



IPTAN- INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRESIDENTE TANCREDO NEVES.

LÍVIA GOMES DE SOUZA

A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA MODALIDADE CULPOSA

SÃO JOÃO DEL-REI

2014

LÍVIA GOMES DE SOUZA

A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA MODALIDADE CULPOSA

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves - IPTAN - como requisito parcial à obtenção do título de Graduado, sob a orientação da Prof. Esp. Raquel Maria Vieira Braga

SÃO JOÃO DEL-REI

2014

LÍVIA GOMES DE SOUZA

A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA MODALIDADE CULPOSA

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves - IPTAN - como requisito parcial à obtenção do título de Graduada em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Esp. Raquel Maria Vieira Braga (Orientadora)

Profa. Esp. Elke Mara Resende Netto Armando

Profa. Esp. Karina Cordeiro Teixeira

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, a Santo Expedito e à minha família pelo carinho e amor.

À minha orientadora Raquel pela paciência, dedicação e apoio para o desenvolvimento do presente trabalho.

À minha professora Carla pela ajuda e disponibilidade de sempre.

RESUMO

O tema em questão tem grandes questionamentos entre doutrinadores, e na jurisprudência. A Improbidade Administrativa na modalidade culposa é algo que exige uma interpretação minuciosa para que possa ser questionada. Esta monografia tem o intuito de apresentar a controvérsia de tal questão e filiar-se à corrente que defende ser imprescindível o dolo para a caracterização da conduta ímproba. O início do trabalho abrange alguns princípios que são essenciais para o restante do estudo, possibilitando uma boa interpretação dos demais temas e dando base ao que será questionado. Destacam-se no decorrer da monografia os institutos constantes da Lei nº 8.429/92, apresentando os sujeitos, os atos que ensejam a improbidade administrativa, bem como as sanções aplicadas a tal conduta. Serão apresentados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema mencionado, questionando a aplicabilidade da lei o agente que age de forma imperita, negligente ou imprudente, sem o dolo de praticar um ato ímprobo, já que a Lei nº 8.429/92 foi criada para punir o gestor desonesto ou corrupto, que não observa a moralidade em seus atos.

Palavras-chave: improbidade administrativa; culpa; Lei nº 8.429/92; probidade; direito administrativo.

LISTA DE ABREVIACÕES

Art.	Artigo
CF/88	Constituio da República Federativa do Brasil
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, MORALIDADE E PROBIDADE ADMINISTRATIVA	9
1.1 Princípio da Legalidade	10
1.2 Princípio da Moralidade Administrativa	12
1.3 Princípio da Probidade Administrativa.....	13
2. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	17
2.1 O surgimento da Lei 8.429/92	17
2.2 Sujeito passivo	18
2.3 Sujeito Ativo	19
2.4 Atos de Improbidade Administrativa	20
2.4.1 Atos que causam enriquecimento ilícito.....	21
2.4.2 Atos que causam prejuízo ao erário	23
2.4.3 Atos que atentam contra os Princípios da Administração Pública.....	25
2.3 Sanções	26
3 A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA MODALIDADE CULPOSA	28
3.1 Elemento Subjetivo: dolo e culpa	29
3.2 Da inconstitucionalidade da expressão culposa no ato administrativo	30
3.3 Entendimentos Doutrinários e Jurisprudenciais	32
CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
REFERÊNCIAS.....	38

INTRODUÇÃO

O tema “Improbidade Administrativa” apareceu no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição da República de 1988, mais precisamente em seu artigo 37.

Com o objetivo de regulamentar a matéria improbidade, em 02 de junho de 1992 foi editada a Lei nº 8.429. Referida lei prevê três modalidades a que os atos administrativos são classificados e que a lei visa inibir, a saber: atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); atos que causam lesão ao erário (art. 10); e atos que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

Falar em improbidade administrativa exige defini-la e, para tanto, podemos dizer que, improbidade administrativa é a violação à probidade administrativa, é a violação aos princípios da administração pública, a moralidade administrativa e os deveres éticos da probidade, como a boa-fé, a lealdade, entre outros.

Nesse sentido, para iniciar qualquer estudo a respeito de improbidade administrativa, é fundamental abordar os preceitos constitucionais, uma vez que o advento da constituição inovou o tratamento dado à Administração Pública, estabelecendo uma série de princípios orientadores de sua atividade, especialmente em seu artigo 37, mencionando, expressamente, a observância aos princípios da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência

Dentre os princípios norteadores, destaca-se o princípio da moralidade administrativa, pois ele nos revela a preocupação do legislador constituinte com a probidade, com a ética e, principalmente, com a honestidade na gestão da coisa pública, tamanha a importância deste princípio como norteador na condução de atos administrativos.

Foi neste contexto normativo e de necessidade pública e social, que a Lei nº 8.429/92, conhecida popularmente por Lei de Improbidade Administrativa, foi editada, com o objetivo de proporcionar efetividade e proteção aos dispositivos constitucionais mencionados anteriormente e que serão melhores explorados no decorrer deste trabalho.

A vigência da Lei nº 8.429/92, destinou ao tema “improbidade administrativa” uma atenção especial em nosso ordenamento jurídico, pois buscou intensificar a proteção ao patrimônio público e a atuação da Administração Pública em consonância com seus princípios norteadores.

Ante as implicabilidades nos termos de responsabilização dos desonestos e corruptos que causaram ou causam prejuízos ao interesse público e aos cofres do Estado, faz-se necessário dar ao tema a correta dimensão, evitando-se que aquilo que deveria ser reservado aos casos sérios, seja banalizado a ponto de se reconhecer a improbidade em todas as situações de ilegalidade, desconsiderando a intenção dolosa do agente.

As punições previstas na referida lei serão aplicadas aos agentes públicos que cometerem as condutas mencionadas anteriormente, após análise do elo psicológico (elemento subjetivo) entre a vontade do agente e o ato praticado. Sendo assim, este liame deverá ser eivado de dolo, sendo inadmissível o aceite da conduta culposa para configuração do ato de Improbidade Administrativa.

Com o objetivo de analisar a imprescindibilidade do elemento subjetivo dolo para a caracterização dos atos de improbidade administrativa, por meio de um estudo jurídico-metodológico, este trabalho se subdividirá em três capítulos.

No primeiro capítulo, faz-se a abordagem sobre os três princípios norteadores da Administração Pública, quais sejam: da legalidade, da moralidade e da probidade administrativa. Neste momento será estabelecida uma análise conceitual acerca de cada um deles trazendo, ainda, um comparativo entre a moralidade e a probidade administrativa.

No segundo capítulo, trataremos especificamente da Lei nº 8.429/92, identificando os sujeitos passivo e ativo que se enquadram nessa lei, bem como explanando sobre os atos que deverão ser praticados pelos agentes públicos para caracterização da improbidade administrativa, e, por fim, identificaremos as sanções cominadas a tais atos quando praticados.

