

JURACY ROLDÃO DA SILVA JUNIOR

**A EXIGÊNCIA DO DOLO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE
IMPROBIDADE**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CAMPUS DE IMPERATRIZ
CURSO DE DIREITO

Imperatriz,
2018

JURACY ROLDÃO DA SILVA JUNIOR

**A EXIGÊNCIA DO DOLO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE
IMPROBIDADE**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, campus de Imperatriz, para obtenção do título de bacharel em direito.

Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Professor Me. Denisson Gonçalves Chaves.

Imperatriz,
2018

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Junior, Juracy Roldão da Silva.

A exigência do dolo para a caracterização do ato de improbidade / Juracy Roldão da Silva Junior. - 2018.

43 f.

Orientador(a): Denisson Gonçalves Chaves.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, Imperatriz, 2018.

1. Culpa. 2. Dolo. 3. Improbidade. 4. Moralidade.
I. Chaves, Denisson Gonçalves. II. Título.

Nome: Juracy Roldão da Silva Junior

Título: A EXIGÊNCIA DO DOLO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, campus de Imperatriz, para obtenção do título de bacharel em direito.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Denisson Gonçalves Chaves

Julgamento:

Assinatura:

Prof. _____, da Universidade Federal do Maranhão.

Julgamento:

Assinatura:

Prof. _____, da Universidade Federal do Maranhão.

Julgamento:

Assinatura:

“Quanto mais corrupto o Estado, maior o número de leis”.

Tácito (55-120), historiador e político romano.

RESUMO

ROLDÃO, Juracy Silva Junior. **A EXIGÊNCIA DO DOLO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE**. 2018. Monografia (Graduação) — Faculdade de Direito, Universidade Federal do Maranhão, Imperatriz, 2018.

Em atenção ao mandamento contido no artigo 37, § 5º, da Constituição da República de 1988, foi editada pelo Congresso Nacional a Lei nº 8.429/1992 que, estabeleceu o regime legal de responsabilização por atos de improbidade administrativa. Sob uma visão geral da lei (8.429/92), a capacitação destaca aspectos conceituais, processuais e a questão do sancionamento das pessoas que praticam atos de improbidade. A primeira fase abordou sobre o cenário de construção da improbidade administrativa, definindo o ilícito e sua autonomia constitucional, controle de atos e fatos administrativos e a respectiva tipificação como improbidade. O presente trabalho monográfico visa a esclarecer os fundamentos para a exigência do elemento subjetivo na caracterização da improbidade administrativa, assim como a detalhar o elemento volitivo exigido para cada modalidade de improbidade: enriquecimento ilícito, dano ao erário e violação aos princípios da administração pública. Dessa forma, pretende-se estabelecer diretrizes para a sua demonstração com base na doutrina e, ainda, na jurisprudência.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Elemento Subjetivo. Moralidade. Dolo. Culpa. Má-fé. Enriquecimento ilícito. Prejuízo ao Erário. Princípios da Administração Pública.

ABSTRACT

ROLDÃO, Juracy Silva Junior. THE REQUIREMENT OF DOLO FOR THE CHARACTERIZATION OF THE IMPROBITY ACT. 2018. Monograph (Undergraduate) - Faculty of Law, Federal University of Maranhão, Imperatriz, 2018.

In compliance with the mandate contained in article 37, paragraph 5, of the Constitution of the Republic of 1988, Law No. 8,429 / 1992 was published by the National Congress, which established the legal regime of accountability for acts of administrative impropriety. Under an overview of the law (8,429 / 92), the training emphasizes conceptual, procedural aspects and the question of sanctioning those who practice acts of impropriety. The first phase covered the scenario of construction of administrative improbity, defining the illicit and its constitutional autonomy, control of acts and administrative facts and the respective classification as improbity. The present monographic work aims to clarify the grounds for the subjective element requirement in the characterization of administrative improbity, as well as to detail the volitional element required for each type of improbity: illicit enrichment, damage to the treasury and violation of the principles of public administration. In this way, it is intended to establish guidelines for its demonstration based on doctrine and, also, in the jurisprudence.

