 1891 trouxe algumas inovações. A primeira delas era a definição de crimes de responsabilidade do Presidente da República, como se expõe:

Art. 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra:

[...]

6º) a probidade da administração;

7º) a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos;

8º) as leis orçamentárias votadas pelo Congresso.

§ 1º - Esses delitos serão definidos em lei especial.

§ 2º - Outra lei regulará a acusação, o processo e o julgamento.

§ 3º - Ambas essas leis serão feitas na primeira sessão do Primeiro Congresso. (BRASIL, 2011-D).

Diversamente do que previa a primeira Carta Constitucional de 1824, que não atribuía sanções ou qualificava infração ou crimes do Imperador, o regime Republicano inovou em delimitar regras ao exercício da função de Presidente da República, como primeiro modelo do processo de *impeachment*. Diante disto salienta-se que “o estatuto brasileiro especificou os crimes de responsabilidade; e foi além: exigiu que o primeiro Congresso ordinário, na sua primeira sessão, os definisse em lei especial”. (SANTOS, 2005, p. 543). Pela primeira vez vê-se citada na Lei Maior o termo proibidade da administração, como modo de enfatizar a obrigatoriedade do Governante em conformidade com os bons costumes.

A segunda inovação se dá diante da criação do Tribunal de Contas, quando o art. 89 diz: “É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso”. (BRASIL, 2011-D).

Desta forma, a proclamação da República trouxe ao direito constitucional brasileiro uma melhor visão de responsabilidade de seus governantes no exercício de seus cargos, sejam eletivos ou não.

### **3.1.3 Constituição de 1934**

Acerca da Carta de 1934, esta “é fruto do movimento de 1930, das mudanças operadas pelo Governo Provisório e da Revolução Constitucional de 1932”. (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 319).

Uma das novidades está atrelada à obrigatoriedade da prestação de contas pela União, Estados e Municípios, sendo que a inobservância desta regra acarretaria na intervenção da União nos Estados e destes nos Municípios. (SOBRANE, 2010, p. 9-10).

Não obstante, o art. 58, § 7º, atribuiu ao Presidente da República sanções em caso de prática que avilte a moralidade administrativa, conforme se extrai da Carta de 1934:

Art. 58 - O Presidente da República será processado e julgado nos crimes comuns, pela Corte Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial, que terá como presidente o da referida Corte e se comporá de

nove Juízes, sendo três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados. O Presidente terá apenas voto de qualidade.

[...]

§ 7º - O Tribunal Especial poderá aplicar somente a pena de perda de cargo, com inabilitação até o máximo de cinco anos para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo das ações civis e criminais cabíveis na espécie. (BRASIL, 2011-E).

Outrossim, ao funcionário público houve o impedimento de utilizar de sua função para favorecer partidos políticos ou de coagir politicamente seus subordinados, sendo punido quando comprovado o fato nesses casos com a perda do cargo, conforme se expõe:

Art. 170 - O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor:

[...]

9º) o funcionário que se valer da sua autoridade em favor de Partido Político, ou exercer pressão partidária sobre os seus subordinados, será punido com a perda do cargo, quando provado o abuso, em processo judiciário. (BRASIL, 2011-E).

Essas regras, em certo ponto, depunham contra a liberdade de expressão ou de opinião quando houve a complementação das formas de demissão através do Decreto Legislativo nº 6, de 18 de setembro de 1935, que trouxe à baila a Emenda Constitucional nº 3, de 1934, ampliando-as em razão da participação de movimentos subversivos de funcionário civil, ativo ou inativo. No entanto, entende que retirada a carga ideológica, justificava-se esta norma diante da tese de impedir o funcionário público de utilizar do cargo para beneficiar terceiros ou a si próprio. (SOBRANE, 2010, p. 11).

### **3.1.4 Constituição de 1937**

Esta Constituição nascida diante de um golpe no Estado cuja dianteira encontrava-se Getúlio Vargas em pouco colaborou com o crescimento das garantias contra os atos que os agentes públicos poderiam praticar no exercício de suas atribuições no comando da máquina pública.

No entanto, a Constituição do Novo Estado trouxe acréscimos quando se fala acerca dos impedimentos do Parlamentares, onde traz:

Art. 44 - Aos membros do Parlamento nacional é vedado:

- a) celebrar contrato com a Administração Pública federal, estadual ou municipal;
- b) aceitar ou exercer cargo, comissão ou emprego público remunerado, salvo missão diplomática de caráter extraordinário;
- c) exercer qualquer lugar de administração ou consulta ou ser proprietário ou sócio de empresa concessionária de serviços públicos, ou de sociedade, empresa ou companhia que goze de favores, privilégios, isenções, garantias de rendimento ou subsídios do poder público;
- d) ocupar cargo público de que seja demissível *ad nutum*;
- e) patrocinar causas contra a União, os Estados ou Municípios. (BRASIL, 2011-F).

Não obstante, quanto ao tribunal de contas, seu poder de fiscalização foi ampliado, conforme se poderá analisar no art. 114 da Constituição de 1937. Ademais, “ao contrário da Constituição de 1934, a atual Constituição não manteve o antigo Tribunal de Contas, mas atribuiu um novo Tribunal, estabelecendo que sua organização será regulamentada por lei”. (CASTRO, 2003, p. 246).

### 3.1.5 Constituição de 1946

Após a segunda guerra mundial, esta Carta Magna colaborou ao direito administrativo quando o assunto é tratar das restrições aos administradores públicos no comando da *res publica*. A primeira inovação oferecida é a possibilidade de o cidadão ingressar com ação popular a fim de impugnar o ato administrativo:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista. (BRASIL, 2011-G)

Nesta forma, então, observa-se que fora assentada a pedra fundamental do controle dos atos administrativos pelo poder judiciário, cuja iniciativa é atribuída ao cidadão.

Corroborando ainda, o § 31, do art. 141, garantia o sequestro e perdimento de bens no caso de enriquecimento ilícito, conforme se observa a seguir:



Art. 141 – [...]

[...]

§ 31 - Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica. (BRASIL, 2011-G).

Futuramente, a Lei 3.502/58, conhecida como Lei Bilac Pinto, aprimorou os meios de combate aos casos que desrespeitassem os atos administrativos. Aonde, posteriormente, a Lei nº 3.164/57 arrolou as condutas descritas como enriquecimento ilícito, no seu art. 2º e art. 4º, parágrafo único.

Por conseguinte, a emenda constitucional nº 14, de 3 de junho de 1965, alterou o art. 139 da vigente Carta, agregando a esta regras específicas que atribuíam situações que possibilitariam a declaração de inelegibilidade do Presidente da República, Governador, Prefeito, seus vices, permitindo, ainda, através de lei especial, atribuir novas formas de declaração de inelegibilidade, impedindo assim que agentes ímprobos voltassem a ocupar cargos públicos eletivos. (SOBRANE, 2010, p. 14).

Após o início da revolução Ditadura Militar, o Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, trouxe à baila da legislação brasileira a primeira definição de crime, com processo através da via penal, de responsabilidade contra a probidade da administração, conforme salienta seu art. 23:

Art. 23 - Constitui crime de responsabilidade contra a probidade na administração, a aplicação irregular pelos Prefeitos da cota do imposto de Renda atribuída aos Municípios pela União, cabendo a iniciativa da ação penal ao Ministério Público ou a um terço dos membros da Câmara Municipal. (BRASIL, 2011-H).

No entanto, o decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, que define sobre as responsabilidades dos prefeitos e vereadores, não abarcou a descrição trazida pelo AI-2, sendo que somente o inciso III, do art. 1º, aproxima-se da redação trazida pelo art. 23, do AI-2. (SOBRANE, 2010, p. 15). Assim, dizia somente: “Art. 1º [...], III - desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas”. (BRASIL, 2011-I).

### 3.1.6 Constituição de 1967

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil no início do período chamado de “revolução”, mas popularmente conhecida como período da Ditadura Militar, as definições que buscavam salvaguardar a administração pública mantiveram-se praticamente idênticas. No entanto, o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, trouxe momentos de temor e terror à nação. Uma das medidas trazidas foi a decretação do recesso do parlamentar, com autorização para que o Presidente da República pudesse legislar sobre todas as matérias, e intervir e suspender direitos políticos de qualquer cidadão. (SOBRANE, 2010, p. 16).

Ademais, antes de se tecer comentários acerca das medidas trazidas pela nova Carta, vale citar o art. 8º, do Ato Institucional nº 5, que definia:

Art. 8º - O Presidente da República poderá, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. (BRASIL, 2011-J).

Então, observa-se que diversas garantias contidas nas Cartas anteriores foram desconsideradas, passando ao poder do Presidente, por decreto, confiscar os bens daquele que se enquadrasse no artigo acima. Mas, não bastasse as barbáries instituídas pelo artigo 8º, o art. 11º trazia no final do polêmico Ato Institucional nº 5: “Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”. (BRASIL, 2011-K). Neste caso, observa-se que sequer existia a apreciação do poder judiciário nos casos de enriquecimento ilícito cabendo, então, à via administrativa instruir e julgar os casos.

### 3.1.7 Emenda constitucional nº 01/69

A Emenda Constitucional nº 01/69 trouxe uma enormidade de alterações à Constituição de 1967. Diante desta grande mudança, alguns consideram a EC nº

01/69 como a “Constituição de 1969”. Estas emendas vieram abrandar os rigores instituídos pelos Atos Institucionais, em especial o AI-5.

Além de atribuir como crime o ato de Presidente que fosse contra à probidade administrativa, conforme art. 82, V, acrescentou no art. 151, II, a probidade administrativa como meio de garantia à elegibilidade, no entanto deixando de definir os meios de investigação.

Não obstante, a emenda constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, recepcionou as leis 3.164/57 e a nº 3.502/58, conforme previa o art. 153, §11, que dizia:

Art. 153 – [...]

§ 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, nem de banimento. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação penal aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento no exercício de função pública. (BRASIL, 2011-L)

Ainda, trazia o art. 154 da Carta Maior:

Art. 154. 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 Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa. (BRASIL, 2011-M).

Assim, o poder que cabia ao Presidente da República de declarar o confisco de bens daqueles que enriqueceram ilicitamente e de suspender os direitos políticos foi extirpado. O poder de declarar a suspensão dos direitos políticos foi passado ao Supremo Tribunal Federal, o que trazia novamente à apreciação do judiciário as matérias relativas à administração pública, também dando maior guarida ao contraditório e à ampla defesa. Acerca do caso, expõe-se:

O regimento ditatorial, portanto, abrandou sua rigidez para decretação de cassações e suspensões de direitos políticos e outorgou ao Supremo Tribunal Federal por provocação do Procurador-Geral da República, a declaração da suspensão dos direitos políticos em face da prática de corrupção, assegurando-se ampla defesa ao acusado. Com certeza, foi a primeira vez que a prática de corrupção ensejou, no plano constitucional, a possibilidade de suspensão dos direitos políticos, antes atingidos apenas pela sentença penal condenatória. (SOBRANE, 2010, p. 18).

Desta forma, demonstra-se a evolução das cartas constitucionais brasileiras acerca da defesa do patrimônio do agente público corrupto, sendo que

sua evolução decaiu no momento da “revolução” em 1964 com a instalação da ditadura militar. No entanto, mesmo na vigência desta, no ano de 1978 houve benefícios dados aos cidadãos.

Quanto à análise da Constituição Cidadã, esta restou devidamente analisada no capítulo segundo do presente trabalho, pontificando amplamente as inovações e definições acerca da defesa do bem público.

### **3.2 As Infrações Administrativas nos arts. 9º, 10º e 11º**

#### **3.2.1 Diferença entre os fatos típicos do direito administrativo e do direito penal**

Ao se abordar a questão das infrações administrativas, logo pode vir à baila a interpretação destas normas pelo meio do fato típico penal numa lei esparsa. No entanto, os casos abordados pelos artigos 9º, 10º e 11º, da Lei 8.429/92, não são trazidos pelo legislador como fatos típicos penais, mas, sim, infrações administrativas julgados pelo poder judiciário.

Em primeiro momento, quanto ao caso da diferença entre o ilícito penal e o administrativo:

[...] convém não confundir a funcionalidade da LGIA como Código Geral e central do sistema de responsabilidade por atos ímprobos, a partir do papel regulatório do art. 37, § 4º, da CF, com a funcionalidade dos termos jurídicos indeterminados no sistema penal. (OSÓRIO, 2010, p. 216).

E ainda:

O processo de adequação típica não é fenômeno privativo do direito penal, conquista histórica da humanidade. Trata-se de exigência que se estende para além dos domínios penais, perpassando todo o campo punitivo, inclusive o direito administrativo sancionador, por força do devido processo legal e da legalidade que embasam o Estado Democrático de Direito. Em especial, os atos ímprobos demandam esse requisito estrutural, eis que se submetem ao regime jurídico do direito administrativo sancionador. Um ato ímprobo é, por definição, típico. O tipo expressa o modelo de conduta proibida. (OSÓRIO, 2010, p. 247).