É no terceiro capítulo que será apresentando o estudo sobre a improbidade administrativa na modalidade culposa, que é o tema deste trabalho. Serão qualificados os elementos subjetivos, dolo e culpa, apontando a inadmissibilidade do aceite da conduta culposa para configuração do ato de Improbidade Administrativa (responsabilidade objetiva), apontando, para tanto, os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema mencionado.

1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, MORALIDADE E PROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Administração pública é regida por regras e princípios, considerando-se esses como a base fundamental do sistema normativo, tendo em vista a sua natureza de normas jurídicas primárias ou, como também se considerar, regras jurídicas superiores, uma vez que as demais normas (constitucionais e infraconstitucionais) são por eles constituídas.

Edis Milaré (2004, p. 136), com brilhantismo, nos ensina que:

A palavra *princípio*, em sua raiz latina última significa ‘aquilo que se torna primeiro’ (*primum capere*), designando início, começo, ponto de partida. Princípios de uma ciência, segundo José Cretella Júnior, ‘são as proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes’. Correspondem, *mutatis mutandis*, aos axiomas, teoremas e leis em outras determinadas ciências.

Por tal razão, imprescindível se faz abordar a cerda dos três princípios norteadores da Administração Pública, quais sejam: Princípio da Legalidade, da Moralidade e o da Probidade Administrativa.

A Constituição da República de 1988 apresenta um capítulo próprio para tratar da Administração Pública e, é neste capítulo, que o legislador constituinte estabeleceu os princípios que regem a Administração Pública. Existem os princípios implícitos e os explícitos. Os implícitos são aqueles decorrentes da lógica dos dispositivos constitucionais e construções doutrinárias, que fazem referência à Administração Pública em geral, já os explícitos, por sua vez, são aqueles que se encontram expressamente mencionados no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, *inverbis*:

Art. 37. A Administração Pública Direta e Indireta de quaisquer poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência**. (Grifos nossos).

Os princípios administrativos são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. De acordo com Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2011, p.183):

Os princípios são as idéias centrais de um sistema, estabelecendo suas diretrizes e conferindo a ele um sentido lógico, harmonioso e racional, o que possibilita uma adequada compreensão de sua estrutura. Os princípios determinam o alcance e o sentido das regras de um dado subsistema do ordenamento jurídico, balizando a interpretação e a própria produção normativa.

Deve-se notar que os princípios presentes na Constituição Federal são de observância obrigatória para todos os agentes que estiverem no exercício da função administrativa e para todos os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), tanto na Administração Direta quanto na Indireta.

1.1 Princípio da Legalidade

Este princípio é de grande importância e relevância na Administração Pública. Historicamente no Brasil todas as Constituições, exceto a carta de 1937, adotaram o Princípio da Legalidade. Atualmente, na Constituição Federal de 1988, este princípio vem consagrado no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, dispondo que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Neste sentido, o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe.

No que tange a Administração Pública, o Princípio da Legalidade é consagrado no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, o qual deve ser entendido de forma mais restrita, tendo em vista que, contrapondo ao particular, na Administração Pública o agente só pode agir da forma que a lei determina.

O Princípio da Legalidade tem por finalidade reger a proteção individual no Estado Democrático de Direito e deve ser observado em todos os atos praticados por seus agentes, onde qualquer ato administrativo só será válido se prescritos em lei, o que, por si só já revela a importância deste princípio para a Administração Pública. Moraes (2006, p.36), em relação a este princípio, diz:

Tal princípio visa combater o poder arbitrário do estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de ativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois é expressão de vontade geral.

Em contrapartida, nas relações particulares, prevalece a autonomia da vontade, já que tudo o que não se encontra prescrito ou defeso em lei pode ser praticado. Segundo os ensinamentos de Alexandrino e Vicente Paulo (2011, p.189):

Deveras, para os particulares a regra é a autonomia da vontade, ao passo que a Administração Pública não tem vontade autônoma, estando adstrita à lei, a qual expressa a "vontade gera", manifestada pelos representantes do povo, único titular originário da "coisa pública".

Levando em consideração a Administração Pública, a única vontade que se pode cogitar é aquela que se deriva da lei. Sendo assim ela não poderá atuar contra ou além da lei, somente poderá agir segundo a lei. Ressaltando a importância de se respeitar o aludido princípio, Mattos (2010, p.115) diz que:

Portanto, na atividade administrativa, o respeito à legalidade surge como necessidade intransponível, haja vista que é manifestada pelo exercício de uma função, que tem por finalidade administrar interesses alheios, em busca de entendimento de certas finalidades.

O Princípio da Legalidade se contrapõe a qualquer aptidão de abuso personalista dos administradores, pois vai de encontro contra todas as formas de poder autoritário. Este princípio pode ser considerado como a solução contra qualquer poder monocrático, pois tem como base a idéia de soberania popular, que é a vontade das pessoas, que são a fonte de todo o poder político.

Segundo os ensinamentos de Carvalho Filho (2009, p. 22):

Por isso é que administrar é subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver com o disposto na lei.

Diante este contexto, não há dúvidas de que o Princípio da Legalidade é mais do que mera aplicação de leis, se trata da referência a uma norma que o administrador público deve seguir, haja vista que existem valores principiológicos inseridos nela, e que a sociedade exige ações que sejam justas, não apenas formalmente corretas.

1.2 Princípio da Moralidade Administrativa

Dentre os princípios da Administração Pública destaca-se também o Princípio da Moralidade Administrativa. Este princípio se encontra no artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal, e orienta diretamente a atuação do administrador público, sujeito este a observância de padrões éticos nos atos tomados, sempre com honestidade, boa-fé e lealdade.

É através do Princípio da Moralidade Administrativa que, tanto os agentes da Administração Pública, como os particulares que se relacionam com ela, deverão realizar seus atos, analisando não somente a lei no seu sentido literal, conforme reza o Princípio da Legalidade, mas avaliando também a ética de tais condutas.

Neste sentido, Carvalho Filho (2011, p.23) diz que deve não só averiguar os critérios de convivência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. E ainda complementa dizendo:

O princípio da moralidade está indissociavelmente ligado à noção do bom administrador, que não somente deve ser conhecedor da lei como dos princípios éticos regentes da função administrativa. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 24).

Os conceitos de lealdade e boa-fé estão englobados na moralidade, não se admitindo qualquer ato dos administradores dirigido aos administrados, que seja contaminado de esperteza, malícia e má-fé. Assim como esclarece Mello (2006, p. 115):

[...] Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direito por parte dos cidadãos.

É relevante mencionar que não podemos confundir o Princípio da Moralidade Administrativa com o Princípio da Moralidade Comum, o qual visa estudar a distinção entre o certo e o errado. A Moralidade Administrativa, a seu modo, está ligada a definir o que seria o bom administrador. Conforme nos ensina Marinela (2011, p. 39):

[...] A primeira é composta não só por correção de atitudes, mas também por regras de boa administração, pela idéia de função administrativa, interesse do povo, de bem comum.

É através do Princípio da Moralidade Administrativa que se foi e é possível buscar os valores incontestáveis e éticos do direito, com objetivo de evitar atos imorais e abusivos por parte dos Administradores Públicos que, se não forem orientados, acabam causando prejuízo à sociedade e ao erário público.