Keywords: Administrative improbity. Subjective Element. Morality. Dolo. Fault. Bad faith. Illegal enrichment. Loss to the Treasury. Principles of Public Administration.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	12
2.1. A relação entre liberdade e moralidade	12
2.2. Histórico da moralidade administrativa nas Constituições Brasileiras	15
2.3. Mecanismos de proteção da moralidade administrativa	17
2.4. O elemento volitivo nos atos de improbidade	19
3. DA IMPRESCINDIBILIDADE DA EXISTÊNCIA DO DOLO PARA CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	121
3.1. Dos atos que importam enriquecimento ilícito	2 Erro! Indicador não definido.
3.2. O dano ao erário e a conduta ímproba	24
3.2.1 A Lei Complementar 157/16 e a criação de um novo tipo de Improbidade Administrativa	27
3.3. Atos que importam em lesão aos princípios da administração pública	29
4. A ATUAÇÃO DAS CORTES SUPERIORES ANTE A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NA APLICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DA LEI 8.429/92	32
4.1. Breves considerações quanto a aplicação do Art. 7 da Lei 8.429/92 e a consequente indisponibilidade dos bens.....	36
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
AResp	Agravo no Recurso Especial
AgRg	Agravo Regimental
AP	Ação Penal
Art., arts.	Artigo, artigos
DJE	Diário Judicial Eletrônico
CRFB	Constituição da República Federativa Brasileira
ISS	Imposto sobre serviço
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

1. INTRODUÇÃO

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), importante instrumento de defesa do patrimônio público, foi editada com o fim de regulamentar o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, possibilitando-lhe plena aplicabilidade:

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.

Dentro desse objetivo, designou os sujeitos passivos e ativos do ato ímprobo, além de prever a respectiva responsabilização, cominando sanções para os atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º), que ocasionem dano ao erário (art. 10) e que atentem contra os princípios da administração pública (art. 11), os quais descreve especificadamente.

A improbidade não é mera ilegalidade, sendo certo que a Lei nº 8.429/92 dá ênfase ao elemento subjetivo do agente, que deve ser demonstrado (dolo ou culpa), sendo rejeitada a tese de "responsabilidade objetiva" por ato ímprobo. Assim, o dolo deve ser aferido caso a caso para que haja a responsabilização decorrente de improbidade administrativa. Por outro lado, há que se perquirir a intenção do agente para verificar se houve dolo ou culpa, pois, de outro modo, não ocorrerá o ilícito previsto na lei, [...]. O enquadramento na Lei de Improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo.

A questão é relevante e merece análise criteriosa, pautada sobretudo na doutrina e jurisprudência das Cortes Superiores. Vejamos.

No art. 11º, *caput*, o diploma faz referência a ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Da interpretação desse conceito surge a indagação: é necessário a comprovação do dolo no tipo previsto no artigo 11 da Lei 8.429/92, e ainda, cabe o conceito de má-fé no elemento subjetivo do ato de improbidade?

Segundo a maioria da doutrina, consolidada em lei e jurisprudência, o dolo é elemento subjetivo na hipótese do art. 11, outrossim, não havendo qualquer

referência a má-fé, como afirmam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2014, p. 174-178):

“Em não poucos acórdãos, a má-fé é sobreposta ao dolo, perdendo a sua própria individualidade. De acordo com essa simbiose existencial, a má-fé nada mais seria que a má-intenção, vale dizer, o objetivo deliberado de afrontar a norma proibitiva implícita no tipo sancionador e eventualmente expressa no estatuto jurídico da categoria. Daí a conclusão de que meras irregularidades administrativas, destituídas de potencial lesivo, não seriam alcançadas pela Lei n. 8429/92.

(...)