Corroborando,

Aspecto que também merece menção diz respeito à determinação constitucional no sentido de que os atos de improbidade administrativa são punidos na forma da lei, *sem prejuízo da ação penal cabível*. O art. 12 da Lei 8.429/92 detalhou um pouco mais esta questão, afirmando que suas medidas são aplicáveis 'independentemente das sanções penais civis e administrativas, previstas na legislação específica'. Portanto, a Constituição e a lei deixaram claro que o tipo de responsabilidade de que trata a Lei 8.429/92 não é penal, bem como administrativa, civil, ou política, estabelecendo, em verdade, uma fórmula de responsabilidade dos agentes públicos.

Ontologicamente, conforme a doutrina, não há distinção entre os ilícitos penal, administrativo e civil. A essa relação podem ser acrescentados os ilícitos políticos e os atos de improbidade administrativa. O critério para diferenciá-los é essencialmente formal, estando relacionado ao regime jurídico aplicável. (BERTONCINI, p. 238-239).

Com isto, torna-se clara a distinção existente entre os ilícitos administrativos e penais. A Constituição ponderou corretamente em seu texto ao trazer a redação do art. 37, § 4º, que os atos de improbidade administrativa serão julgados sem prejuízo da ação penal. Deste modo, o legislador constitucional deixou pontificado que o tipo jurídico que se aplica à lei de improbidade administrativa não possui caráter penal, e sim administrativo, pois como bem se remonta da doutrina supracitada, o regime jurídico determina o tipo aplicável. No caso, busca-se salvaguardar a administração pública, cabendo então à esfera administrativa.

### **3.2.2 Das infrações administrativas que importam enriquecimento ilícito – art. 9º**

Buscando defender a administração pública dos agentes públicos ou terceiros sejam favorecidos de um enriquecimento ilícito no uso da máquina é que o legislador federal trouxe ao artigo da lei de improbidade administrativa a defesa do enriquecimento ilícito, sendo dividido em seu *caput*, com sentido abrangente, e subdividindo-se em doze incisos, conforme se observa:

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

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou

indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei. (BRASIL, 2011-N)

Com isso, a lei determinou como infração administrativa o enriquecimento sem causa que o justifique. O acréscimo no patrimônio poderá então ser realizado pelo agente público ou terceiro que se beneficie de enriquecimento sem causa.

No entanto não se deve ater somente ao acréscimo patrimonial obtido pelo ímprobo, mas “a poupança de despesas a que se obrigou, ou pela utilização de serviços de qualquer natureza, ou pela locação de imóvel ou imóveis, ou pela aceitação de transporte ou hospedagem gratuitos ou pagos por terceiros”. (PINTO *apud* SOBRANE, 2010, p. 40).

O art. 9º, então, possui doze casos específicos de enriquecimento ilícito, sendo que, caso haja algum não aplicável a alguns deles, a cabeça do artigo dará

toda a sustentação para a tipificação da infração. Neste ponto, analise-se o quadro abaixo, trazendo sinteticamente os incisos deste artigo com a ponderação de dois doutrinários que, neste estudo, analisaram separadamente os incisos do art. 9º:

Tabela 1: Incisos do art. 9º

INCISO	CONCEITO	DEFINIÇÃO
Inciso I	Recebimento de vantagem econômica (BEZERRA FILHO, 2005, p. 48).	Recebimento pelo agente público de qualquer vantagem proveniente de ato comissivo ou omissivo. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 48).
Inciso II	Favorecimento de servidores públicos (BEZERRA FILHO, 2005, p. 49).	Conduta do agente em facilitar para a concretização de negócio jurídico com preço acima do mercado. (SOBRANE, 2010, p. 42).
Inciso III	Preço público subsidiado (BEZERRA FILHO, 2005, p.50).	Comercialização de serviços e bens públicos abaixo dos preços praticados no mercado. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 50).
Inciso IV	Uso indevido dos bens públicos (BEZERRA FILHO, 2005, p. 50).	Emprego de mão de obra público sem vínculo com o interesse público e para finalidade privada. (SOBRANE, 2010, p. 43)
Inciso V	Favorecimento de atividade ilícita (BEZERRA FILHO, 2005, p. 51).	Busca enquadrar o agente público que recebe vantagem econômica para permitir a realização de atividade ilegal. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 51).
Inciso VI	Declaração falsa sobre medição de obras ou serviços (BEZERRA FILHO, 2005, p. 52).	O recebimento de vantagem econômica para a realização de atos formais que não traduzem a exata coisa atestada. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 52).
Inciso VII	Aquisição de bens em desacordo com a evolução patrimonial (SOBRANE, 2010, p. 45).	Evolução desproporcional e sem justa causa do patrimônio do agente público durante o exercício de sua função. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 53).
Inciso VIII	Vínculo funcional indevido (BEZERRA FILHO, 2005, p. 53).	Proibição do agente público de manter vínculo profissional junto a prestador de serviço [...] “que ostente interesse que possa resguardado por conduta decorrente de suas atribuições”. (SOBRANE, 2010, p. 48).
Inciso IX	Advocacia administrativa (BEZERRA FILHO, 2005, p. 54).	Utilização de relacionamento na administração pública por agente desta a fim de facilitar, intermediar e agilizar liberação de verba pública para terceiros. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 54).
Inciso X	Recebimento de vantagem econômica para omissão de ato de ofício (SOBRANE, 2010, p. 49).	Prática de conduta omissa de ato que deveria praticar, através de recebimento de vantagem econômica, para atendimento daquele que o remunerou. (SOBRANE, 2010, p. 49).
Inciso XI	Apropriação de bens públicos (BEZERRA FILHO, 2005, p. 55).	Incorporação do bem público ao patrimônio do agente público. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 55)
Inciso XII	Utilização de bens, renda, verbas e valores para fins particulares (SOBRANE, 2010, p. 50).	“[...] decorre do uso indevido do patrimônio ou verba pública para fins diversos daqueles a que são destinados [...]. Trata-se de desvio de finalidade [...]”. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 55).

Fonte: Pesquisador

Com isto, evidencia-se a abrangência trazida pelo legislador de definir o maior número de meios em que possa ocorrer o enriquecimento ilícito, devendo ainda ser pontificado que no caso de alguma outra forma de enriquecimento por agente público ou terceiro não incluído nos incisos, caberá à definição geral do *caput* do artigo. Por conseguinte “uma conduta que possa ser tipificada como ato de improbidade administrativa não afasta a responsabilidade penal do agente, desde que seja tipificada como infração penal”. (MORAES, 2007-A, p. 347).

### **3.2.3 Das infrações administrativas que causam prejuízo ao erário – art. 10º**

O legislador infraconstitucional ao estudar as definições de tipos para os atos que aviltam a probidade administrativa trouxe a possibilidade de aplicar-se a lei ao ato de improbidade administrativa que trouxesse prejuízo ao erário.

Ocorrendo similarmente ao artigo que o antecede, existem diversas definições esculpidas no art. 10º de atos que importam em dano ao erário, sendo que a primeira, genérica, encontra-se no *caput* de seu artigo possuindo, ademais, outras quinze definições de enquadramento em dano ao erário, como se observa:

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

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

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

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

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

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

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



- VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;
- VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;
- IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;
- X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;
- XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;
- XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;
- XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;
- XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005);
- XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005). (BRASIL, 2011-N).

O *caput* apresenta a norma geral, fundamentando o princípio da supremacia do interesse público, como se expõe:

Essa verdadeira regra geral tem por substrato o princípio do interesse público – em especial no plano patrimonial – princípio que, ao lado da legalidade, forma a base do regimento jurídico administrativo. O princípio da legalidade e o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado constituem as vigas mestras do direito público brasileiro e, por conseguinte, do sistema de direito administrativo. (BERTONCINI, 2007, p. 203).

Com isso, a defesa do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é o prumo que regula os atos que atentam contra o erário. Contudo, não somente há a definição genérica, sendo que, conforme o quadro apresentado abaixo, pontificar-se-ão os conceitos e definições dos incisos deste artigo conforme a concepção de dois doutrinadores que, neste estudo, os apontaram individualmente:

Tabela 2: Incisos do art. 10º

(continua)

INCISO	CONCEITO	DEFINIÇÃO
Inciso I	Desvio de bens públicos (BEZERRA FILHO, 2005, p. 58).	“A transmutação da titularidade patrimonial do acervo público para a pessoa física ou jurídica privada [...]”. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 58).
Inciso II	Permitir ou concorrer para o uso ilegal de bens públicos por outrem (SOBRANE, 2010, p. 54)	“A conduta do agente que permite ou concorre para que outrem (pessoa física ou jurídica privada) utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial dos entes tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa [...]”. (SOBRANE, 2010, p. 54).

Tabela 2: Incisos do art. 10º

(continuação)

INCISO	CONCEITO	DEFINIÇÃO
Inciso III	Doação de bens públicos (BEZERRA FILHO, 2005, p. 59).	Doação de bem público sem que lei autorize com as condições para efetivação, avaliação e licitação da doação. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 59).
Inciso IV	Permitir ou facilitar a alienação ou locação de bem público, ou prestação de serviço, por peço subfaturado (SOBRANE, 2010, p. 55).	Conduta de agente público que permite ou facilita a locação de bem público ou a prestação de serviço por parte da administração direta ou indireta por preço inferior ao praticado no mercado. (SOBRANE, 2010, p. 55-56).
Inciso V	Aquisição de bens por preços elevados (BEZERRA FILHO, 2005, p. 60).	“De modo que, a regra é coibir o agente público que concorre para as transações, quer aquisitória ou locativa, sejam desfavoráveis ao erário em razão do superfaturamento de preços de bens ou serviços contratados pelo Estado”. (BEZERRA FILHO, p. 61).
Inciso VI	Realização de operação financeira ilegal ou aceitação de garantia insuficiente ou inidônea (SOBRANE, 2010, p. 56).	“A operação financeira compreende a contratação de crédito e a concessão de empréstimo por parte dos entes da Administração Pública, que deve obedecer rigorosamente às disposições específicas, legais e regulamentares”. (SOBRANE, 2010, p. 56).
Inciso VII	Concessão de benefício fiscal (BEZERRA FILHO, 2005, p. 64).	A concessão de benefício administrativo ou fiscal sem atenção às normas que as regulamentam, como a Lei de Responsabilidade Fiscal, culminam em improbidade administrativa. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 64).
Inciso VIII	Frustrar a licitude ou dispensar indevidamente procedimento licitatório (SOBRANE, 2010, p. 60).	Obrigatório é à administração pública a prática de licitação pública sendo que sua exceção está descrita na lei 8.666/93, com os casos de dispensa, dispensabilidade e inexigibilidade. No caso de se frustrar licitação ou dispensá-la indevidamente acarreta no ato de improbidade administrativa. (SOBRANE, 2010, p. 60-62).
Inciso IX	Ordenar ou permitir ilegalmente a realização de despesas (SOBRANE, 2010, p. 62).	“As despesas públicas devem ser realizadas em conformidade com as regras legais ou regulamentos, respondendo aquele que permitiu ou ordenou a despesa irregular por ato de improbidade administrativa, quando, ao fazê-lo, provocar lesão ao erário”. (SOBRANE, 2010, p. 62).
Inciso X	Negligência tributária (BEZERRA FILHO, 2005, p. 84).	“O núcleo do tipo é agir, atuar ou gerenciar negligentemente, desleixadamente ou com incúria no processo, procedimento ou meios de arrecadação da receita pública, de modo que resulte na ineficiência ou afetação do nível de recebimento dos tributos ou renda, bem assim quanto à conservação do patrimônio público”. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 84).
Inciso XI	Liberar ilegalmente verba pública ou influir para sua aplicação irregular (SOBRANE, 2010, p. 64).	A liberação ilegal de verba pública ou a influência para aplicação irregular desta por pessoa que não detém atribuição para a aplicação da verba. (SOBRANE, 2010, p. 64).
Inciso XII	Concurso para enriquecimento ilícito (BEZERRA FILHO, 2005, p. 86).	“É o uso do cargo ou função pública para influenciar de maneira efetiva com sua participação na alteração patrimonial de uma terceira pessoa física ou jurídica”. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 86).