1.3 Princípio da Probidade Administrativa

O Princípio da Probidade Administrativa, estabelece que o agente público deve agir com retidão no trato da coisa pública, com uma conduta de boa qualidade e com integridade. Este princípio está em consonância com o Princípio da Moralidade Administrativa, conforme Kick (2014):

É o dever de todo o administrador público o dever de honestidade e fidelidade com o Estado, com a população, no desempenho de suas funções. Possui contornos mais definidos do que a moralidade. Digenes Gasparini alerta que alguns autores tratam vêem como distintos os princípios da moralidade e da probidade administrativa, mas não há características que permitam tratar os mesmos como procedimentos distintos, sendo no máximo possível afirmar que a probidade administrativa é um aspecto particular da moralidade administrativa.

Nas palavras de Mazzili (2011, p.198), a probidade está intimamente ligada à moralidade, o que significa que não basta o compromisso com a legalidade, sendo também exigida daqueles que lidam com o interesse público a necessária preocupação com o honesto, com o ético, com a honradez e com uma boa gestão.

A Lei nº. 8.429/92, da Improbidade Administrativa, trás em seu conteúdo as condutas que caracterizam o ato de Improbidade Administrativa, são elas: condutas que importem no enriquecimento ilícito, e/ou ofendam aos Princípios da Administração Pública, e/ou lesionem o erário.

A probidade administrativa deve ser caracterizada por uma boa administração, regada à ética e que não ofenda aos princípios da Administração Pública, bem como não resulte no enriquecimento ilícito e que também não lesione o erário. Estes conceitos serão analisados no segundo capítulo do presente trabalho.

Pode-se considerar que o Princípio da Probidade Administrativa tem um caráter orientador, pois deve estar sempre presente quando o administrador for servir a administração pública, de forma que ele sempre opte pelas melhores condições.

Devido à correlata ligação entre o Princípio da Probidade Administrativa com o Princípio da Moralidade, é interessante neste momento citarmos alguns dos dispositivos que tratam da moralidade e da probidade.

A Constituição Federal em seu artigo 37 dispõe que a Administração Pública de qualquer dos poderes deverá obedecer, entre outros, o Princípio da Moralidade. Tal princípio é tratado na constituição em diversos dos seus dispositivos.

Como primeiro exemplo, deve-se reiterar o disposto no artigo 37, § 4º da Constituição Federal, segundo o qual os atos de improbidade administrativa acarretam ao agente público 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. O conteúdo deste dispositivo constitucional será estudado mais a frente, no segundo capítulo deste trabalho.

O artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal, discorre acerca da Ação Popular para anulação de ato lesivo ao patrimônio público por infringência à moralidade administrativa, sendo cabível a qualquer cidadão impetrar Ação Popular para ser garantida a moralidade.

O artigo 85, V da Constituição Federal, por sua vez, estabelece que são crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentem contra a Constituição, especialmente, entre outros, os que afrontem a probidade administrativa.

Percebemos, portanto, que os princípios da Moralidade e Probidade estão intrinsecamente relacionados. Contudo, a Constituição realiza os dois vocábulos, o que levou a doutrina a tecer distinções entre tais princípios.

Essa diferenciação é bastante complexa, já que os conceitos são muito similares e ambos são ligados à ética na Administração Pública. Porém, a Constituição Federal faz essa distinção utilizando as duas expressões, o que deixa claro que há uma diferenciação entre ambos.

Freitas Carlos entende por moralidade, a congregação de costumes, deveres e modo de proceder dos homens para com os seus semelhantes, o corpo de preceitos e regras para dirigir as ações humanas segundo a justiça e a equidade natural. A probidade, por sua vez, consiste em honradez, integridade de caráter, honestidade, pundonor.

Marcelo Figueiredo analisa a probidade como espécie do gênero da moralidade administrativa. No seu entendimento, “o núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade administrativa, verdadeiro norte à administração em todas as suas manifestações”, tornando-se “o corolário do princípio da moralidade administrativa” (FIGUEIREDO, 1995, p. 21-22 *apud* CIELO)

Para Di Pietro (2001, p. 230), os dois princípios significam praticamente a mesma coisa. No entanto, a autora complementa que:

Quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais.

Na lei de improbidade administrativa, a lesão à moralidade administrativa é apenas um das inúmeras hipóteses de atos de improbidade previstos em lei.

Noletto de Sousa (2010), diz que:

O princípio da moralidade administrativa é de alcance maior, é conceito mais genérico, a determinar, a todos os ‘poderes’ e funções do Estado, atuação conforme o padrão jurídico da moral, da boa-fé, da lealdade, da honestidade. Já a probidade, que alhures denominamos ‘moralidade administrativa qualificada’, volta-se a particular aspecto da moralidade administrativa. Parece-nos que a probidade está exclusivamente vinculada ao aspecto da conduta (do ilícito) do administrador. Assim, em termos gerais, diríamos que viola a probidade o agente público que em suas ordinárias tarefas e deveres (em seu agir) atrita os denominados ‘tipos’ legais. (FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade Administrativa. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 22.)

Percebe-se, portanto, que a probidade é espécie do gênero “moralidade administrativa”, o qual é mencionado no art. 37 da Constituição Federal.

Destarte, improbidade administrativa pode ser definida como espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, mediante a qual este se enriquece ilicitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário.

Dessa forma, a distinção entre imoralidade administrativa e improbidade administrativa se dá em virtude da conduta do agente.

Com todo o exposto, podemos concluir que a Moralidade e a Probidade estão interligadas, sendo que quando se fala em moralidade administrativa denota-se o caráter principiológico e diz respeito a critérios de honestidade, lealdade e boa-fé. Já a probidade leva em conta o caráter comportamental do agente público, ou seja, corresponde ao conjunto de regras que o guiam, a concretização das finalidades previstas pela moralidade.

No segundo capítulo do presente trabalho, estudaremos de forma específica, a Lei nº 8.429/92, que trata sobre a Improbidade Administrativa, e é por meio desta que os princípios da Administração Pública são efetivamente positivados e protegidos em nosso ordenamento jurídico, dentre os quais podemos citar especialmente os princípios que foram estudados acima.

2. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Neste capítulo, trataremos especificamente da Lei nº 8.429/92, identificando os sujeitos passivo e ativo que se enquadram nessa lei, bem como explanando sobre os atos que deverão ser praticados pelos agentes públicos para caracterização da improbidade administrativa, e, por fim, identificaremos as sanções cominadas a tais atos quando praticados.

2.1 O surgimento da Lei 8.429/92

A corrupção no Brasil é fato público e notório e vem sendo praticada há muito tempo em nosso país. Com o interesse e objetivo de bani-la, a Constituição de 1988 prevê em seu art. 37, § 4º, o chamado "ato de improbidade administrativa", que veio a ser regulado pela Lei nº 8.429/92. Referida lei foi sancionada ironicamente pelo Ex-Presidente Fernando Collor de Mello que sofreu impeachment por diversas denúncias de irregularidades, que, na época surgiram na imprensa. O povo foi para as ruas, com o movimento dos Caras-pintadas, uma das razões pelo qual foi aberto o processo de impeachment na Câmara dos Deputados.