Por fim, há julgados em que (a) a ausência de má-fé foi objeto de mera referência, sem qualquer preocupação quanto ao esclarecimento de sua influência no *decisum*; (b) ficou explícito que o elemento subjetivo do ato de improbidade, na hipótese do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, é o dolo, não havendo qualquer referência à má-fé (...)

(...)

Face às características ostentadas pelo elemento subjetivo, pode-se afirmar que o seu delineamento sempre antecede qualquer investigação em torno da má-fé do agente público. Tal ocorre justamente porque é o elemento subjetivo que vai estabelecer o vínculo entre o agente público e a conduta considerada ilícita.¹

Destarte, a má-fé não pode ser vista como o epicentro estrutural do ato de improbidade administrativa.

Nesse diapasão, em brilhante ensinamento do saudoso Min. Teori Zavascki, entendeu que não se pode confundir improbidade com mera irregularidade, argumentando que “a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10”.²

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

¹ GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 8. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2014. p. 176-178.

² AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/9/2011.

Desta feita, conclui-se que a improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade.

Ora, não é necessário maior lastro dissertativo diante de tamanha manifesta contradição, se a Lei de Improbidade exige dolo (especificamente para o ato previsto no art. 11), faz-se necessário a comprovação do mesmo, bem como, a devida fundamentação do Juízo, sob pena de nulidade, de acordo com o Novo Código de Processo Civil.

Desta feita, descabido é o julgamento que não traz a luz de seu entendimento o elemento subjetivo do ato, ora, indispensável é a sua presença para a ocorrência do mesmo, ante afronta ao nosso ordenamento jurídico, não cabe mais devaneios, pois é cediço no mesmo a essencialidade de caracterização do elemento subjetivo (dolo) para a Improbidade Administrativa na aplicabilidade de sanções ao artigo 11 do diploma legal.³

Dessa forma, diante do entendimento doutrinário e da jurisprudência das Cortes Superiores, convergentes em afirmar a caracterização do dolo como elemento subjetivo do ato em questão a análise supérflua do dolo, confundindo o mesmo com má-fé, e nem mesmo comprovando esta, viola o art. 11 da Lei 8.429/92, porquanto, nestes termos, é incorreta a sanção imposta ao agente.

Diante da margem interpretativa presente na Lei 8.429/92, abre-se oportunidade para a atuação judicial no preenchimento dos conceitos esvaziados, o que não ocorre de forma vinculada, produzindo, dessa forma, decisões difusas que propiciam teses em todas as vertentes em âmbito de pouca monta.

Dentre as teses levantadas, visualiza-se a associação de má-fé ao dolo, o que não merece prosseguimento, conforme já exposto na introdução.

Partindo da análise do direito constitucional, e conseqüentemente dos princípios da administração pública frente a improbidade administrativa, o presente artigo tem como objetivo analisar a aplicabilidade das sanções previstas na referida lei, bem como a caracterização somente com seu elemento subjetivo de dolo, sendo a culpa uma excludente de ilicitude por parte do ato do administrativo que fere os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e sua observância na esfera eleitoral por conta da lei de ficha limpa.

3 Precedentes: REsp 654.721/MT, Primeira Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 01/07/2009; REsp 604.151/RS, Primeira Turma, DJ de 08/06/2006

Diante da presente abordagem, sob a ótica dos atos praticados por Prefeitos, resta elucidar quais as justificativas da flexibilização do judiciário quanto as decisões em relação aos atos de improbidade.

Solução satisfatória para pôr fim definitivamente a essa malsinada teoria de inaplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos seria a promulgação de um entre os vários projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, os quais visam definir explicitamente, em lei, a autonomia das sanções civis da Lei de Improbidade Administrativa em relação às penas dos crimes de responsabilidade, colocando um ponto final na celeuma jurisprudencial criada por aqueles que defendem a instituição de ilegal “imunidade” aos agentes políticos.