Tabela 2: Incisos do art. 10º

INCISO	CONCEITO	DEFINIÇÃO
Inciso XIII	Permitir o uso, em obra ou serviço particular, de material de qualquer natureza ou de mão de obra de servidor (SOBRANE, 2010, p. 65).	“[...] o artigo 10, XIII, prevê hipótese em que a conduta do agente público se circunscreve a permitir que outrem utilize bens públicos [...] em obra ou serviço particular ou, ainda, o trabalho de servidor, empregado ou terceiros contratados pelos entes indicados no artigo 1º.” (SOBRANE, 2010, p. 65-66).
Inciso XIV	Contrato com insuficiência de dotação orçamentária (BEZERRA FILHO, 2005, p. 88).	“A mesma norma disciplinadora das regras de consórcio público considera ato de improbidade a celebração de contrato de rateio quando não houver dotação orçamentária suficiente para atender o valor do pactuado na sua integralidade”. (BEZERRA FILHO, 2005, p.88).
Inciso XV	Celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária ou sem observância das formalidades legais (SOBRANE, 2010, p. 66).	“O ato de improbidade administrativa consistirá, no caso, na realização de contrato de rateio, com comprometimento das finanças públicas, sem que o ente consorciado possua dotação orçamentária, tendo em vista que o comportamento poderá implicar em prática de ato de irresponsabilidade fiscal”. (SOBRANE, 2010, p. 67).

Fonte: Pesquisador

Diante do esmiuçar do art. 10º e seus incisos, extrai-se:

Igualmente ao verificado na hipótese anterior do art. 9º, o presente artigo não encerra em seus incisos uma enumeração exemplificativa. Há possibilidade de tipificação como ato de improbidade administrativa de outras condutas, desde que haja congruência com os elementos do tipo previsto no *caput* do artigo, uma vez que a própria lei, após, apontar os elementos definidores do ato de improbidade administrativa, enumera que *notadamente* configuram aquela situação descrita os 13 incisos seguintes. (MORAES, 2007-A, p. 348-349).

Importante, ainda, pontificar que os últimos dois incisos do art. 10º foram acrescentados pela Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que visava dispor sobre normas geral de contratação de consórcios públicos.

### 3.2.4 Das infrações administrativas que desrespeitam os princípios da administração pública – art. 11º

A Carta Magna de 1988, como bem demonstrado, inovou quanto à previsão de meios que servissem como trilha para a lícita administração da máquina

pública. Entre estas colaborações, em lugar de maior destaque, estão os princípios que norteiam a administração pública.

O Capítulo segundo do presente trabalho trouxe a análise dos princípios que abrangem o direito administrativo, assim como sua aplicação nos trabalhos do agente público e a que busca salvaguardar. Não podendo deixar de satisfazer matéria importante para o cenário atual da repressão à corrupção e às ilicitudes do uso da máquina que o legislador dedicou artigo específico na lei de improbidade administrativa que vise à defesa dos princípios públicos da administração, o art. 11º.

Devendo ser interpretado não em sentido amplo e genérico, mas como um modelo geral de atuação do agente público (BERTONCINI, 2007, p. 170), seguindo a forma diversa de criação dos dois artigos que o antecedem, o art. 11º é dotado de um *caput* que trata dos atos que vão de encontro aos princípios da administração pública de forma geral e genérica, possuindo em sua continuidade sete outros incisos que definem casos específicos de violação aos princípios do direito administrativo:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

- I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
- II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
- III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
- IV - negar publicidade aos atos oficiais;
- V - frustrar a licitude de concurso público;
- VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço. (BRASIL, 2011-N).

Quando ao *caput* do art. 11º:

Em terceiro lugar, o art. 11 da Lei 8.429/92 relaciona como de improbidade atos atentatórios aos princípios retores da Administração Pública. Consistem em ação ou omissão capazes de violar os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade das instituições, à medida que colidem com os postulados balizadores da Administração Pública, cuja enunciação consta no art. 37, *caput*, da Lei Máxima.

Em face tanto do art. 37, *caput*, da Lei Maior, quando do art. 11, *caput*, da Lei 8.429/92, reportem-se ao dever de observância da legalidade, é preciso advertir que a mera inobservância de dispositivo legal não é capaz de configurar ato de improbidade. Não se pode equiparar, de modo puro e simples, o mero quebrantamento da legalidade com a figura em apreço. (NOBRE JUNIOR, 2004, p. 249).

Quantos aos incisos, estes serão alvos de conceituação de definição conforme debatem os doutrinadores que abordam separadamente cada inciso entre as bibliografias utilizadas neste trabalho. Assim são debatidos:

Tabela 3: Incisos do art. 11º

INCISO	CONCEITO	DEFINIÇÃO
Inciso I	Praticar ato com desvio de finalidade (SOBRANE, 2010, p. 79).	“O ato de improbidade estará configurado quando o agente praticar o ato que, apesar de conformação formal, contraria a vontade finalística da norma, assim como quando o realizar com abuso de poder, superando os limites de competência que lhe foi atribuída por lei”. (SOBRANE, 2010, p. 80).
Inciso II	Prevaricação administrativa (BEZERRA FILHO, 2005, p. 105).	Não praticar o ato em tempo útil, extrapolando prazo definido por lei, atrasando-o ou o retardando sem justificativa que o ampare. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 105).
Inciso III	Revelação de sigilo funcional (SOBRANE, 2010, p. 80).	“Nessas situações, surge para o agente público que tem acesso a informações sigilosas ou privilegiadas o dever de sigilo, impondo-se o sancionamento da conduta, quando promove a revelação dolosa de fato ou circunstância que deveria permanecer sob segredo”. (SOBRANE, 2010, p. 80-81).
Inciso IV	Negação de Publicidade aos atos oficiais (BEZERRA FILHO, 2005, p. 109).	“Com efeito, negar, omitir, ou sonegar a publicidade aos atos oficiais é incorrer na conduta descrita por este dispositivo para enquadrar a presente modalidade de improbidade administrativa”. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 109).
Inciso V	Frustração da licitude de concurso público (SOBRANE, 2010, p. 82).	“A contratação de servidor sem realização de concurso público constitui ato nulo, conforme dispõe o artigo 4º, I, da Lei da Ação Popular (Lei nº. 4.717/1965), hipótese que se amolda à descrição de improbidade administrativa prevista no <i>caput</i> do artigo 11 da Lei nº. 8.429/92”. (SOBRANE, 2010, p. 82).
Inciso VI	O agente deixar de prestar contas (BEZERRA FILHO, 2005, p. 111).	“Deixar de prestar contas no prazo previsto daqueles que gerenciam dinheiros, bens e valores públicos”. (SOBRANE, 2010, p. 83).
Inciso VII	Revelação indevida de medida política ou econômica (SOBRANE, 2010, p. 83).	“Com isso, a conduta do agente público que permitir a divulgação ou que revela antecipadamente a adoção de medida descumpra o dever de sigilo inerente ao exercício da função pública [...]”. (SOBRANE, 2010, p. 83).

Fonte: Pesquisador

Pormenorizado o artigo, vale citar a doutrina quanto à aplicação do art. 11º, da lei de improbidade administrativa:

Para assegurar a primazia dos valores ontológicos e éticos da administração pública, onde não ocorreu enriquecimento ilícito, nem tampouco prejuízo ao erário, mas simplesmente dano à moral, é que a lei previu esse *tipo de reserva*, não deixando impune fato que ameace o patrimônio moral do Estado. (BAHENA, 2004, p. 126).

Com isso, nota-se a grande importância atribuída aos princípios da administração pública, sendo importante ressaltar que a ele é atribuído o princípio da reversa, buscando concluir a busca da defesa da lei da improbidade administrativa que é defender a conduta digna e moral daqueles que administram a coisa pública.

### **3.3 Os Agentes Ativos e Passivos do Ato de Improbidade Administrativa**

#### **3.3.1 O sujeito passivo**

A lei de improbidade administrativa, inovadora na proteção da coisa pública, define quais entidades poderão sofrer prejuízos quanto ao enriquecimento ilícito, dano ao erário e desrespeito aos princípios da administração. Note-se que, diversamente do convencionado no direito processual civil brasileiro, que atribui como sujeito passivo aquele que é questionado acerca da possível transgressão de algum direito, no ato de improbidade administrativa é definido como sujeito passivo a instituição pública ou por esta subsidiada, conforme se verá, que sofre as lesões descritas nos artigos 9º, 10º e 11º. O art. 1º, da Lei 8.429/92, é o que define quais instituições poderão ser alvo da improbidade, conforme abaixo:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. (BRASIL, 2011-N).

Como bem se observa, este artigo, juntamente com o seu parágrafo único, busca salvaguardar qualquer instituição envolvida com a administração pública, conforme se complementa:

Os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário e os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública têm como suas vítimas ou sujeitos passivos, num sentido muito amplo, mas, real, a coletividade. Em última análise os atos de improbidade administrativa são cometidos contra o interesse público, contra o interesse da coletividade, contra o interesse do povo brasileiro, de cuja força ou poder emana o próprio Estado, como sociedade politicamente organizada (Preâmbulo da Constituição de 1988).

[...]

Feitas essas observações, essenciais para a implementação da Constituição e da Lei 8.429/92, passa-se àquilo que é comumente dito a respeito das pessoas jurídicas atingidas por atos de improbidade. No entanto, realiza-se essa tarefa sem jamais se esquecer de que tais entidades, presentes nessas relações de Administração, estão ali somente porque de uma forma ou de outra zelam ou deveriam zelar por algum tipo de interesse público em geral, pertencente a cada um dos brasileiros. (BERTONCINI, 2007, p. 255-256).

Pois bem, a lei não somente buscou salvaguardar a administração pública, mas também toda aquela entidade em que haja custeio de mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, como também, em seu parágrafo único abrange aquelas que mesmo não sendo custeadas por mais da metade do patrimônio ou da receita anual, mas que de alguma forma recebam subvenção, benefício ou até mesmo incentivo fiscal ou creditício.

Diante disto, no ponto de vista do parágrafo único deste artigo analisa-se que “[...] são ainda incluídas outras entidades que não compõem a Administração Pública, direta ou indireta, nem podem ser enquadradas como entidades públicas de qualquer natureza”. (DI PIETRO, 2006, p. 777). Assim, conclui-se com a síntese:

- Órgão da Administração direta;
- Órgão da Administração indireta ou fundacional;
- Empresa ou entidade para cuja criação o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual;
- Empresa ou entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público;
- Empresa incorporada ao patrimônio público. (MORAES, 2007-A, p. 344).

O conceito amplo do art. 1º busca, por conseguinte, garantir a totalidade de formas em que se pode haver prejuízo ao erário tanto na manutenção da máquina pública quanto aos dos investimentos por ele garantidos.

### 3.3.2 O sujeito ativo

A lei de improbidade administrativa no seu afã de defender a coisa pública trouxe interpretação abrangente quanto à possibilidade de caracterização de sujeitos ativos, ou seja, os sujeitos ao quais o ato de improbidade administrativa é atribuído, cuja definição encontra-se na Lei 8.429/92:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. (BRASIL, 2011-N).

Com isso, não somente aquele que exerce sua função diante da administração pública por eleição ou por vínculo empregatício estatutário ou contratual está obrigado a manter a probidade do exercício de sua atribuição, como colabora a doutrina:

Como se constata pela análise do artigo acima transcrito, a concepção de agente público não foi construída sob uma perspectiva funcional, sendo definido o sujeito ativo a partir da identificação do sujeito passivo dos atos de improbidade, havendo um nítido entrelaçamento entre as duas noções. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 205-206).

Com esta citação nota-se, com clareza, que qualquer pessoa atrelada funcionalmente a qualquer instituição relacionada no art. 1º e seu parágrafo único da Lei poderá ser agente apta a praticar um ato ímprobo. Não obstante, a obrigatoriedade de recebimento de remuneração não é fator para a definição daquele que poderá ser agente praticante de atos de improbidade administrativa.

Como se verifica por esse dispositivo, não é preciso ser servidor público, com vínculo empregatício, para enquadrar-se como sujeito ativo da improbidade administrativa. Qualquer pessoa que preste serviço ao Estado é agente público, tal como os definidos no item 13.2, incluindo as três modalidades, ali referidas: (a) os agentes políticos (parlamentares de todos os níveis, Chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal, Ministros e Secretários dos Estados e dos Municípios); (b) os servidores públicos (pessoas com vínculo empregatício, estatutário ou contratual, com o Estado); e (c) os particulares em colaboração com o Poder Público (que atuam sem vínculo de emprego, mediante delegação, requisição ou espontaneamente). (DI PIETRO, 2006, p. 778).



A Lei é extensiva, então, a todos que atuam na coisa pública, direta ou indiretamente, inclusive aos particulares, os quais serão objeto de estudo específico no próximo capítulo.

Portanto, os poderes executivo, legislativo e judiciário estão salvaguardados pela extensa conceituação da lei de improbidade administrativa, podendo, assim, ser praticante qualquer pessoa com vínculo aos entes descritos no art. 1º. Vale ressaltar que os artigos 1º e 2º da lei estão totalmente ligados e são interdependentes, pois à medida que um define em quais entidades poderá ocorrer o ato ímprobo, pontifica com a exegese do segundo artigo que poderá ser responsabilizado pelo ato.