O Ex-Presidente renunciou ao cargo antes de ser condenado, razão pela qual a Presidência foi assumida pelo então vice-presidente, Itamar Franco.

Como dito, a Lei nº 8.429/92 encontra amparo constitucional, havendo referência expressa nos artigos 37 § 4º e 14 § 9º, *in verbis*:

Artigo 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, 1988).

Artigo 14 § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (BRASIL, 1988).

Essa lei, conhecida como "Lei de Improbidade Administrativa" ou do "Colarinho Branco" foi editada com o objetivo de se efetivar a punição do agente público corrupto e desonesto, que atua ou se omite com vontade de lesar o erário, de violar os Princípios da Administração Pública, ou com intuito de se enriquecer ilicitamente.

2.2 Sujeito passivo

O artigo 1º da Lei nº 8.429/92 enumera os sujeitos passivos principais, podendo ser divididos em quatro grupos, quais sejam: 1º grupo: Pessoas da administração pública são as entidades componentes da federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios; 2º grupo: Pessoas da administração pública indireta: autarquias, fundações governamentais, empresas públicas e sociedades de economia mista; 3º grupo: Pessoa para cuja criação ou custeio o erário haja contribuído ou contribua com mais de 50% do patrimônio da Receita anual; 4º grupo: As empresas incorporadas ao patrimônio público.

Considera-se sujeito passivo toda a pessoa jurídica que a lei confere o status de vítima do ato ímprobo. Por outro lado, numa visão mais social da probidade, Bertoncini (2007, p 255) no ensina que o Estado brasileiro somos nós todos, e, portanto, quando ele é atingido em seus fundamentos não é a pessoa jurídica Estado que é vilipendiada, mas cada brasileiro que, conscientemente ou não, integra essa coletividade.

Grandes filósofos discutem acerca da corrupção e a punição para esses agentes que cometem os atos de improbidade. Platão salienta que "A punição e o afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretendem fixar uma regra proibitiva, de que os servidores públicos não se deixem induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado" (PLATÃO, 1994, p.117; *apud* MORAES, 2006, p.335).

No parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8.429/92, são incluídas outras entidades que não compõem a Administração Pública, direta ou indireta, nem podem ser enquadradas como entidades públicas de qualquer natureza. São entidades privadas que cometem atos de improbidade contra o patrimônio de entidade que receba subvenções, incentivos fiscais ou creditícios, ou mesmo contribuição para custeio ou criação. Podem ser incluídas nessa modalidade as entidades do tipo

serviços sociais autônomas e qualquer outra entidade criada ou mantida com recursos públicos. Nestes casos o dispositivo limita a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Segundo Bertoncini (2007, p. 257) também há responsabilidade das pessoas físicas e jurídicas responsáveis por inadimplir o dever de agir com ética e boa-fé, pois se deve levar em conta o art. 70, parágrafo único da Constituição, que estabelece, *in verbis*:

Art. 70. Parágrafo Único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie e administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (BRASIL, 1988).

Os sujeitos e pessoas elencados acima podem ser considerados como agentes passivos da improbidade administrativa, por serem diretamente atingidas por tais atos. Os sujeitos passivos podem ajuizar ação de improbidade administrativa.

2.3 Sujeito Ativo

A Lei nº 8.429/92 estabelece em seu art. 2º que os atos de improbidade poderão ser praticados somente por agentes públicos, servidor ou não, com ou sem o auxílio de terceiros:

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, 1992).

Como se pode perceber, o agente público é o sujeito ativo nos atos de improbidade administrativa e os elementos que compõem o art. 2º da Lei nº 8.429/92 conferem grande amplitude conceitual à expressão.

Segundo Mattos (2010, p. 38), agente público é toda pessoa que exerce, permanente ou transitoriamente, com ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função pública.

Alexandrino e Vicente Paulo (2011, p. 896) complementam: "[...] A pessoa que não se enquadre como agente público e pratique algum ato que prejudique o Poder Público poderá sem dúvida ser punida, com base nas leis penais ou na legislação civil, mas não com fundamento na Lei 8429/92".

A Lei de Improbidade Administrativa, no art. 2º passou por uma ampliação conceitual à expressão de agente público. De acordo com os ensinamentos de Mattos (2010, p. 38) com o objetivo de que seja coibida a violação de certas normas técnicas de conduta, para todas as pessoas que sejam investidas na função pública com vínculo ou não.

Quanto aos agentes políticos, a dúvida circunda na possível caracterização do "bis in idem", já que para essa espécie de agente público existe expressa previsão legal sobre a possibilidade do enquadramento nos crimes de responsabilidade. Dessa forma, alguns doutrinadores entendem que, como já respondem por crime de responsabilidade (lei 1.079/50), não deveria ser sujeitos ativos da lei de improbidade. Entretanto, Mattos não concorda com esse entendimento, assim se posicionando:

São abrangidos não só os agentes de serviços públicos, como os agentes políticos, pessoal contratado, servidores militares, enfim, a Lei de Improbidade abrange, de uma forma ampla, todos os que direta ou indiretamente se relacionam com o Poder Público, com o objetivo de não deixar ninguém excluído do campo de ação das sanções que ela dispõe. (MATTOS, 2010, p. 39).

Contudo, vale lembrar que o STF teve um entendimento diferente, segundo o qual a Lei nº 8.429/92 não deve se aplicar aos agentes políticos sujeitos ao "regime de crime de responsabilidade", conforme a Reclamação número 2128/DF.

Pelo exposto, podemos concluir que a Lei nº 8.429/92 deve abranger todos os agentes públicos, englobando, ainda, os agentes políticos.

2.4 Atos de Improbidade Administrativa

A lei em comento prevê nos artigos 9º, 10 e 11, de forma exemplificativa, as condutas que importam em enriquecimento ilícito, causem

prejuízo ao erário e atentem contra os princípios da Administração Pública. Trataremos a seguir de cada um deles.

2.4.1 Atos que causam enriquecimento ilícito

O art. 9º da Lei nº 8429/92 apresenta doze diferentes hipóteses de enriquecimento ilícito. Podemos definir que ocorre enriquecimento ilícito quando o agente público, no período em que se encontra exercendo sua função, pratica uma ação ou omissão, dolosa ou culposa e enriquece-se sem uma causa conhecida. De acordo com Almeida:

O enriquecimento sem justa causa é um evento, um fato que se verifica quando o patrimônio de alguém é aumentado, sem causa, pelo correlativo empobrecimento do patrimônio de outrem, embora não deixe de ser um conceito jurídico, um fato jurídico sintético com complexos formados à causa de fatos materiais concretos. (1996, p. 25 *apud* MATTOS, 2010, p. 214)

Outras observações importantes ainda podem ser feitas em relação aos incisos do artigo 9º. Reza o inciso I que:

Art. 9º. [...]