Por conseguinte, deixando evidente a diferenciação dos atos considerados como mera irregularidades dos atos de improbidade administrativa, que lesam o escopo principal da Administração Pública: interesse público, sendo que, atos que desvirtuam apenas requisitos formais, porém, cumprem com sua finalidade, as decisões nesse sentido, devem observar o interesse público, sendo saciado este, não que se falar em ato de improbidade administrativa.

Na busca da concretização dos objetivos propostos para o presente estudo, buscar-se-á um estudo bibliográfico, por método indutivo buscando as formas de efetividade dos direitos fundamentais sociais, especialmente acerca do direito administrativo.

Para tanto, o critério metodológico empregado, para realizar essa reflexão reside no método hipotético-dedutivo, partindo-se de uma análise bibliográfica e documental baseada em leituras especializadas envolvendo a princípios constitucionais, em contraponto com o direito administrativo, assim como os princípios da administração pública.

Este estudo concentra-se nas efetivas contribuições teóricas de vários autores que publicam artigos e dissertações e teses, tendo um caráter exploratório visando proporcionar uma visão geral sobre o tema proposto neste Projeto.

Trata-se de um estudo com intuito de conhecer as contribuições científicas sobre o tema, objetivando recolher, selecionar, analisar e interpretar as contribuições teóricas existentes sobre o fenômeno pesquisado.

Além disso, faz-se imprescindível a análise perfunctória da jurisprudência brasileira atual, para que a atualidade do tema seja discutido em consonância com o que é praticado no âmbito jurisprudencial.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A improbidade administrativa foi tratada pela Constituição Federal de 1967 no artigo 153, § 11, com as alterações feitas pelas emendas 1/69 e 11/78, dispondo da seguinte maneira: “a lei disporá sobre o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”.

2.1 A relação entre liberdade e moralidade

O ser humano é, por excelência, uma existência dotada de liberdade, de modo que, muito embora seja larga a historiografia a respeito das sociedades escravocratas, é cediço que nenhuma pessoa humana nasceu para ser escravizada, tanto que um dos documentos mais importantes da humanidade, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgou, logo em seu art. 1º, que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

É a partir da criação de uma sociedade livre, no sentido amplo, que se oportuniza aos indivíduos a liberdade de escolher entre opções variadas de condutas, definidas como boas ou ruins, certas ou erradas à critério dos valores morais adotados e dos parâmetros éticos estabelecidos

Sem liberdade, não existe espaço para autodeterminação humana e, conseqüentemente, os conceitos mencionados são atrofiados pela asfixia da oriunda da censura estatal.

Por entender o inestimável valor do direito fundamental à liberdade individual, vislumbrando que ele extrapola o âmbito da liberdade ambulatorial, a Constituição da República Federativa do Brasil no art. 5º, *caput*, garantiu a liberdade, nos seus mais variados aspectos, tanto para os brasileiros quanto aos estrangeiros que se encontrem no país.

Nesse contexto, ao debruçar seus esforços sobre o estudo da relação entre liberdade e moralidade, Cammarosano (2006, p. 7) explica que:

Diante de situações semelhantes, pessoas diferentes podem fazer escolhas diversas ou optar por diferentes modos de agir. E assim procedem porque o

que se apresenta recomendável para um pode não ser recomendável para outro, por uma ou várias razões.⁴

Através da liberdade e da autonomia, os indivíduos podem se expressar e agir de maneiras distintas, revelando em seus aspectos comportamentais, as tendências éticas e morais que dominam a sociedade a qual pertencem ou estão inseridas.

Sócrates associava a ética ao conhecimento e a felicidade, de modo que o conhecimento (razão) poderia clarear os caminhos em que o indivíduo iria percorrer e, escolhendo o bem, seria conduzido a felicidade.⁵

O amadurecimento desta ideia originou o conceito moderno de ética, a qual é definida como o sistema valorativo utilizado como parâmetro de julgamento de uma conduta humana repetitiva, a qual, praticada isoladamente, será enaltecida ou repudiada ao sabor de outro critério, a moral.