### **3.4 As Sanções Impostas pela Lei nº 8.429/92**

Criada, como visto anteriormente, para trazer meios de impedir abuso no exercício da administração pública pelo seu agente ou terceiro que se beneficie do ato, a lei da improbidade administrativa vai além e, ao trazer as tipificações previstas nos artigos 9º, 10º e 11º, trouxe no art. 12º as cominações que incidirão do descumprimento de alguma das normas legais.

No entanto, não seria crível deixar de mencionar que a primeira previsão de sanções àqueles que desabonam a administração pública foi citada na Carta da Primavera de 1988:

Pelo artigo 37, § 4º, da Constituição, os atos de improbidade importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (DI PIETRO, 2006, p. 786).

Com isto, traz a lei de improbidade administrativa no seu art. 12º:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:  
I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de

multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

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

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

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. (BRASIL, 2011-N).

Apresentado o artigo que determina a aplicação das cominações trazidas no bojo da Constituição Nacional, antes de se adentrar na análise de cada cominação necessária é a explicação acerca da sanção no direito administrativo.

### **3.4.1 Os tipos de sanções da Lei nº 8.429/92**

No direito pátrio há sanções que incidem nos diversos ramos do direito, a exemplo de sanções no direito civil e penal. Da mesma forma que há definição estrita da sanção nos ramos citados acima, o direito administrativo é detentor de definições e exegeses diversas. Em caráter geral, na introdução do capítulo que aborda a questão da sanção no ato de improbidade administrativa, define-se:

Identificado o bem jurídico tutelado e positivado a norma proibitiva que visa a preservá-lo, é imprescindível que seja estabelecida a reprimenda em que incidirá o infrator. A sanção deve guardar relação com o ilícito praticado, variando qualitativa e quantitativamente conforme a lesividade da conduta. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 409).

Neste aspecto reside a diferenciação das sanções do direito administrativo, na medida em que elas são aplicáveis somente nas normas administrativas, não sendo no caso aplicado sanção penal, pois a própria lei da

improbidade administrativa traz que as penas por esta imposta serão aplicadas independente das penas.

Ademais, a afirmação a seguir contribui com o meio acadêmico quanto à análise da sanção administrativa:

É comum, especialmente nos modelos jurídicos associados à cultura romano-germânica, que a doutrina construa suas convicções em bases móveis, na dinâmica de uma suposta 'ciência' descritiva de conceitos abstratos, forjados na erudição das fontes históricas ou de autoridades acadêmicas inquestionáveis. A construção aqui ofertada busca amparar-se em critérios objetivos, numa hermenêutica constitucional, onde o critério predominante é o do Direito Administrativo, não o da função administrativa. É um critério de Direito, não das funções, as quais estão disciplinadas pelo Direito.

No caso das sanções administrativas (de Direito Administrativo) aplicadas por Juízes e Tribunais, a nota distintiva da sanção será, além da presença da Administração Pública em um dos pólos (como lesada), e demais elementos já apontados, a ausência de natureza penal da sanção, o que se deve verificar, de um lado, na decisão legislativa soberana e discricionária e, de outro, na ausência de previsão, direta ou indireta, de pena privativa de liberdade.

[...]

Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com a finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa pretensão, para não haver dúvidas.

[...]

Preliminarmente, todavia, devemos referir algumas tradicionais medidas aparentemente aflitivas, que podem ser determinadas pela Administração Pública ou pelo Judiciário, dependendo do caso, que não se ajustam ao conceito de sanção administrativa, ficando de fora, pois do âmbito de incidência dos princípios e regras que tutelam e integram o Direito Administrativo Sancionador. Com base precisamente no conceito adotado, bem assim nos critérios definitórios da base de incidência do Direito Administrativo Sancionador, buscaremos apartar da categoria de sanções algumas medidas tradicionalmente confundidas com ela. (OSÓRIO, 2010-B, p. 94-95).

Assim, como bem observado, deve ser feita diferenciação nas sanções administrativas daquelas que não a são, mas que incidem no âmbito do direito administrativo.

Vencidas estas considerações, a Lei 8.429/92 também possui sanções de caráter administrativo da mesma forma que algumas de suas sanções não poderão ser qualificadas como administrativa, conforme demonstra a tabela a seguir:

Tabela 4: Definição das sanções da Lei 8.429/92

Sanções impostas pela Lei 8.429/92	Sanção administrativa?
Reparação do dano (SOBRANE, 2010, p. 156).	Não. [...] até porque a obrigação de ressarcir é uma restituição ao estado anterior. Fora de dúvida, não se trata de uma sanção administrativa, mesmo que assim venha denominada na legislação pertinente. (OSÓRIO, 2010-B, p. 101).
Perda de bens e valores acrescidos ao patrimônio do agente ou de terceiro (SOBRANE, 2010, p. 158).	Sim.
Multa civil (SOBRANE, 2010, p. 159).	Sim.
Suspensão dos direitos políticos (SOBRANE, 2010, p. 161).	Não. Também são sanções de natureza civil a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública. (DI PIETRO, 2006, p. 786).
Perda da função pública (SOBRANE, 2010, p. 162).	
Proibição de contratação ou de recebimento de benefícios ou incentivos (SOBRANE, 2010, p. 163).	Sim.

Fonte: Pesquisador

Trazidos estes esclarecimentos acerca das diferentes sanções impostas pela lei da improbidade administrativa, passa-se a trazer pormenores de cada uma, separadamente.

#### 3.4.1.1 A perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio

A sanção de natureza administrativa está vinculada àquelas impostas pelo art. 12º, I e II, na transgressão dos arts. 9º e 10º da lei em estudo, sendo que a previsão legal do presente tópico é um complemento feito para proteger o princípio da moralidade administrativa, pois a aquisição ilícita de valores e bens é nula, devendo ser retornado o *status quo* anterior. (MORAES, 2007-A, p. 358).

Diante desta análise feita pela doutrina, nota-se o caráter administrativo da sanção, corroborada nos dizeres a seguir:

Não poderia ser diferente, pois não fosse assim, a perda apenas parcial ou, na pior das hipóteses, a não-decretação da perda dos bens ou valores acrescidos ao patrimônio do ímprobo em função de sua conduta, acarretaria o perverso efeito de se estimular a cultura de corrupção e impunidade, contrariando os desígnios constitucionais e legais. (BERTONCINI, 2007, p. 241).

Assim, analisando os dispositivos legais que regulam a perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, nota-se que o objetivo do legislador é de proteger a administração pública de agentes que exercem funções à esta quando buscam utilizar dos valores públicos para aumentar ilicitamente seu patrimônio quando sua capacidade econômica não condiz com tal acréscimo.

Por derradeiro, a frase do Padre Antônio Vieira, no Sermão do Bom Ladrão, traz o ensinamento de que “a salvação não póde entrar sem se perdoar o peccado, e o peccado não se póde perdoar sem se restituir o roubado [...]”. Em outras palavras “a Lei da restituição é Lei natural e Lei divina”. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 427).

#### **3.4.1.2 O ressarcimento integral do dano**

O ressarcimento do dano é a sanção de caráter civil que busca a restituição dos valores retirados indevidamente da coisa pública. Primeiramente, urge destacar que as penalidades de ressarcimento integral do dano e a perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio são institutos diferentes:

É importante não confundir a sanção de perda de bens ou valores com a obrigação de ressarcir o dano causado ao patrimônio público, o que evitará uma duplicidade de punições com idêntico fundamento. À guisa de ilustração, deve ser mencionada a situação do agente público que se aproprie de determinado numerário pertencente a um dos entes elencados no art. 1º da Lei nº 8.429/1992. Além de outras sanções cabíveis, terá ele a obrigação de recompor o patrimônio público, ressarcindo-o com valor equivalente àquele do qual se apropriara, mas não poderá sofrer a sanção de perda de bens. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 428).

Com esta análise a sanção do ressarcimento cabe quando o acréscimo de bens ou valores não ocorra na investigação ou quando aquele valor em específico não foi utilizado para acrescentar algo ao patrimônio do agente ativo. Neste caso, limita-se ao simples conceito de proporcionar lesão ao erário.

Outrossim, à natureza civil é atribuído pois o conceito de reparação de dano é de caráter civil, descrito no art. 186 do Código Civil brasileiro, e diante do fato de a doutrina defender que:

A reparação do dano ao patrimônio público é de imposição cogente, sempre que presentes os requisitos exigidos para a responsabilização do agente, independentemente de a conduta delinear a ocorrência de improbidade administrativa. Com isso, subsiste o dever de reparação do dano derivado de condutas desenvolvidas anteriormente à vigência da Lei de Improbidade Administrativa [...]. (SOBRANE, 2010, p. 157).

Feita a análise, a sanção do ressarcimento é atribuída nos casos das cominações dos arts. 9º e 10º, nos termos pontificados no art. 12º, I e II, da lei em análise, tendo em vista que mesmo inexistindo acréscimo ao patrimônio, há o dever de ressarcir a coisa pública.

#### **3.4.1.3 A multa civil**

De natureza administrativa, a multa civil é a defesa da coisa pública contra aqueles que buscam aviltá-la, aplicável nos atos que deponham nos termos dos arts. 9º, 10º e 11º, como bem salientado no art. 12º, I, II e III.

Pode se dizer que a multa civil possui caráter pedagógico, sendo que a doutrina ainda atribui outro caráter, conforme se extrai da obra: “Muitas são as vantagens que apresenta, dentre elas o papel punitivo que exerce sobre o infrator; o intimidativo sobre os demais componentes do grupamento; e o fator de repara para o Estado, ente para o qual é revertido o valor arrecadado”. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 469).

A lei de improbidade administrativa atribui três variações de cálculo diversas para aplicação da multa, tendo como base a infração ocorrida, pois se extrai que, quando aviltado o art. 9º, esta é calculada tendo como base o valor acrescido ao patrimônio do agente ativo, podendo chegar até três vezes o valor declarado como acréscimo indevido ao patrimônio; no caso do art. 10º, muda-se a referência para o valor do dano causado ao erário, podendo alcançar a multa até duas vezes o valor do dano, e, por fim o art. 11º,

onde a base de cálculo é a remuneração percebida pelo agente público responsável, podendo chegar até cem vezes este valor. (BERTONCINI, 2007, p. 242).

Com esta análise, nota-se, claramente, que a finalidade da multa civil é frear a existência de atos de improbidade administrativa, sendo que sua aplicabilidade deverá ser medida conforme o caso que está sendo analisado nos limites legais.

#### **3.4.1.4 A suspensão dos direitos políticos**

Esta sanção é aplicável a todos os casos em que poderá ocorrer ato de improbidade administrativa, ou seja, tanto no art. 9º, quando no art. 10º e art. 11º, sendo que o caráter desta sanção não é administrativa, mas sim, de restrição dos direitos civis, como por exemplo, o de votar, ser votado e de ingresso de ação popular. Corroborando, cita-se:

Regulamentando o texto constitucional, estabeleceu o art. 12 da Lei nº. 8.429/1992, em seus três incisos distintos valores relativos para a sanção de suspensão dos direitos políticos: o lapso de suspensão será de oito a dez anos na hipótese de enriquecimento ilícito (inc. I); de cinco a oito anos em se tratando de lesão ao erário (inc. II); e de três a cinco anos nos casos de infração aos princípios da administração pública. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 466).

Com isto, sendo esta gradativa conforme o ato praticado, a sanção da suspensão dos direitos políticos visa justamente impedir que o agente ímprobo venha a exercer nova atividade ante a administração pública, sendo que urge pontificar que sua aplicação somente se dará no trânsito em julgado da ação que suspender os direitos políticos.

#### **3.4.1.5 A perda da função pública**

De mesmo caráter da sanção de suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública visa justamente impedir que aquele agente, após transitado em julgado da ação, venha a exercer qualquer atividade laboral junto à coisa pública.

Para melhor se trazer a matéria, vale a citação a seguir:

O objetivo da sanção é a dissolução de forma definitiva do vínculo existente entre o agente público e a pessoa jurídica interessada, que se opera com o trânsito em julgado da sentença impositiva da penalidade (art. 20, da Lei nº 8.429/92), mesmo que o agente público não exerça mais a função em cujo exercício praticou o ato de improbidade administrativa, o que significa dizer que a condenação atingirá a função pública atual desempenhada pelo agente. Em caso de inatividade, a sentença poderá declarar a anulação do ato de aposentação e, conseqüentemente, a perda da função pública. (SOBRANE, 2010, p. 162-163).

Com esta análise, observa-se mais uma das sanções previstas pela legislação que regulamenta a atuação da justiça nos atos de improbidade administrativa, notando-se que a lei busca cerca de toda forma qualquer benefício que o ímprobo venha a receber da função pública, até mesmo no caso de aposentadoria.

#### **3.4.1.6 A proibição de contratação e recebimento de benefícios ou incentivos**

Esta sanção de caráter administrativo poderá ser atribuída na cominação das penas dos arts. 9º, 10º e 11º, da Lei 8.429/92.