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. (BRASIL, 1992).

Receber vantagens econômicas a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente são exemplos de como se pode disfarçar o recebimento indevido às custas da função administrativa.

O inciso II assevera: "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." Segundo os ensinamentos de Bertoncini (2007, p. 227), o inciso II está relacionado ao particular que recebe mais do que o devido, e em troca paga a vantagem indevida para o servidor responsável.

Em outras palavras, o dispositivo proíbe o agente público de receber vantagens de terceiros em troca de este facilitar a compra, a permuta, a locação de

bens e serviços públicos, inobservando, muitas das vezes, o instituto da licitação pública.

Já o inciso III estabelece: "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." Ainda nas palavras de Bertoncini, no inciso III:

O agente, mais uma vez, em troca de seu enriquecimento, permite que o particular pague à Administração Pública menos do que o devido. Por lhe ser vantajoso o negócio, o terceiro propõe ou aceita a proposta do agente público para a realização do espúrio contrato. (BERTONCINI, 2007, p. 227).

O inciso IV, por sua vez, traz como conduta ímproba:

Art. 9º. [...]

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. (BRASIL, 1992)

A conduta prevista no inciso acima mencionado se concretiza com a indevida utilização de bens, serviços e servidores da Administração Pública, ou que pelo Erário esteja sendo custeado, em obra privada.

Mattos (2000, p. 212) complementa:

No campo da improbidade administrativa, qualquer declaração falsa ou simulação, feita pelo agente público, mediante o interesse de vantagem econômica, recebida para que empresa ou particular participem de certame licitatório, caracteriza o que vem estatuído no presente inciso.

O ato de improbidade em que trata o inciso V traz como conduta ímproba "receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem."

A conduta do agente é totalmente reprovada, afinal ele possui o dever profissional de reprimir práticas delituosas e não deve se associar à criminalidade.

De acordo com o inciso VII, constitui ato de improbidade "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."

O inciso VIII, considera ilícita a conduta do agente que "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."

No tocante ao inciso IX, age de maneira ímproba o agente que "perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza."

Quanto ao disposto no inciso X, cabe ressaltar que constitui ato de improbidade administrativa, causando enriquecimento ilícito "receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado."

O referido inciso trata de condutas omissivas do agente público em relação a seus deveres, no qual incluem o cumprimento ao princípio da legalidade e ao ato de dar execução à lei.

O inciso XI denomina o agente ímprobo como sendo aquele que "incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei."

Por fim, estabelece o inciso XII do artigo 9º da lei de improbidade administrativa, que é ato de improbidade originário do enriquecimento ilícito "usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei."

2.4.2 Atos que causam prejuízo ao erário

O artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa fixa os atos que importem na improbidade administrativa e que causem lesão ao erário.

Os incisos I, II e III, dispõem sobre atos atinentes ao patrimônio público. De acordo com estes dispositivos, constitui ato de improbidade administrativa:

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 assistenciais, 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. (BRASIL, 1992).

Os incisos IV, V e VIII dispõem sobre atos atinentes às licitações. Porém, no inciso IV, a Administração mediante conduta dolosa ou culposa de agente público vende, permuta ou aluga um bem público, ou ainda, presta serviço a terceiro por preço inferior ao do mercado, no inciso V, a entidade compra, permuta ou aluga bem ou contrata serviço particular por valor superior ao de mercado. Já no inciso VIII, o agente frustra a licitude de processo licitatório ou o dispensa indevidamente.

Os incisos VI, VII, IX, X, XI, XIV, XV, dispõem sobre atos atinentes à Responsabilidade Fiscal e Tributária. De acordo com estes dispositivos, constitui ato de improbidade administrativa:

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.

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. (BRASIL, 1992).

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

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

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

Por fim, os incisos XII e XIII dispõem sobre atos de favorecimento de terceiros. De acordo com este dispositivo, constitui ato de improbidade administrativa:

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. (BRASIL, 1992).

Pode-se perceber que o tipo administrativo guarda vinculação direta com o artigo 9º desta mesma lei. Nesta hipótese, o agente público pode permitir, facilitar ou concorrer para o enriquecimento de terceiro.

2.4.3 Atos que atentam contra os Princípios da Administração Pública

A Constituição Federal, em seu art. 37 elencou cinco princípios inerentes a Administração Pública: Princípio da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade, da Publicidade e da Eficiência. Entretanto, há outros incisos inseridos na lei maior, apesar de não mencionados no referido artigo.

A violação, desatenção a um princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

Dispõe o artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa em seu *caput* que: “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”, e após elenca as sete espécies exemplificativas de improbidade administrativa atentatórias contra os princípios da Administração Pública.

O inciso I traz como conduta ímproba "praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência"

Trata-se da prática por agente público de ato administrativo com fim ilegal, desvio de finalidade ou que extrapola as suas atribuições.

O inciso II, define como ato de improbidade administrativa "retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício".

É dever do agente público se portar conforme suas obrigações perante a administração, não podendo por capricho, interesse pessoal ou mesmo ineficiência, deixar de cumprir suas obrigações para com a administração.

Os incisos III e VII, definem, respectivamente, como ato de improbidade que viola o dever de sigilo:

III – revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo.

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, 1992).

Por questão de segurança e estratégia administrativa, muitos dos atos administrativos precisam ser realizados sem a antecipação da publicidade para não frustrar seus objetivos.

O inciso IV define como ato ímprobo que viola o dever de publicidade "negar publicidade aos atos oficiais".

O princípio da publicidade está previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, funcionando como uma garantia dos administrados.

O inciso V traz como ato de improbidade administrativa por ferir o princípio da isonomia "frustrar a licitude de concurso público"

O inciso VI como conduta ímproba do agente administrativo "deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo."

O agente público tem o dever de prestar contas de dinheiro, bens e outros valores público que tenha utilizado em sua administração.

2.3 Sanções

A Constituição Federal em seu artigo 37, § 4º dispõe que "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos públicos, 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".

As sanções que serão aplicadas ao agente estão dispostas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

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, 1992).

Analisando os incisos do artigo 12 da Lei nº 8.429/92 pode-se perceber que as penas são relacionadas de acordo com a gravidade de cada uma das modalidades de ato ímprobo correspondente.

Sendo assim, é necessário observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na interpretação e na aplicação das penalidades previstas, pois esta aplicação dependerá da análise da conduta do agente, analisando caso a caso. A pena deve ser prudente e adequadamente aplicada.

3 A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA MODALIDADE CULPOSA

No presente capítulo, será apresentando o estudo sobre a improbidade administrativa na modalidade culposa, que é o tema deste trabalho. Serão qualificados os elementos subjetivos, dolo e culpa, apontando a inadmissibilidade do aceite da conduta culposa para configuração do ato de Improbidade Administrativa (responsabilidade objetiva), apontando, para tanto, os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema mencionado.