Nesse contexto, a moral nada mais é que a inspiração dos valores a qual um grupo, ou uma sociedade, é signatário, de modo que, em apertada síntese, é possível afirmar que enquanto a ética tem caráter universal a moral tem incidência restrita.

Não se pode olvidar que a moral tem o condão disciplinar o comportamento dos indivíduos pertencentes ao grupo em que ela impera de duas formas distintas: através da força imperativa das normas jurídicas e da força das normas morais. Quanto às referidas normas morais, ensina Bittar (2015, p. 589) que:

“Costuma-se também afirmar que a norma moral é interior, prescindindo de qualquer fenômeno exterior, como geralmente sói ocorrer com o fenômeno jurídico. Afirma-se, mais ainda, que a norma moral não é cogente, pois não pode dispor do poder punitivo de uma autoridade pública para fazer valer seus mandamentos, recorrendo-se, normalmente, a sanções diferenciadas das jurídicas (consciência; rejeição social; vergonha...). E, por fim, se afirma que a norma moral não é sancionada nem promulgada, pois estas são as características de normas estatais que se regulamentam dentro de um procedimento formal, complexo e rígido, com o qual se dá publicidade aos mandamentos jurídicos.”⁶

⁴ CAMMAROSANO, Márcio. O princípio constitucional da moralidade administrativa. Enciclopédia Jurídica da PUCSO, tomo II. Direito Administrativo e constitucional/ coord, Vidal Serrano Nunes Jr. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 7.

⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Curso de filosofia do direito. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.115.

⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Curso de filosofia do direito. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.115; 589. p. 589.

Em outras palavras, enquanto que a norma moral é espontânea, consciente, unilateral e autônoma, a norma jurídica é coercitiva, bilateral, heterônoma.

A partir da juridicização dos valores morais, estes, que outrora eram destituídos de força cogente, adquirem uma nova roupagem, passando a ter caráter imperativo e força vinculativa, cuja inobservância é passível de sanção. Deste modo, a moralidade tornou-se um princípio jurídico, de modo que é princípio por possuir um alto grau de abstração e é jurídico pela força cogente mencionada anteriormente.

Nessa linha de intelecção, Cammarosano (2017, p.14), bem explica que:

Seja como for, o próprio direito posto juridiciza valores, selecionando-os e hierarquizando-os como melhor aprouver aos órgãos de Estado competentes, tendo primazia os inseridos em constituição dotada de supremacia. Esses valores, juridicizados, e como juridicizados valem exatamente porque juridicizados, compondo inclusive a denominada moralidade administrativa, que é moral jurídica, portanto.⁷

Durante muitos anos os teóricos do direito deslocaram os seus objetos de estudo para a análise da relação entre direito e moral, de modo que, dentre a vasta bibliografia sobre o assunto, verifica-se a preponderância de três correntes distintas, as quais são brilhantemente definidas por Thiago Marrara (2017) como:

“O primeiro modelo apresenta o direito como um subcampo da moral, de modo que a norma jurídica é norma moral, ainda que o inverso nem sempre seja verdadeiro. O segundo aponta o direito como um campo que engloba a moral, de modo que toda norma moral seria resultante de uma norma jurídica, mas o inverso nem sempre seria verdadeiro. O terceiro entende o campo moral e o campo jurídico como círculos secantes, ou seja, dois campos que se interpenetram. Seguindo esta concepção, haveria normas jurídicas morais e normas jurídicas amorais, ou seja, normas jurídicas que estariam fora do círculo moral e, em alguns casos, negariam os padrões morais, de sorte a constituir verdadeiras normas jurídicas imorais.”⁸

Neste contexto, malgrado os esforços erigidos pelos jusfilósofos para estabelecer uma distinção clara entre direito e moral, não se pode lançar mão de definir um liame entre ambos, vez que é corriqueiro na legislação nacional a incorporação dos valores morais pelo Direito. Nesta esteira, ensina Cammarosano:

⁷ CAMMAROSANO, Márcio. O princípio constitucional da moralidade administrativa. Enciclopédia Jurídica da PUCSO, tomo II. Direito Administrativo e constitucional/ coord, Vidal Serrano Nunes Jr. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 14.