Seu caráter administrativo está justamente na condição de defensora da coisa pública para que somente sejam beneficiados ou possam contratar com a administração pública aqueles que são idôneos, pois assim está se defendendo o cumprimento do negócio entabulado entre as partes.

Da mesma forma que nos casos de multa civil e suspensão dos direitos políticos, a sanção em análise também possui caráter gradual na sua imposição, conforme se extrai:

O prazo da sanção foi estabelecido pelo legislador com base na potencialidade lesiva do ato de improbidade administrativa, sendo de 10 (dez) anos para o caso de enriquecimento ilícito (art. 12, I) de 8 (oito) anos para os atos que causam lesão ao erário (art. 12, II) e de 3 (três) anos para as condutas que atentam contra os princípios da administração pública (art. 12, III).



A sanção tem natureza pecuniária indireta, pois impede que o condenado usufrua qualquer benefício derivado de qualquer relação contratual com os órgãos da Administração direta ou indireta, em qualquer nível de governo (federal, estadual, distrital ou municipal), não se limitando a proibição à pessoa jurídica interessada. (SOBRANE, 2010, p. 163).

Com isto, deve somente a administração pública beneficiar ou negociar com aqueles que possuem boa conduta nas negociações diante dela, a fim de salvaguardar a *res publica* daqueles que são declarados temporariamente como indignos de tal benefício.

Neste tópico do terceiro capítulo buscou-se trazer ao conhecimento do leitor as penalidades impostas pela lei de improbidade administrativa, mostrando o caráter de cada uma delas com o escopo de que se entenda através da sua origem qual sua atuação como sanção imposta pela lei que defende a coisa pública do agente ímprobo.

## 4 O DOLO E A CULPA NA LEI DE IMPROBIDADE E O PARTICULAR

### 4.1 O Elemento Subjetivo na Configuração da Infração

A análise do elemento subjetivo que enseja o ato de improbidade administrativa é tema necessário para o debate da lei de improbidade administrativa.

O agente público ou aquele que possa realizar ou auxiliar no ato ímprobo possui alguns elementos que justificam sua participação no ato de improbidade, figurado na lei de improbidade como dolo e culpa, conforme se extrai do art. 5º, que diz: “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”. (BRASIL, 2011-N). Desta forma, dá-se o nome de subjetivo diante do fato de que necessária é a análise do *animus* do agente ativo a fim de comprovar ou corroborar com a imputação de atos de improbidade administrativa praticados por estes ou terceiro.

Neste norte, os atos de improbidade administrativa somente poderão ocorrer por meio de dolo ou culpa, cuja exegese de cada elemento será separadamente analisada adiante. Em primeiro momento, vale trazer a citação da doutrina para melhor analisar o elemento subjetivo:

Conforme exposto anteriormente, somente o art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa alude ao elemento subjetivo, prescrevendo que as condutas nele descritas, que configuram atos de improbidade administrativa, podem ser praticadas com dolo ou culpa, ao passo que os arts. 9º e 11 são omissos. (FIGUEIREDO, 2010, p. 122-123).

Contribuindo, ainda:

O elemento subjetivo que deflagrará este elo de encadeamento lógico entre vontade, conduta e resultado, com a consequente demonstração da culpabilidade do agente, poderá apresentar-se sob duas únicas formas: o dolo e a culpa. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 267).

Diante desta argumentação, observa-se que o art. 5º da lei em análise traz o aspecto amplo do conceito subjetivo, cabendo aos artigos 9º, 10º e 11º, suas definições. Não obstante, para a configuração das infrações mostradas por estes

três artigos, obrigatória é a comprovação da configuração do elemento subjetivo, sob pena de inexistir ato ímprobo.

Desta forma, no processo que busca condenar o agente ativo nas cominações da lei de improbidade administrativa, é obrigatória a demonstração do dolo ou da culpa, conforme se extrai da jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, tendo como palavras-chaves “improbidade-administrativa-elemento-subjetivo-necessidade”, pesquisadas nos julgados entre 01/01/2009 e 02/05/2011:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE INSTITUCIONAL - REFERÊNCIA PESSOAL AO AGENTE POLÍTICO - IMPOSSIBILIDADE - CF, ART. 37, § 1º.

Noutros termos, conforme exaustivamente abordado nas doutrinas trazidas à colação, sempre haverá espaço para que o juiz, analisando todos os aspectos e circunstâncias do ato de improbidade, seus reflexos no meio social e o elemento subjetivo com que se houve o agente, gradue as sanções de modo a guardar com efetividade a proporção entre a gravidade do ato e a pena aplicada.

[...]

O julgamento, realizado no dia 19 de abril de 2011, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Pedro Manoel Abreu, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargador Luiz César Medeiros, Desembargador Carlos Adilson Silva e Desembargador Pedro Manoel Abreu. (BRASIL, 2011-O).

Vencido este comentário observa-se com clareza solar a importância que é atribuída ao elemento subjetivo para a configuração do ato ímprobo e, inclusive a fim de se dar parâmetros à dosimetria e aplicação das sanções impostas pelos incisos do art. 12º da lei em análise.

Não obstante, utilizando-se dos mesmos parâmetros da busca dos acórdãos do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, cita-se ementa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, conforme abaixo:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUPOSTA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. INICIAL FUNDADA NA MERA ILEGALIDADE DO ATO IMPUGNADO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUITA. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (BRASIL, 2011-O).

Podendo trazer também:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO SOCIAL E DO INTERESSE PÚBLICO. ATOS DE IMPROBIDADE. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI 8.429/92. IMPRESCINDIBILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO. ART. 10 DA LIA. CULPA OU DOLO. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO. AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Não há falar 'em julgamento fora ou além do pedido quando o julgador, em face da relevância da questão social e do interesse público, sujeita, na condenação do responsável por atos de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, às penas cominadas por lei, como é a hipótese dos autos' (REsp 324.282/MT). 2. É imprescindível o elemento subjetivo para a configuração do ato de improbidade administrativa. No caso específico do art. 10 da Lei 8.429/92, o dano ao erário admite, para a sua consumação, tanto o dolo quanto a culpa. 3. A desconstituição do julgado pela ausência do elemento subjetivo na conduta ímproba não encontra campo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento de análise próprio das instâncias ordinárias e vedado a este Tribunal Superior, a teor da Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido. [...]  
Brasília, 05 de maio de 2011. (BRASIL, 2011-P).

Além da necessidade da comprovação do elemento subjetivo, a fins acadêmicos necessário é distinguir o elemento subjetivo do objetivo a fim de proporcionar ao estudo a amplitude dos conceitos a fim de demonstrar o caráter necessário do elemento subjetivo nos tipos da lei de improbidade administrativa. Tendo como este o escopo, traz-se:

No direito moderno, assume ares de dogma a concepção de que não é admissível a *imputatio júris* de um resultado danoso sem um fator de ligação psíquica que a ele vincule o agente. Ressalvados os casos em que a responsabilidade objetiva esteja expressamente prevista no ordenamento jurídico, é insuficiente a mera demonstração de vínculo causal objetivo entre a conduta, e esta ao resultado, não será possível demonstrar 'o menosprezo ou descaso pela ordem jurídica e, portanto, a censurabilidade que justifica a punição (*malum passionis ob malum actionis*)'. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 266-267).

Diante das palavras doutrinárias trazidas acima, nota-se que a diferença existente entre os conceitos objetivo e subjetivo encontra-se na forma de expressa previsão legal no ordenamento jurídico, pois para o elemento objetivo independente o *animus* do agente, o dolo ou a culpa, bastando que o mero ato gere dano, responsabiliza o causador a restituir ou indenizar o ato.

A exemplo disto, vale citar o art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências:

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

[...]

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (BRASIL, 2011-Q).

Assim, a exemplo do § 1º da lei acima citada, desnecessária a existência do elemento subjetivo para constituir a responsabilidade do agente ativo, considerando-o ativo por ser o causador do dano, para que a este seja atribuída sanção.

Não obstante, sabe-se que o direito penal brasileiro trata acerca dos elementos objetivos e subjetivos mais amplamente, de forma que se extrai das doutrinas conceitos gerais acerca de cada elemento, onde se pode fazer uma ponte a fim de exemplificar a importância e os conceitos destes elementos e configurar o fato típico penal:

1) tipo objetivo: conjunto dos caracteres objetivos ou materiais do tipo legal de delito (face objetiva);

2) tipo subjetivo: conjunto dos caracteres subjetivos ou anímicos do tipo legal do delito (face subjetiva).

É de se frisar que a distinção entre tipo subjetivo e tipo objetivo tem caráter meramente didático-pedagógico. Em realidade, não há nenhuma oposição entre o subjetivo e o objetivo, formam parte de um contexto único e indissolúvel. Há, desse modo, no injusto culpável, uma unidade subjetiva-objetiva da conduta típica. O tipo objetivo se limita a determinar os comportamentos adequados à produção do resultado, fornecendo as balizas para atuação do tipo subjetivo. (PRADO, 2008, p. 315-316).

Conclui-se, que há importância na análise da forma do elemento para se bem entender como se poderão aplicar as sanções previstas na lei de improbidade administra. Com isto, antes da análise das formas que podem ser caracterizados o dolo e a culpa, imprescindível é conceituar a importância de como caracterizar o elemento subjetivo, tendo como paradigma a análise das jurisprudências citadas mostrando que a não comprovação deste elemento é fato que enseja a desqualificação do fato típico que se busca atribuir ao suposto agente ímprobo.

## 4.2 Análise Hermenêutica do Dolo e da Culpa no Ordenamento Jurídico Brasileiro

### 4.2.1 O dolo

Conforme restou bem demonstrado anteriormente, para que haja a configuração do ato ímprobo é imprescindível que seja demonstrada a existência do elemento subjetivo, qual seja, o dolo ou culpa, a fim de arraigar a imputação atribuída ao sujeito ativo da improbidade administrativa.

No entanto, nesta perspectiva, busca-se adentrar no conceito do dolo e da culpa para seja dado maior alicerce na análise destes elementos subjetivos quando necessários para configurar os tipos dos arts. 9º, 10º e 11º, da Lei 8.429/92, que são amplamente demonstrados no próximo item.

Com isto, o art. 5º da lei de improbidade traz que ocorrerá o ato ímprobo através, em primeiro momento, de uma ação ou omissão dolosa. A doutrina que estuda a lei de improbidade administrativa conceitua o dolo:

Na senda dos inúmeros estudos já desenvolvidos na seara penal, endente-se por dolo a vontade livre e consciente dirigida ao resultado ilícito, ou mesmo a mera aceitação do risco de produzi-lo. Quando a vontade visa à consecução do resultado, sendo a conduta exercida em razão deste, diz-se que o dolo é direto (teoria da vontade), o qual será tão mais grave quanto mais vencível era o impulso que direcionou o agente ao ilícito. Nos casos em que a vontade prevê a provável consecução do resultado, mas, apesar disto, a conduta é praticada, consentindo o agente com o advento daquele, fala-se em dolo eventual (teoria do consentimento). (GARCIA; ALVES, 2008, p. 267).

Por intermédio, então, dos conceitos trazidos acima, analisa-se que o dolo poderá ocorrer por meio de duas situações distintas, o dolo direto e o dolo eventual. Assim, para a configuração do ato de improbidade administrativa, poderá ocorrer a configuração destes tipos de dolo, bastando para tanto a comprovação do tipo de dolo.

Analisando, no direito penal a questão do dolo eventual, salienta-se que o dolo direto “é a vontade de realizar a conduta e produzir o resultado (teoria da vontade). Ocorre quando o agente quer o resultado”. (CAPEZ, 2003, p. 181). Assim,

da mesma forma no direito administrativo e, em especial, no ato de improbidade administrativa, quando se visa atribuir ao agente conduta ímproba baseando a argumentação na ocorrência de dolo direito, imprescindível é que seja cabalmente demonstrado que o agente o qual a ato é atribuído deve a vontade de realizar o ato ou que buscava diretamente aquele resultado.

Da mesma forma pode-se importar da doutrina de direito penal que o dolo eventual ocorre quando o agente, mesmo não buscando diretamente o resultado, tem para si que há possibilidade de sua conduta gerar o tipo penal previsto e concorda com sua possibilidade. (LEAL, 2004, p. 243). Corroborando:

É indireto quando, apesar de querer o resultado, a vontade não se manifesta de modo único e seguro em direção a ele, ao contrário do que sucede na espécie anterior. Comporta duas formas: o alternativo e o eventual. Dá-se o primeiro quando o agente quer um dos eventos que sua ação pode causar: atirar para matar ou ferir. Do eventual já dissemos no parágrafo anterior: o sujeito ativo prevê o resultado e, embora não seja este a razão de sua conduta, aceita-o. (NORONHA, 1982, p. 146-147).

Com o direito penal, então, é possível entender como poderá ocorrer o dolo direito e o eventual nos casos previstos na lei de improbidade administrativa.