Como já foi apresentado, a Administração Pública é tratada em um capítulo próprio na Constituição Federal, devido à importância de se regular os assuntos e interesses atinentes a sua atuação e também foram estabelecidos os princípios norteadores para efetivar sua proteção.

Referido capítulo condicionou ao legislador infraconstitucional a edição de uma norma que regulamentasse as sanções dos atos atentadores aos princípios constitucionalmente estabelecidos, bem como que determinasse sua forma e suas modalidades e, também, aqueles que ocasionassem a lesão do erário e/ou importasse no enriquecimento ilícito do agente público ou de terceiro. Foi neste contexto social e normativo que foi editada a Lei nº 8.429/92, cujo conteúdo foi amplamente abordado no capítulo anterior.

Sendo assim, conforme o Princípio da Legalidade, a conduta do agente deverá ser fundamentada em uma norma que a autorize ou imponha algo. Seu agir deverá respeitar ao Princípio da Moralidade e ser regado de honestidade, lealdade e ética e, ainda, baseada em uma boa administração, ou seja, que atinja aos interesses da coletividade, conforme rezam os princípios da probidade e da legitimidade. Em caso de descumprimento de alguma dessas diretrizes, serão impostas as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, seguindo sempre a proporcionalidade e a razoabilidade, de acordo com o caso concreto.

A Lei nº 8.429/92 estabeleceu os atos que, se praticados pelo agente, caracterizam a conduta ímproba. Eles estão exemplificados e enumerados nos artigos 9º, 10 e 11 do referido diploma legal. O art. 10 traz descrito em seu *caput* a hipótese mais polêmica de improbidade, pois o legislador incluiu a “culpa” como elemento subjetivo para a caracterização do ato de improbidade descrito no referente artigo. Porém, o legislador, ao se referir à improbidade administrativa na

modalidade culposa, não estabeleceu uma regulamentação específica, deixando muitas dúvidas em relação a aplicação das sanções dessa modalidade, o que vem a ser questionado se tal dispositivo seria ou não constitucional, tema que iremos analisar de forma mais específica neste capítulo.

3.1 Elemento Subjetivo: dolo e culpa

O agente público deve agir sempre com observância ao Princípio da Legalidade, vez que este deve ser respeitado conforme já delineado no primeiro capítulo deste trabalho. Seus atos devem também ser regados de honestidade, lealdade e ética, em homenagem ao Princípio da Moralidade, e, ainda, baseada em uma boa administração para atingir os interesses da coletividade, conforme preconizam os Princípios da Probidade e da Legitimidade.

Na ocasião do agente vir a agir em desconformidade com os princípios citados acima e que são norteadores de suas condutas, ele comete algo ilegal, com dolo, ou seja, com vontade de praticar o ato. Neste momento, podemos definir o elemento subjetivo como a atuação do agente com dolo (intenção de praticar a conduta criminosa). É o elo psicológico da vontade do agente frente à conduta por ele praticada, com vistas a uma determinada finalidade.

Para Greco (2008, p. 171), "elemento subjetivo quer dizer elemento anímico, que diz respeito à vontade do agente."

Há doutrinadores que entendem que a culpa também está contida na expressão elementos do tipo. Sendo assim, o elemento subjetivo comporta duas modalidades, sendo o dolo e a culpa, ambos institutos da teoria geral do direito, mas que ganham peculiar importância no âmbito do direito penal, aplicáveis, por analogia, à lei de Improbidade Administrativa.

Existem duas modalidades de dolo, sendo o dolo direto e o eventual. O primeiro ocorre quando o agente dirige sua conduta para o fim almejado, querendo cometer a conduta descrita no tipo e este é um ato ilícito; o segundo ocorre quando o agente não tem a intenção de gerar resultado, mas assume os riscos de sua conduta, tendo plena consciência que seu ato pode obter resultados ilícitos.

Na culpa, o agente não pratica sua conduta almejando um resultado ilícito, porém, este é alcançado, tendo em vista que o agente agiu com negligência, imperícia e/ou imprudência, sendo a quebra do dever de cuidado, sem observar a

cautela imposta a toda ação ou omissão. Na definição dada por Greco (2008, p.198), o conceito de culpa é:

O ato humano voluntário dirigido, em geral, à realização de um fim lícito, mas que, por imprudência, imperícia ou negligência, isto é, por não ter o agente observado o seu dever de cuidado, dá causa a um resultado não querido, nem mesmo assumido, tipificado previamente na lei penal.

Entretanto, esta culpa é classificada como culpa leve. O *caput* do art. 10 não faz a distinção entre as culpas leve e grave. Sendo assim, a culpa grave é aquela que causa um prejuízo ao erário na qual tal prejuízo deve ser comprovado.

A grande questão é que o agente que pratica um ato culposos de forma leve e o agente que pratica um ato culposos de forma grave, que cause um prejuízo ao erário terão a mesma pena, na mesma proporcionalidade, fato que deve ser apreciado no caso concreto pelo poder judiciário, o qual deve aplicar as sanções seguindo o princípio da razoabilidade, de forma a impor sanção mais severa àquele que age com culpa grave.

Na ação dolosa, a vontade do agente é voltada a pratica da ação e à obtenção do resultado. Na culpa, a vontade se dirige apenas à ação, não prevendo o agente o resultado danoso, o qual, contudo, seria evitável se observadas às devidas cautelas mínimas.

3.2 Da inconstitucionalidade da expressão culposa no ato administrativo

O art. 10 da Lei de improbidade administrativa, em seu caput, traz a seguinte redação:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei. (BRASIL,1992) (Grifo nosso).

Percebe-se que o agente responderá pela improbidade administrativa quando comete um ato ímprobo na modalidade dolosa e também na modalidade culposa, acarretando ao agente sanções que foram estudadas no capítulo anterior.

A prática dos atos na forma culposa é muito discutida, vez que o agente que age nesta modalidade, na forma leve ou grave terá a mesma sanção, aplicada na mesma proporcionalidade que o agente que agiu dolosamente, a fim de enriquecer-se ilicitamente, causando prejuízo ao erário e cometendo atos que atentem contra os Princípios da Administração Pública.

A questão é discutida já que o agente que age dolosamente, com finalidade de fraudar a lei, não se preocupando em agir com moral, com ética e honestidade, diferentemente do agente que age culposamente, na qual pratica o ato ímprobo de forma involuntária.

Sendo assim, questiona-se como o agente que age de boa-fé terá a mesma sanção aplicada àquele que agiu de má-fé. Tal dispositivo fere princípios constitucionais como por exemplo o Princípio da Razoabilidade, na qual a sanção deve ser aplicada conforme a situação.

Mattos (2010, p. 268) esclareceu que:

Assim sendo, somente a conduta dolosa (consciente) é que deverá ser considerada, em tese, como uma possível improbidade administrativa, sob pena de vulgarização da própria norma, com ferimento ao princípio da razoabilidade, [...].