⁸ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. Revista digital de direito administrativo, São Paulo, vol 3, n.1, 2016. Disponível em < www.revistas.usp.br/rdda> Acesso em 26 de nov, de 2017.

“Não se trata de separar radicalmente duas ordens normativas do comportamento humano, a moral e a jurídica, como se fossem reciprocamente excludentes, compartimentos estanques. Trata-se, isto sim, de saber distingui-las para que não se incida no equivoco oposto de considerar ambas as ordens como recíproca e necessariamente condicionadas, ou a jurídica condicionada à moral, o que leva, em última análise, a um moralismo de cunho autoritário.”⁹

Com efeito, acrescenta o referido autor importante digressão acerca da importância da incorporação dos valores morais pelo ordenamento:

Por certo que o inevitável conteúdo axiológico das leis faz delas instrumento de positivação de valores morais. Valem como valores, que auxiliam na interpretação dos textos jurídico-normativos, na colmatação de lacunas, nas escolhas comportadas no exercício de competências discricionárias, no controle da constitucionalidade das leis e demais atos normativos, e nos termos em que juridicizados.¹⁰

Neste sentido, são salutares os ensinamentos de Marrara, o qual reparte a análise da conduta em dois critérios: O primeiro de natureza pessoal ou subjetiva, e o segundo de maneira material. Assim, a moralidade administrativa, em caráter subjetivo, representa o respeito aos valores maiores do estado; o caráter material é verificado em rol não estanque, composto pela probidade, razoabilidade e cooperação no exercício da atividade administrativa.

2.2 Histórico da moralidade administrativa nas Constituições brasileiras

Constituição Imperial de 1824 já contemplava a repressão jurídica da corrupção política e administrativa, de modo que, no artigo 133, previa a responsabilização dos Ministros de Estado pelas seguintes condutas: peita, suborno ou concussão (inciso II), pela falta de observância da Lei (inciso IV) e por qualquer dissipação de bens públicos (inciso VI).

A Constituição Republicana de 1981, por sua vez, no artigo 54, definia como crime de responsabilidade do Presidente os atos que contrários a probidade da administração (inciso 6º).

⁹ CAMMAROSANO, Márcio. O princípio constitucional da moralidade administrativa. Enciclopédia Jurídica da PUCSO, tomo II. Direito Administrativo e constitucional/ coord, Vidal Serrano Nunes Jr. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 12.

¹⁰ CAMMAROSANO, Márcio. O princípio constitucional da moralidade administrativa. Enciclopédia Jurídica da PUCSO, tomo II. Direito Administrativo e constitucional/ coord, Vidal Serrano Nunes Jr. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 16.

Ainda na linha do tempo das constituições brasileira, é importante conferir destaque ao fato que Constituição de 1946, no artigo 141, § 31, previu sanção específica, de sequestro e de perda dos respectivos bens ou valores, para o enriquecimento ilícito dos servidores públicos e dos empregados autárquicos, dispondo como segue:

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: (...)

§ 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 sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica (...).