Acerca da questão da ação ou omissão, conclui-se com a doutrina que analisa estes conceitos na lei de improbidade administrativa:

O primeiro elemento do *iter* a ser percorrido para se adequar a conduta administrativa, supostamente imoral, ao conceito de improbidade administrativa, é a ocorrência de ação ou omissão dolosa do agente público. Damásio Evangelista de Jesus conceitua a ação ou comissão 'como a que se manifesta por intermédio de um movimento corpóreo tendente a uma finalidade'. Júlio Fabbrini Mirabete, como 'o fazer, um comportamento ativo', também dirigido a uma finalidade. Frise-se, que essa conduta é a conduta humana que tanto pode ser sob forma de ação quanto de omissão, não estando incluídos os fatos naturais e os do mundo animal. A omissão pode ser analisada sob dois prismas: numa concepção naturalista, que seria a simples exteriorização do não fazer, independente da invocação de qualquer dever jurídico, e a concepção normativa, que é a 'não-realização de um comportamento exigido que o sujeito tinha possibilidade de concretizar'. (BAHENA, 2004, p. 129-130).

Acrescenta-se, por derradeiro, a citação:

Nessa seara, o dolo representa a 'vontade de concretizar as características objetivas do tipo', tendo como elementos: 'a) consciência da conduta e do resultado; b) consciência da relação causal objetiva entre a conduta e o

resultado; c) vontade de realizar a conduta e produzir o resultado', consoante explica Damásio E. de Jesus. (FIGUEIREDO, 2010, p. 124).

Com esta análise do conceito geral possível é o entendimento da definição do dolo, inclusive se utilizando o conceito amplo do direito penal, no âmbito da incidência deles nos tipos ímprobos da lei.

#### 4.2.2 A culpa

Vencidas essas análises acerca do dolo, conclui-se que para que este seja configurado é necessária a comprovação do nexos causal, se este é direto ou eventual e se é realizado através de ação ou omissão.

Outro conceito a ser analisado está ligado à culpa, previsto também no art. 5º da lei de improbidade. A primeira distinção feita entre o dolo e a culpa é quanto ao fato de prever o resultado final. Desta forma, ensina a doutrina que “a culpa, por sua vez, se caracteriza pela prática voluntária de um ato sem a atenção ou o cuidado normalmente empregados para prever ou evitar o resultado ilícito”. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 267). Com isto se tem que, para que se caracterize a culpa, deverá ser provado que o suposto agente ativo não possuía o cuidado necessário para evitar o resultado ou não o poderia prever. Ademais, retira-se da doutrina comparada:

O que caracteriza o tipo culposo é a involuntariedade do resultado efetivamente ocorrido. Na verdade, o que o distingue do tipo culposo é o fato do agente causar o resultado, sem intenção de produzi-lo. O crime culposo será, assim, sempre um crime não intencional quando ao resultado. (LEAL, 2004, p. 249).

Não obstante ao fato de não se prever o resultado, o tipo culposo poderá ocorrer através de três situações, quais sejam: imperícia, imprudência e negligência. Outrossim, em sentido similar encontra-se:

Não se confundam a culpa e o dolo. Este se verifica quando o agente intencionalmente pratica a ação ou omissão ilícita, ou tenha produzi-la. Aquela ocorre quando o ilícito deflui de ação ou omissão do agente em virtude de imprudência, imperícia, ou imprevidência. (BANDEIRA DE MELLO *apud* FIGUEIREDO, 2010, p. 123).



Tendo então sido definida a culpa, entender a suas formas de ocorrência é necessário para se buscar esclarecer acerca dos meios em que ocorrerá a culpa.

Acerca da culpa por imprudência, está se dá quando não são tomados os meios necessários que a prudência e a razão exigem. “É o atuar positivo além do limite da cautela normal; é a ação flagrantemente arriscada ou desarrazoada”. (LEAL, 2004, p. 255).

Quanto à negligência, “esta é conduta omissiva, sem a devida cautela, manifestada pela falta de atenção, pelo descuido, pelo esquecimento ou pela desídia no atua perante a vida social”. (LEAL, 2004, p. 256).

Já o conceito de imperícia está associado à “[...] imprudência técnica. Consiste na falta de habilidade técnica para o exercício de determinada atividade”. (LEAL, 2004, p. 256).

Com o detalhamento destes conceitos, fica nítido que, em qualquer caso, o agente, por ação ou omissão, pratica o ato, mas, mesmo com a vontade de praticá-lo, não espera ou sequer deseja o resultado. Cita-se ainda:

Da definição exposta, podemos extrair os elementos do fato culposo: 1) Ação (em sentido amplo) causativa do resultado. Trata-se de conduta voluntária. O agente quer praticar a ação com a mesma vontade do doloso [...]. 2) O evento antijurídico não querido, ou por não ser previsto, ou porque, tendo sido previsto, rejeitou-se a possibilidade de se verificar. Se o agente previu e quis, haverá dolo direto; se o previu e, embora não o querendo de modo exclusivo, o aceitou, existirá dolo eventual. 3) O evento antijurídico querido, mas fruto de erro de fato inescusável. (NORONHA, 1982, p. 150).

Trazidos, então, os pontos de vistas da doutrina acerca do dolo e da culpa, através da ação ou omissão, como bem salientado no art. 5º, da Lei nº 8.429/92, para que seja caracterizado o elemento subjetivo a fim de imputar a existência de infração administrativa a possível agente ativo de ato de improbidade administrativa, devem ser analisados os conceitos da ação e omissão do dolo nas suas vertentes de direto e eventual e da culpa, através do entendimento da imprudência, negligência e imperícia.

#### **4.3 O Dolo e a Culpa na Configuração da Infração Administrativa**

Desmistificados os elementos básicos que dão alicerce à existência do dolo e da culpa, adentra-se, então, ao estudo da incidência do dolo e da culpa nos arts. 9º, 10º e 11º da lei de improbidade administrativa.

Após a separação do direito penal e administrativo em que restou confirmado que não cabe ao direito penal subsidiar a lei de improbidade, a análise da forma de incidência do dolo e da culpa na lei de improbidade administrativa é fato ainda controvertido na doutrina. O primeiro artigo a citar o dolo e a culpa como elementos existentes na lei é o art. 5º, outrora citado neste trabalho, onde expõe genericamente que será obrigado a ressarcir ao patrimônio público aquele que lhe causar dolosa ou culposamente qualquer lesão.

Posteriormente a este, vêm os artigos que são o tipo da infração administrativa, quais sejam, art. 9º (enriquecimento ilícito), art. 10º (lesão ao erário) e art. 11º (atentando aos princípios da administração pública). No entanto, somente o art. 10º veio trazer expressamente que a configuração de seu tipo ocorrerá por dolo ou culpa, silenciando-se os outros dois artigos quando ao elemento subjetivo para configurar seus tipos.

Dos três dispositivos que definem os atos de improbidade, somente o artigo 10 fala em ação ou omissão, dolosa ou culposa. E a mesma idéia de que, nos atos de improbidade causadores de prejuízo ao erário, exige-se dolo ou culpa, repete-se no artigo 5º da lei. É difícil dizer se foi intencional essa exigência de dolo ou culpa apenas com relação a esse tipo de ato de improbidade, ou se foi falha do legislador, como tantas outras presentes na lei. A probabilidade de falha é a hipótese mais provável, porque não há razão que justifique essa diversidade de tratamento. (DI PIETRO, 2006, p. 785).

Desta forma, analisa-se confusão acerca da incidência desses elementos subjetivos nos tipos a medida que há um artigo genérico que salienta que para ser reparada a lesão dever ocorrer dolo ou culpa. No caso dos artigos 9º e 11º, nos quais inexistente expresso o elemento subjetivo, não se poderá trazer à baila a posição do direito penal que diz que a culpa deve ser expressa. Não se trata de norma penal e sim administrativa, como pode se tirar da própria doutrina penal:

Distinções formais entre ilícito penal e ilícito administrativo: a distinção entre ilícito 'penal' e ilícito 'administrativo', de indubitável transcendência não só teórica senão também prática, tem suscitado, desde o iluminismo, uma viva polêmica doutrinária.

[...]

O pressuposto do ilícito penal é o delito (a infração penal), o do ilícito administrativo é a infração administrativa. O ilícito penal é descrito e

tipificado no Código Penal ou nas leis penais especiais, o administrativo na legislação respectiva. O injusto penal é sancionado com penas ou dá lugar à imposição de medidas de segurança. O ilícito administrativo é castigado com sanções não penais administrativas, que são impostas pelas Administrações no exercício do poder sancionatório que lhes é próprio. (GOMES; CUNHA, p. 52).

Por isto que, mesmo não estando expressa nos arts. 9º e 11º da lei de improbidade administrativa, a culpa poderá ser aplicada.

Numa análise jurisprudencial do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, realizada entre 01/01/2000 e 05/05/2011, com as palavras improbidade, administrativa, dolo e culpa, observa-se que os acórdãos do início do novo milênio que eram atribuídos aos tipos a lei de improbidade administrativa culpa mesmo não estando expreso, conforme acórdão abaixo de ação civil pública que, entre outros pedidos pedia a condenação dos réus nas penas do art. 12º, III, que são aplicados nos tipos do art. 11º, ambos da lei de improbidade administrativa:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CF, ARTS. 127 E 129, III - LEI 7.347/85, ARTS. 1º, IV; 3º, II, E 13 - LEI 8.429/92, ART. 17 - LEI 8.625/93, ARTS. 25 E 26 - CONTRATO TEMPORÁRIO - AUTORIZAÇÃO EM LEI - PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO - ATO DE IMPROBIDADE - NÃO CARACTERIZAÇÃO

Em outras palavras, a responsabilização do agente político por atuação fundada em lei requer dolo ou culpa grave, inócurrenente no caso em enfoque conforme as circunstâncias fáticas inicialmente expostas.

É o que também proclamou o Superior Tribunal de Justiça em dois casos onde o Prefeito era increpado de improbidade administrativa por contratação de pessoal sem concurso público. Veja-se:

'A imposição das sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público por cinco anos, na hipótese em exame seria medida desarrazoada uma vez que, como ressaltou a Corte de origem, além de não ter ocorrido efetivo prejuízo ao Município nem enriquecimento ilícito, tampouco houve comprovação de má-fé, dolo ou culpa'. (REsp n. 213.994-MG, rel. Min. Garcia Vieira. DJU de 27/09/99)".

Concordo integralmente com os argumentos de Sua Excelência. Responsabilizar os requeridos seria o mesmo que, por via reflexa, fazê-los responder, objetivamente, pela a edição das leis tidas por inconstitucionais.

Por derradeiro, não se deve olvidar que o administrador público tem o poder-dever de não aplicar lei manifestamente inconstitucional. Não obstante, não se pode obrigá-lo a interpretá-la como tal. Cabe aos legitimados argüirem pelos meios próprios, junto ao Poder Judiciário, o vício afrontativo à Constituição. Até a prestação jurisdicional, cautelar ou definitiva, gize-se mais uma vez, a norma continuará gozando da presunção de constitucionalidade. (BRASIL, 2004).

Não obstante ao fato de que a jurisprudência em questão estava a julgar situação que dizia respeito ao art. 11º da lei, também é citada jurisprudência do

Superior Tribunal de Justiça que traz a necessidade da comprovação de dolo ou culpa para a aplicação das penas, tanto do art. 10º quanto do art. 9º.

Da mesma forma, acerca da citação genérica do dolo e da culpa se extrai:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DECRETO MUNICIPAL EXPROPRIATÓRIO - TERMO DE COMPENSAÇÃO E QUITAÇÃO DO IPTU MEDIANTE A ENTREGA DE TERRAS OCUPADAS POR POSSEIROS - EXERCÍCIO RELATIVO A 1994, 1995 e 1996 - AUSÊNCIA DE PRÉVIA AVALIAÇÃO - MEDIDA LIMINAR OBSTANDO A CONCRETIZAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO - ACÓRDÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.001180-1, DA COMARCA DE LAGUNA - AUSÊNCIA DE PROVEITO MATERIAL DOS DETENTORES DO IMÓVEL - PLEITO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

A Lei de IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (Lei n. 8429/92) disciplina o parágrafo 4º do artigo 37, da Constituição Federal, permitindo punir o enriquecimento ilícito em face do exercício ímprobo de atividade pública, a par de autorizar a anulação e o ressarcimento de atos lesivos ao erário. Aquele que subverte as finalidades administrativas, através do uso nocivo, ilegal ou imoral do Poder Público, ou omite indevidamente, por CULPA ou DOLO, atuação funcional que deveria tomar, é passível de ser enquadrado nos dispositivos daquela lei. Configurados, na espécie, os pressupostos da figura típica imputada, inarredável é a condenação do administrador público. Abstendo-se, na hipótese, pessoas natural e jurídica de direito privado de obterem, consoante a prova colhida, proveito patrimonial em suas relações com o Poder Público, o pedido formulado na inicial da ação é improcedente. (BRASIL, 2005).