Dentre as sanções, também há a suspensão dos direitos políticos, a qual, em tese, poderia ser aplicado ao agente que pratica ato de improbidade culposamente. Os direitos políticos são um direito fundamental previsto da Constituição Federal. Diante disso, o agente que agiu de forma culposa, sem querer lesar o erário, poderá ter um direito fundamental ferido, da mesma forma que aquele agente que agiu com o intuito de lesar o erário, gerando um resultado ilícito com a sua conduta. Com isso, fere-se o Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana que é uma garantia fundamental expresso no art. 1º, III da Carta Magna. O Princípio da dignidade da pessoa humana garante a todo cidadão uma vida digna, assegurando-lhe respeito e resguardando seus direitos e reconhecendo os seus deveres. Este princípio tende a valorar o ser humano.

Diante o exposto, podemos concluir que a expressão culposa é, para muitos, considerada inconstitucional, uma vez que o agente que pratica uma conduta que gera ato ímprobo involuntariamente não pode ter contra si aplicada à mesma pena com e a mesma gravidade a que é aplicada àquele agente que agiu dolosamente. Há de ser observado o Princípio da Razoabilidade.

Ademais, improbidade significa desonestidade. Na culpa, o agente não age com desonestidade, de forma corrupta. O que o legislador quis coibir ao impor sanção no artigo 10 é a corrupção, o ato desonesto, não o ato praticado de forma negligente, imperita ou imprudente. Não faz sentido aplicar uma sanção da Lei de Improbidade Administrativa a um agente público decorrente de uma ação ou omissão culposa, sendo enquadrado na mesma gradação daquele que dolosamente causou prejuízo, por ação ou omissão ao erário. Acredita-se que o legislador ao redigir o artigo 10 cometeu uma falha, não se atentando ao erro.

Nos ensinamentos de Meirelles (2007, p. 218) a ação de improbidade administrativa deve ser utilizada com rigor, mas dentro dos conceitos de razoabilidade e proporcionalidade, evitando-se quaisquer abusos.

Mattos (2010, p. 269) preconiza que o elemento que gera a improbidade é o dolo, não havendo condições de estender à culpa as punições previstas na referida lei. Não seria possível aplicar as sanções da mesma forma, pois as duas são situações totalmente distintas:

Não pode o legislador querer desnaturar a figura da boa-fé ou da falta de intenção de lesar o ente público, para considerá-la, em igualdade de condições, com aquelas situações caracterizadoras da devassidão do agente público desonesto que traz no seu espírito intenções impuras e imorais reveladas pela vontade de fraudar o erário. (MATTOS, 2010, p.269).

Não há dúvida que a atuação culposa do agente não se encaixa na aplicação das sanções, pois o objetivo do legislador era punir o administrador desonesto e não o desatento.

3.3 Entendimentos Doutrinários e Jurisprudenciais

O entendimento doutrinário e jurisprudencial vem definindo ser inconstitucional a aplicação das penas com a mesma proporcionalidade ao agente que pratica uma conduta culposa perante a Administração Pública. A jurisprudência vem trilhando os mesmos caminhos, alegando a inconstitucionalidade da lei. O STJ manifestou-se decidindo que o tipo do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, para configurar-se como ato de improbidade, exige conduta comissiva ou omissiva dolosa.

Na seara desses entendimentos, pode-se concluir que os ilícitos previstos nos artigos 9º e 11 não admitem a culpa, pois a reprovabilidade da conduta somente pode ser aplicada àquele que a praticou voluntariamente, com a intenção de se chegar ao resultado lesivo, enquanto que a sanção do descuido ou da falta de atenção pressupõe expressa previsão legal.

Juarez Freitas também se posicionou sobre o caso no sentido da necessidade de dolo para a aplicação da lei de Improbidade Administrativa nos casos do art. 9º e 11:

Para mim, para que haja improbidade administrativa, em qualquer uma das três espécies, há dois requisitos fundamentais. [...] O juiz precisa, simplesmente, de um princípio constitucional importantíssimo chamado "princípio da sensatez". [...] Então, o primeiro pressuposto é que, com bom senso, se examine o seguinte: há grave violação do senso médio superior de moralidade da comunidade? [...] É a primeira e mais grave pergunta para que haja uma improbidade administrativa, dada a gravidade das sanções em relação às três espécies. [...] E o segundo requisito, inequívoca intenção desonesta. [...] A mera irregularidade, a mera ilegalidade, para mim é insuficiente para condenar alguém por improbidade administrativa.

A corrupção é um tema que vem sendo discutido há muitos anos, com vários meios de combate. A lei de Improbidade Administrativa foi um dos meios encontrados para isso, porém, ela sozinha não é capaz de solucionar tal questão. É o que preconiza Meirelles (2007, p.214.):

O combate a corrupção tem sido uma das maiores preocupações do povo brasileiro há muitos anos. É tema dos debates eleitorais há várias décadas. A Lei de Improbidade Administrativa é importante instrumento de defesa da moralidade pública, mas não é - e nem pode ser encarada como se fosse - a panacéia para solucionar todos os males. Os exageros na luta contra a improbidade administrativa podem gerar efeitos contrários aos pretendidos, desmoralizando aquilo que poderia ser bem empregado e ter resultados positivos.

Sendo assim, fica claro que a Lei de Improbidade Administrativa, na qual o legislador foi desatento, desrespeita princípios constitucionais.

O STJ diz ser indispensável à existência de dolo nos atos praticados nos artigos 9º e 11, e ao menos de culpa nas hipóteses do artigo 10, nas quais o dano ao erário precisa ser comprovado. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREFEITO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DESERVIDORES. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO) NÃO CONFIGURADO. AGRAVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DESPROVIDO. 1. A Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, assim tipificando o enriquecimento ilícito (art. 9o.), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da Administração Pública (art. 11); a modalidade culposa é prevista apenas para a hipótese de prejuízo ao erário (art. 10). 2. Não se tolera, porém, que a conduta culposa dê ensejo à responsabilização do Servidor por improbidade administrativa; a negligência, a imprudência ou a imperícia, embora possam ser consideradas condutas irregulares e, portanto, passíveis de sanção, não são suficientes para ensejar a punição por improbidade; ademais, causa lesão à razoabilidade jurídica o sancionar-se com a mesma e idêntica reprimenda demissória a conduta ímproba dolosa e a culposa (art. 10 da Lei 8.429/92), como se fossem igualmente reprováveis, eis que objetivamente não o são. 3. O ato ilegal só adquire os contornos de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-intenção do administrador, caracterizando a conduta dolosa; a aplicação das severas sanções previstas na Lei 8.429/92 é aceitável, e mesmo recomendável, para a punição do administrador desonesto (conduta dolosa) e não daquele que apenas foi inábil (conduta culposa). 4. No presente caso, a conduta imputada ao agravado consiste na suposta contratação irregular de servidores públicos, sem a realização de concurso público. 5. Na linha da orientação ora estabelecida, as instâncias de origem julgaram improcedente o pedido do Ministério Público, afirmando estarem ausentes o dolo ou a má-fé na conduta imputada ao recorrente de contratação irregular de servidores para o Município, sem o devido concurso público. 6. Não tendo sido associado à conduta do recorrente o elemento subjetivo doloso, qual seja, o propósito desonesto, não há que se falar em cometimento de ato de improbidade administrativa. 7. Agravo Regimental do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL desprovido. (Processo: AgRg no AREsp 29869 MG 2011/0098405-6. Relator(a): Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Julgamento: 16/02/2012. Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA. Publicação: DJe 01/03/2012).

Ainda, nos entendimentos do STF:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDOR PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. SUJEIÇÃO AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE. 1. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. 2. Nem todo o ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para os fins da Lei 8.429/92. A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao

princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador. 3. As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sendo que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa. **Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas, conclui-se que o silêncio da Lei tem o sentido eloqüente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9.º e 11.** 4. Recurso especial a que se nega provimento".¹ (REsp 621.415/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 30/5/2006).

Embora mereçam acirradas críticas da doutrina, os atos de improbidade do art. 10, como está no próprio caput, são também punidos à título de culpa, mas deve estar presente na configuração do tipo a prova inequívoca do prejuízo ao erário. É por isso que a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave.

É neste contexto que podemos concluir que, para que haja a configuração do ato de improbidade administrativa, é imprescindível verificar a existência de um ato antijurídico, consistente na ofensa à probidade administrativa, que encontre conexão com os atos previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92. É indispensável também a identificação dos sujeitos passivo e o ativo, definidos na própria lei e, ainda, essencialmente deverá se verificar o elemento subjetivo da conduta consistente no dolo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Falar em Improbidade Administrativa implica em dizer que um agente público, no exercício de suas funções, praticou ato ilegal ou contrário aos princípios básicos da Administração Pública, sendo referido ato impregnado de desonestidade e deslealdade.

A Constituição da República Federal de 1988, ao tratar da moralidade administrativa como princípio constitucional, consolidou a observância de valores ou preceitos morais legais na condução da coisa pública e blindou a violação aos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade moralidade, economicidade e enriquecimento, conforme previsto por lei, e estabeleceu atributos a que deve se revestir com obrigatoriedade os atos públicos, sendo eles: a lealdade, a honestidade, a boa-fé e a boa administração.

Com a finalidade de consagrar os preceitos constitucionais, o legislador infraconstitucional editou a Lei nº 8.429/92, conhecida por “Lei da Improbidade Administrativa”. Referida lei prevê três modalidades a que os atos administrativos são classificados e que a lei visa inibir, a saber: atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); atos que causam lesão ao erário (art. 10); e atos que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

Com a classificação das modalidades a que os atos de improbidade administrativa foram identificados, surgiu a necessidade de se sistematizar a apuração da prática destes atos levando em conta, essencialmente, o elemento subjetivo, a vontade do agente no momento em que ele praticou o ato ilegal ou contrário aos princípios básicos da Administração Pública. Isto porque, não é justo se aplicar a mesma sanção para o agente que agiu com culpa e ao agente que agiu com dolo.

Além do que, decorre da própria definição de improbidade, baseada em uma imoralidade qualificada pela desonestidade do agente, a impossibilidade de sua prática na modalidade culposa, que se define pela simples inobservância do dever de diligência, de cuidado, de conduta prudente, sem propósito de lesar, mas da qual provém o dano. Nesse sentido, a Lei nº 8.429/92 se dirige ao agente público desonesto e corrupto, e não àquele incompetente, despreparado, inábil.

Pensar de maneira diversa é admitir que qualquer ilícito será configurado como improbidade administrativa, banalizando o caráter inibitório e punitivo da Lei, levando-se em conta ainda, que banalizar a aplicação da lei a todo e qualquer ato representa o abarrotamento de processos “insignificantes” no Poder Judiciário.

Nesse sentido, a mera irregularidade e/ou de uma inexperiência, negligência e imprudência do agente público, não autoriza a aplicação das rigorosas

penalidades previstas na lei de Improbidade Administrativa, já que existem outros dispositivos judiciais para ressarcimento do dano e sanções mais brandas.

A discussão toda se faz em torno do artigo 10 da Lei nº 8.429/92, pois referido artigo ampliou indevidamente o conceito de improbidade, para acrescentar qualquer ação ou omissão, ainda que praticada na modalidade culposa.

É nesse contexto que podemos concluir que, para que haja a configuração do ato de improbidade administrativa, é imprescindível verificar a existência de um ato antijurídico, consistente na ofensa à probidade administrativa, que encontre conexão com os atos previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92. É indispensável também a identificação dos sujeitos passivo e o ativo, definidos na própria lei e, ainda, essencialmente deverá se verificar o elemento subjetivo da conduta consistente no dolo, como é o nosso posicionamento.

Ainda nesse contexto, conclui-se que a doutrina e a jurisprudência convergem para a observância do princípio da razoabilidade na aplicação da lei de Improbidade Administrativa, pois a aplicação deste princípio nos casos concretos é o meio de se coibir excessos na punição ao agente ímprobo. É nesse sentido também, que se exige tanto do legislador quanto que do administrador público a observância da adequação, necessidade e proporcionalidade dos meios, pois quando há conflitos de interesses constitucionalmente tutelados, a valorização pondera-se pelo interesse coletivo em detrimento do individual. Entretanto, quando a aplicação da Lei de Improbidade mostrar-se inadequada ou desnecessária deverá prevalecer o direito individual.

Portanto, podemos observar que o princípio da razoabilidade é também um relevante critério para o juiz levar em conta ao analisar se determinado ato se enquadra como improbidade e, ainda, é um meio de se quantificar a sanção que será aplicada quando o caso se enquadrar na definição de improbidade administrativa.

Frisa-se, posicionar pela essencial caracterização do dolo na vontade do agente ao praticar o ato, não torna impunível o ato culposos, mas sim caracteriza a aplicação da medida justa no trato do interesse público.

Com a finalização deste trabalho, espera-se uma discussão e reflexão sobre a relevância do dolo na caracterização do instituto da improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19. ed. São Paulo: Método, 2011.

BERTONCINI, Marcelo. *Ato de Improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.

CARLOS, Larissa Freitas. *Moralidade e probidade administrativa*. Maio de 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/353/moralidade-e-probidade-administrativa>>. Acesso em: 20 ma.2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da Improbidade Administrativa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Método, 2006.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*/ Edis Milaré. – 3. ed. rev. Atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19. ed. Salvador: Atlas, 2006.

NOLETO, Danilo de Sousa. Improbidade Adminisrativa: Entendimento jurisprudencial do TJ/MA. s.d. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3301&idAreaSel=1&seeArt=yes>>. Acesso em: 20 mar. 2014
SANTIAGO, Rafael da Silva. *Improbidade administrativa: um estudo de seus aspectos teóricos gerais com exemplos práticos*. Teresina, nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20531>>.

SANTIAGO, Rafael da Silva. *Improbidade administrativa culposa: possibilidade?*. 2011. Disponível em: <<http://profpatriciadonzele.blogspot.com.br/2011/12/improbidade-administrativa-culposa.htmlv>>. Acesso em: 20 mar.2014.