Posteriormente, veio entendimento da jurisprudência separando o elemento subjetivo no tipo ímprobo, conforme abaixo:

Administrativo. Ação civil por IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Dispensa de licitação. Serviços de capacitação e treinamento destinado aos servidores de Câmara Municipal. Serviço efetivamente prestado. Comprovação. Ausência de dano ao erário. Alegada vulneração aos arts. 10, VIII e XII, e 11, ambos da Lei de IMPROBIDADE. Ausência de DOLO, no tocante à violação dos princípios da Administração Pública. Não configuração. Suposta ilegalidade que, na hipótese, não permite a tipificação contida na Lei n. 8.429/92. Recurso provido. Sentença reformada. Pressuposto exigível para a configuração do ato de IMPROBIDADE de que trata o art. 10, da Lei de Improbidade ADMINISTRATIVA, "é a ocorrência do dano ao patrimônio das pessoas referidas no art. 1º da lei. Nesta há a menção a prejuízo ao erário, termo que transmite o sentido de perda patrimonial em sentido estrito, mas a ideia é mais ampla, significando dano, indicativo de qualquer tipo de lesão. Sendo o dano pressuposto exigível, não vislumbramos qualquer impropriedade nos incisos acrescentados pela Lei n. 11.107/2005, que regula os consórcios (...) somente se caracterizará o ato de IMPROBIDADE nessas condutas se houver dano ao erário; se não houver, incidirá, conforme o caso, o art. 11, que trata da violação de princípios" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1023-1024). A IMPROBIDADE de que trata o art. 10 da Lei n. 8.429/92 admite as modalidades atinentes à CULPA ou Dolo. Ausente, porém o dano ao erário, não subsiste a alegada tipificação, salvo se disso resultar violação a

princípios, mediante vontade livre e consciente do agente público (DOLO). As condutas descritas no artigo 11 da Lei de IMPROBIDADE dependem da presença do DOLO, ainda que genérico. Consequentemente, afasta-se a responsabilidade objetiva dos administradores, não se fazendo necessária a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública. Precedentes. Embargos de divergência não providos (STJ, EREsp n. 917437/MG, rel. Min. Castro Meira, j. 13.10.2010). A pretensa configuração do ato de IMPROBIDADE com esteio no art. 11, da Lei n. 8.429/92 exige a demonstração de um único elemento subjetivo, qual seja, o DOLO. Ausente este, afasta-se a incidência da norma sob enfoque. (BRASIL, 2011-R).

E ainda:

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE INÉPCIA DA INICIAL E CERCEAMENTO DE DEFESA. SUPOSTA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO E PRÁTICA DE ATO VISANDO FIM PROIBIDO EM LEI (ART. 11, INC. I, DA LEI 8.429/92). AUSÊNCIA DE DOLO. NECESSIDADE DE SUA DEMONSTRAÇÃO QUANDO SE TRATA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS.

‘Os atos de improbidade só são punidos a título de dolo, indagando-se da boa ou má fé do agente, nas hipóteses dos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92.’ (REsp 842428/ES. Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. 24/04/2007. Publicação/Fonte DJ 21.05.2007 p. 560). (BRASIL, 2008).

Assim, o Poder Judiciário passou a se preocupar na especificação do elemento subjetivo, onde assentou, o Superior Tribunal de Justiça, em pesquisa jurisprudência feita nos mesmos moldes das anteriores, no mesmo período de tempo, que se retira:

AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO NÃO DEVIDAMENTE DEMONSTRADO. INEXISTÊNCIA DE DOLO APTO A CARACTERIZAR A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

1. O juízo acerca da ilegalidade do ato tido como ímprobo, sem a devida demonstração do elemento subjetivo dos agentes públicos, não é suficiente para a condenação por improbidade administrativa (precedentes idênticos).  
 2. ‘É razoável presumir vício de conduta do agente público que pratica um ato contrário ao que foi recomendado pelos órgãos técnicos, por pareceres jurídicos ou pelo Tribunal de Contas. Mas não é razoável que se reconheça ou presuma esse vício justamente na conduta oposta: de ter agido segundo aquelas manifestações, ou de não ter promovido a revisão de atos praticados como nelas recomendado, ainda mais se não há dúvida quanto à lisura dos pareceres ou à idoneidade de quem os prolatou. Nesses casos, não tendo havido conduta movida por imprudência, imperícia ou negligência, não há culpa e muito menos improbidade. A ilegitimidade do ato, se houver, estará sujeita a sanção de outra natureza, estranha ao âmbito da ação de improbidade.’ (REsp nº 827.445/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Relator p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, in DJe 8/3/2010).  
 3. ‘A jurisprudência desta Corte já se manifestou no sentido de que se faz necessária a comprovação dos elementos subjetivos para que se repute uma conduta como ímproba (dolo, nos casos dos artigos 11 e 9º e, ao menos, culpa, nos casos do artigo 10), afastando-se a

possibilidade de punição com base tão somente na atuação do mau administrador ou em supostas contrariedades aos ditames legais referentes à licitação, visto que nosso ordenamento jurídico não admite a responsabilização objetiva dos agentes públicos.' (REsp nº 997.564/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, in DJe 25/3/2010). (BRASIL, 2011-S).

Mas mesmo tendo sido manifestado entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação exclusiva do dolo nos tipos dos arts. 9º e 11º e de assegurar a possibilidade do elemento subjetivo culposo no art. 10º, há divergência nas correntes doutrinárias:

O bloco legal dos arts. 9º e 11º, ambos da LGIA, nos respectivos *caput*, demanda condutas dolosas, pelo desenho das relações. A cabeça do art. 10 da LGIA admite condutas dolosas ou culposas, segundo o mesmo critério textual. Alguns dispositivos do art. 11, excluído seu *caput*, admitem condutas dolosas e culposas, se observarmos a abertura semântica dos dispositivos. Todos os dispositivos do art. 9º exigem condutas dolosas, dada a estruturação das respectivas redações formuladas pelo legislador. Interpretamos assim esses textos, redefinindo posicionamento anterior exposto, como forma de privilegiar o princípio democrático, em detrimento de visões subjetivistas. (OSÓRIO, 2010, p. 219).

Com isto, diversamente do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, alguns doutrinadores aceitam a possibilidade da aplicação da culpa no art. 11º:

Não se comunga a tese de que, em razão explícita admissão do dolo e da culpa no art. 10, a lei tenha exigido o dolo nos arts. 9º e 11 e tornado impunível o ato culposo nessas espécies de improbidade administrativa. Efetivamente não. O art. 11 preocupa-se com a intensidade do elemento volitivo do agente, pune condutas dolosas e culposas (aqui entendida a culpa grave). (MARTINS JÚNIOR *apud* BAHENA, 2004, p. 132).

Não bastasse o entendimento do cabimento de culpa no art. 11º, da lei de improbidade administrativa, a necessidade de culpa no art. 9º também é trazida por doutrinador, que brevemente pontua:

O ato de improbidade administrativo que resulta em enriquecimento ilícito é aquele constituído pela obtenção dolosa ou culposa, proporcionada em função pelo exercício do agente público utilizando-se da sua influência ou atuação gestora à frente do manejo da coisa pública. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 47).

Mas o entendimento da incidência de culpa no art. 9º, no estudo aqui desenvolvido, limita-se a este autor, no alcance da pesquisa efetuada, da mesma forma que quanto à possibilidade de culpa nos incisos do art. 11º.

Em ponto contrário, há maciço entendimento doutrinário que se filia à corrente definida pelo Superior Tribunal de Justiça e dissipada pelos Tribunais Estaduais, limitando a incidência da culpa somente ao art. 10º da lei de improbidade administrativa. Nesta corrente, cita-se:

Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa neste sentido, constata-se que: a) a prática dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 exige o dolo do agente; b) a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com dolo ou com culpa; c) o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado do ilícito não é passível de configurar improbidade. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 267-268).

Em mesmo sentido:

A Lei nº. 8.429/92 consagrou a responsabilidade subjetiva do servidor público, exigindo o dolo nas três espécies de atos de improbidade (artigos 9º, 10 e 11) e permitindo, em uma única espécie – artigo 10 – também a responsabilidade a título de culpa. (MORAES, 2007-A, p. 340).

Corroborando, ainda, a afirmação extraída da doutrina acerca do assunto de que “[...] os arts. 9º e 11º só dispõem acerca da ação ou omissão dolosa, nada mencionando quanto ao elemento subjetivo da culpa. Destarte, a culpa só é admitida quando a conduta ímproba causar prejuízo ao erário”. (BAHENA, 2004, p. 131). Outrossim, vale trazer:

Outro aspecto que merece ser reforçado é que, se as condutas do art. 10 supra-apontadas podem, em tese, ocorrer na forma culposa, com o acréscimo mencionado, só configurarão improbidade do art. 9º dolosamente. Afinal, não parece crível que algum agente possa enriquecer-se ilícitamente nas situações do *caput* e dos incisos do art. 9º, por imprudência, negligência ou imperícia. Somente o agente público desonesto e desleal para a Administração Pública pode enriquecer-se sem justa causa. O dolo nesses casos é mais uma vez timbrado pela imoralidade administrativa. (BERTONCINI, 2007, p. 227).

Portanto, é com clareza que se observa a incongruência nas definições da improbidade administrativa. Mesmo existindo entendimento majoritário acerca da incidência da culpa somente no tipo do art. 10º, há doutrina que defende a posição de aplicabilidade da culpa tanto nos incisos do art. 11º quanto no art. 9º, da Lei 8.429/92.

#### 4.4 A Participação do Particular na Improbidade Administrativa e as Penalidades Cabíveis

A lei de improbidade administrativa veio à tona para impedir que danos fossem causados ao patrimônio público. Contudo não é somente o agente público que poderá ser o causador deste dano, podendo sê-lo, também, o agente particular, como a seguir: “Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”. (BRASIL, 2011-N).

Diante disto, a lei deu amplitude na qualificação daqueles que podem causar dano à coisa pública. Acerca do particular, extrai-se:

Além do agente público que praticou a conduta ímproba, a Lei também responsabiliza aquele que, sendo ou não agente público, tenha induzido, concorrido ou se beneficiado do ato, de forma direta ou indireta (art. 3º). O envolvimento do terceiro (*rectius*: coautor ou partícipe) pode ocorrer, como assinala José Armando da Costa, ‘em três distintos momentos: o anterior à prática da infração (ato de induzimento), o concomitante à sua prática (coadjuvação concorrencial) e, por fim, o posterior à sua consumação (beneficiando-se com as vantagens morais ou materiais da improbidade)’. (SOBRANE, 2010, p. 34).

Diante disto, qualquer pessoa física ou jurídica particular que venha a exercer qualquer tipo de atividade em função da coisa pública poderá ser sujeito ativo do ato de improbidade administrativa à medida que se comprova o elemento subjetivo do dolo ou da culpa. A exemplo disto pode ser citado:

Com efeito, no caso, por exemplo, de um superfaturamento de preços em processo de compra da Administração Pública, embora não se deva ignorar a responsabilidade da pessoa física ou das pessoas físicas representantes da pessoa jurídica, do ponto de vista do direito quem induz, concorre ou se beneficia – enfim, quem comete o ato de improbidade – é a empresa fornecedora e vencedora do processo de licitação. Sem se esquecer das pessoas físicas, as pessoas jurídicas também devem ser punidas, especialmente por meio das sanções civis anteriormente analisadas, absolutamente compatíveis com elas. (BERTONCINI, 2007, p. 258).

Mas para a qualificação do particular como agente ativo ímprobo não exige que existam benefícios ou vantagens a este, bastando sua mera concorrência nos termos do art. 3º. (DI PIETRO, 2006, p. 782). Não obstante, a caracterização do



elemento subjetivo não exige somente a contribuição material, mas também por meio da moral, como bem elucida:

A outra modalidade que pode enquadrar a conduta do terceiro particular é a contribuição material para o ato de improbidade, valendo-se de um comportamento positivo ou negativo para a consumação do fato. Com efeito, a conduta contributiva de terceiro pela via moral ou materialmente para o ato de improbidade do agente público adquire tipicidade pela regra deste dispositivo legal, que ordena penalizar quem concorre ou colabora, de qualquer modo, para a sua realização. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 23-24).

Da mesma forma, então, que são aplicadas as penalidades ao agente público, o agente particular ou terceiro também poderá ser objeto delas, na medida da existência e proporção do elemento subjetivo do dolo ou culpa no tipo acusado. Mas conforme entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça em pesquisa utilizando como palavras-chaves “improbidade administrativa terceiro particular sanções” durante o período de 01/01/2010 até 06/05/2011, o agente particular não é polo passivo obrigatório, podendo, então existir ação de improbidade administrativa em face do agente público mas não necessariamente do particular, no entanto não poderá haver ação de improbidade administrativa de encontro ao particular sem que haja o litisconsorte do agente público, conforme abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. DANO AO ERÁRIO. EMPRESA BENEFICIADA. AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO.

[...]

5. Nas Ações de Improbidade, inexistente litisconsórcio necessário entre o agente público e os terceiros beneficiados com o ato ímprobo, por não estarem presentes nenhuma das hipóteses previstas no art. 47 do CPC (disposição legal ou relação jurídica unitária). Precedentes do STJ. 6. É certo que os terceiros que participem ou se beneficiem de improbidade administrativa estão sujeitos aos ditames da Lei 8.429/1992, nos termos do seu art. 3º, porém não há imposição legal de formação de litisconsórcio passivo necessário. 7. A conduta dos agentes públicos, que constitui o foco da LIA, pauta-se especificamente pelos seus deveres funcionais e independe da responsabilização da empresa que se beneficiou com a improbidade. 8. Convém registrar que a recíproca não é verdadeira, tendo em vista que os particulares não podem ser responsabilizados com base na LIA sem que figure no polo passivo um agente público responsável pelo ato questionado, o que não impede, contudo, o eventual ajuizamento de Ação Civil Pública comum para obter o ressarcimento do Erário. Precedente do STJ. 9. Na hipótese, o Juízo de 1º grau condenou os agentes públicos responsáveis pelas irregularidades e também o particular que representava as empresas beneficiadas com pagamentos indevidos, mostrando-se equivocada a anulação da sentença por ausência de inclusão, no polo passivo, da pessoa jurídica beneficiada. 10. Recurso Especial provido. (BRASIL, 2011-T).

Assim, na medida em que as sanções do art. 12º são aplicadas ao agente público, ao agente particular é dado mesmo tratamento, podendo ter os direitos políticos suspensos, perda da função pública – neste caso cassando todo e qualquer contrato com a administração pública – cassação dos direitos políticos, além de multa, proibição de contratação com a administração pública, perda dos bens ou valores acrescidos ao patrimônio e ressarcimento integral do dano. Essas medidas então não foram eleitas pela constituição e arraigadas e acrescentadas outras na lei de improbidade senão para dar maior segurança à coisa pública contra qualquer ato que a atente.

Ante as argumentações, nítida é a responsabilidade do agente particular no ato de improbidade administrativa, sendo que a própria lei o qualifica como se agente público fosse quando concorrer, induzir ou se beneficiar do ato. Em mesmo ponto, diferente da administração pública que é detentora da presunção de legalidade dos atos, o particular, como agente ativo do ato de improbidade, demandará maior carga probatória tanto para defesa quanto para comprovação da existência do elemento subjetivo, ponto essencial para a condenação do agente nas sanções administrativas e cíveis da lei de improbidade administrativa. No entanto, mesmo podendo ser enquadrado como ímprobo, não poderá figurar isoladamente como polo passivo em ação que busque a declaração da improbidade, sendo necessário que a ele acompanhe o agente público que tenha ligação ao ato, pois inexiste ato de improbidade administrativa isoladamente feito pelo particular, pois necessário é o contato com a administração pública, mesmo quando fiscalizadora e detentora do poder de polícia que poderia impedir qualquer prejuízo ao patrimônio público.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Carta Maior de 1988 inovou, conforme capítulo segundo no direito trazendo diversos regramentos com intuito de proteger a administração pública de seus administradores, revolucionando com relação à citação dos princípios que regerão o direito administrativo. Dentre os princípios arraigados no Texto Maior, o princípio da moralidade administrativa é o prumo das garantias, sendo pedra-base nas ações da gestão pública através de seu agente.

Quanto ao conceito de agente público, extraiu-se que este é o responsável pelo funcionamento da coisa pública, sendo que para o exercício da sua função somente lhe é possível fazer o que a lei lhe permite, diversamente do particular que pode realizar ações que a lei não regule.

O início da nação brasileira, estudado no capítulo terceiro assentado com a declaração da independência, teve, já na primeira Carta Maior, indícios de regulamentação e proteção das coisas públicas; nas vindouras Constituições foi aprimorada a defesa da administração pública, atribuindo-se novas armas de punição e regulando novas qualificações de meios de se aviltar a *res publica*. Tudo isso colaborou para que, na Constituinte de 1988, viesse a ser criado texto que deu guarida à criação da Lei nº 8.429/92, adequando o processamento da improbidade administrativa.

Este procedimento veio dar ampla definição dos agentes que poderão ser processados por improbidade, onde o agente público e o particular figuram como possíveis agentes ativos do ato ímprobo. Posteriormente, os arts. 9º, 10º e 11º, constituem os tipos da lei e improbidade administrativa, onde, genericamente no art. 5º, a lei traz que o ato ímprobo poderá ocorrer por ação ou omissão dolosa e culposa. Somente o art. 10º possui expressamente o elemento subjetivo do dolo e culpa, sendo que os outros dois artigos não os especificam.

Então, no estudo do capítulo quarto diversamente do que se preconiza no direito penal, o direito administrativo e, em especial, a lei em estudo, não é subsidiado pelo código penal, então inexistindo a possibilidade de se utilizar o argumento de que a culpa deve ser expressa. Ao início do novo século, a jurisprudência catarinense não se preocupava em especificar a incidência dos elementos subjetivos nos artigos 9º e 11º. Já a doutrina mantinha divergência na

possibilidade da existência dos elementos subjetivos nos referidos artigos. No entanto, após grande divergência nos processos judiciais, o Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento de que, nos casos dos arts. 9º e 11º, há somente a incidência do elemento subjetivo dolo. Contudo, mesmo existindo grande parte doutrinária que tenha adotado o mesmo posicionamento, ainda há pesquisador que defenda a incidência do elemento subjetivo da culpa em alguns incisos do art. 11º, como também no art. 9º.

Por conseguinte, a análise do elemento subjetivo é fator importante para a incidência do tipo, bem como para classificação do particular no ato ímprobo, para o que é necessário que este seja acompanhado do agente público, conforme entendido pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo necessária a comprovação do nexo causal para sua colocação como agente ativo do ato ímprobo.

## REFERÊNCIAS

BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela lei de improbidade**. Curitiba: Juruá, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito Administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BERTONCINI, Mateus. **Ato de improbidade administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Lei e improbidade administrativa aplicada e comentada**. Curitiba: Juruá, 2005.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 maio. 2011-A.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.240, de 8 de maio de 1941**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 maio. 2011-B.

\_\_\_\_\_. **Constituição política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 maio. 2011-C.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 maio. 2011-D.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 maio. 2011-E.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 maio. 2011-F.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 maio. 2011-G.

\_\_\_\_\_. **Ato institucional nº 2.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 maio. 2011-H.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 maio. 2011-I.

\_\_\_\_\_. **Ato institucional nº 8, de 2 de abril de 1969.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 maio. 2011-J.

\_\_\_\_\_. **Ato institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 maio. 2011-K.

\_\_\_\_\_. **Emenda constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 maio. 2011-L.

\_\_\_\_\_. **Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 maio. 2011-M.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 maio. 2011-N.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina.** ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE INSTITUCIONAL - REFERÊNCIA PESSOAL AO AGENTE POLÍTICO - IMPOSSIBILIDADE - CF, ART. 37, § 1º. Apelação Cível nº 2010.061133-0. Wilson Domingos Maggioni e Ministério Público de Santa Catarina. Relator Desembargador Luiz César Medeiros. Acórdão, DJe, 05 maio. 2011-O.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça.** PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO SOCIAL E DO INTERESSE PÚBLICO. ATOS DE IMPROBIDADE. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI 8.429/92. IMPRESCINDIBILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO. ART. 10 DA LIA. CULPA OU DOLO. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO. AFASTAMENTO DA

CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. Agravo regimental no agravo de instrumento 1339336/MG. Ministério Público Federal e Francisco Carlos Chico Ferramenta Delfino. Relator: Teori Albino Zavaski. Acórdão, DJe, 12 maio. 2011-P.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 maio. 2011-Q.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CF, ARTS. 127 E 129, III - LEI 7.347/85, ARTS. 1º, IV; 3º, II, E 13º - LEI 8.429/92, ART. 17º - LEI 8.625/93, ARTS. 25º E 26º - CONTRATO TEMPORÁRIO - AUTORIZAÇÃO EM LEI - PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO - ATO DE IMPROBIDADE - NÃO CARACTERIZAÇÃO.** Apelação Cível nº 2004.003841-0. Ministério Público Estadual, José Olandir Delara Borges, Mauri Edgar Grein, Márcia Saskoski, Maria Janete Schmingoski, Maria Jossélia Zanguelini, Marileia do Roccio Prestes Gonçalves, Marlene Adada, Noeli Cristina da Silva e Paulina Ferentz Antunes. Relator Desembargador Luiz César Medeiros. Acórdão, DJe, 08 jun. 2004.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DECRETO MUNICIPAL EXPROPRIATÓRIO - TERMO DE COMPENSAÇÃO E QUITAÇÃO DO IPTU MEDIANTE A ENTREGA DE TERRAS OCUPADAS POR POSSEIROS - EXERCÍCIO RELATIVO A 1994, 1995 e 1996 - AUSÊNCIA DE PRÉVIA AVALIAÇÃO - MEDIDA LIMINAR OBSTANDO A CONCRETIZAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO - ACÓRDÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.001180-1, DA COMARCA DE LAGUNA - AUSÊNCIA DE PROVEITO MATERIAL DOS DETENTORES DO IMÓVEL - PLEITO PARCIALMENTE PROCEDENTE.** Recurso de apelação nº 2004.016844-6. Ministério Público Estadual, Espólio de Santos Guglielmi Representado por seu inventariante, Hilda Fontanella Guglielmi Representado pelo curador, Balneário Laguna Ltda, Termas Santo Anjo da Guarda Ltda, Hospital São João Batista Ltda, Fazenda Ponta da Ilha S/A, Fazenda Santos Guglielmi Ltda, Santos Guglielmi e Cia Ltda, Pecuaria da Ilha Ltda, Fazenda Barbacena Ltda, Carbonífera Metropolitana S/A, Mariza Aguiar Cook, Nazil Bento Junior, Nazil Bento e Município de Laguna. Relator Desembargador Francisco Oliveira Filho, Acórdão, DJe, 28 nov. 2005.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina.** Recurso de Apelação nº 2010.048258-8. Ministério Público Estadual, Denílson Duarte Lana e Assessorlegis Ltda. Relator Desembargador Pedro Manoel Abreu. Acórdão, DJe, 08 fev. 2011-R.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE INÉPCIA DA INICIAL E CERCEAMENTO DE DEFESA. SUPOSTA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO E**

PRÁTICA DE ATO VISANDO FIM PROIBIDO EM LEI (ART. 11, INC. I, DA LEI 8.429/92). AUSÊNCIA DE DOLO. NECESSIDADE DE SUA DEMONSTRAÇÃO QUANDO SE TRATA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. Recurso de apelação nº 2007.055510-4. Ministério Público Estadual e Celso Maldaner. Relator Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Acórdão, DJe, 26 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça.** AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO NÃO DEVIDAMENTE DEMONSTRADO. INEXISTÊNCIA DE DOLO APTO A CARACTERIZAR A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Acórdão nº 1.065.588 – SP. Paulo Gomes Machado, Cavo Serviços e Meio Ambiente S/A, Ministério Público do Estado de São Paulo, Alfredo Mário Savelli, Carlos Alberto Venturelli, Município de São Paulo. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. Acórdão, DJe, 21 fev. 2011-S.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça.** PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. DANO AO ERÁRIO. EMPRESA BENEFICIADA. AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. Recurso Especial nº 896.044 – PA. Ministério Público Federal, Roberto Jorge Maia Jacob, Noélia Maria Maués Dias Nascimento, Carlos Gean Ferreira de Queiroga. Relator Ministro Herman Benjamin. Acórdão, DJe, 19 abr. 2011-T.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição brasileira anotada.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALIXTO, Rubens Alexandre Elias. **Ação por improbidade administrativa:** críticas e proposições. 2010. 276 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

CARLIN, Volnei Ivo. **Manual de direito administrativo.** 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

CASTRO, Araújo. **A constituição de 1937.** Brasília: Senado Federal, 2003.

CRETELLA JUNIOR. **Curso de direito administrativo.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

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



FIGUEIREDO, Isabela Giglio. **Improbidade administrativa: dolo e culpa**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2008.

GASPARINI, Diogines. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. v. 1.

JUSTIN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEAL, João José. **Direito penal geral**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007-A.

\_\_\_\_\_. Alexandre. **Constituição brasileira interpretada**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007-B.

\_\_\_\_\_. Alexandre. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos**. Boletim de direito administrativo, São Paulo, v. 1, n. 3, 241-263, mar. 2004.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010-B.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Comentários à constituição brasileira de 1891**. Brasília: Senado Federal, 2005.

SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Atlas, 2010.