A atual disciplina constitucional acerca dessa maneira se encontra no art. 37 da CRFB/88, que, por sua vez, expressa a preocupação do Estado brasileiro com a moralidade no âmbito da administração pública, a qual, tanto a administração pública direta quanto a indireta, de qualquer dos entes federativos, está obrigado a respeitá-la, sendo possível concluir que o que é moralmente esperado dos indivíduos comuns é juridicamente exigível do funcionalismo público.¹¹

Acerca do referido dispositivo constitucional, Giacomuzzi (2002, p. 216) ensina que:

Pois bem. No artigo 37, entendo que a principal - não a única - função da moralidade administrativa é veicular ao Direito Público o princípio da boa-fé, que vem do Direito Privado. A boa-fé objetiva principalmente, porque a subjetiva está consubstanciada na improbidade administrativa, prevista no § 4º do mesmo art. 37.¹²

Giacomuzzi observa que o termo moralidade administrativa não tem previsão expressa nas constituições que inspiraram a carta magna brasileira, quais sejam a constituição alemã, portuguesa, francesa e italiana, mostrando como uma inovação na ordem constitucional, a qual o autor destaca como de grande importância.

¹¹ ¹¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Curso de filosofia do direito. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.592.

¹² GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 216; 230.

2.3 Mecanismos de proteção da moralidade administrativa

O texto constitucional também trouxe a previsão da moralidade administrativa no art. 5, LXXIII, ao tratar da previsão e cabimento da ação popular, importante instrumento de combate às práticas de atos lesivos praticados pelos administradores.

Por meio da ação popular, regulamentada pela Lei 4.717/65, qualquer cidadão pode deduzir a pretensão de anular atos do poder público contaminados de imoralidade administrativa, a despeito da verificação ou não de lesividade ao patrimônio público, no sentido econômico¹³.

Arns, em preciosa lição, ao tratar sobre a previsão das condutas ímprobas, ensina que:

Atualmente, os atos que caracterizam improbidade administrativa estão previstos na Lei nº 8.429/92, que veio a regulamentar o art. 37, §4º, da Constituição Federal de 1988, e, ao mesmo tempo revogou a Lei nº 3.164/57 e a Lei nº 3.502/58, ampliou as condutas consideradas ímprobas, vez que as leis anteriores sancionavam, tão somente, o enriquecimento ilícito.¹⁴

É importante conferir relevo ao fato de que, com o advento dessa Lei de Improbidade Administrativa (LIA), o ordenamento jurídico brasileiro passou a exigir a punição dos agentes causadores de lesão ao erário e violadores dos princípios informadores da administração.

Arns observa que, apesar de passadas mais de duas décadas da publicação deste diploma legal, ainda permanecem muitas controvérsias na sua aplicação, onde:

Muitas polêmicas surgiram quanto à natureza das sanções por atos de improbidade administrativa e, em virtude das nuances penais que nelas refletem, questionamentos sobre a aplicação de parâmetros que informam o direito criminal à Lei de Improbidade Administrativa (LIA).¹⁵

Ao analisar a natureza dos atos ímprobos previstos na Lei de Improbidade Administrativa, três grupos de improbidades administrativas: (i) no artigo 9º, condutas ímprobas que importam em enriquecimento ilícito; (ii) no artigo, condutas

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho Filho. Manual de direito administrativo. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Atlas: 2016. p.23.

¹⁴ ARNS, Rosana Claudia Howe. A lei de improbidade administrativa e o elemento subjetivo do tipo. 2016. p.6.

¹⁵ ARNS, Rosana Claudia Howe. A lei de improbidade administrativa e o elemento subjetivo do tipo. 2016. p.3.

que causam lesão ao erário e (iii) no artigo 11, condutas que violam os princípios da administração pública.¹⁶

A introdução do princípio da moralidade administrativa no bojo da redação constitucional pode ser interpretada, sem recalcitrância, como um esforço da nova ordem constitucional em afastar do âmbito da administração pública as espúrias práticas de desvios e de corrupção. Neste sentido, leciona Di Pietro (2009, p. 803):

Com a inserção do princípio da moralidade estendeu-se a toda a administração pública, e a improbidade ganhou abrangência maior, porque passou a ser prevista e sancionada com rigor para todas as categorias de servidores públicos e a abranger infrações outras que não apenas o enriquecimento ilícito.¹⁷

Em lição de inestimável valor, Di Pietro, ao se referir à moralidade administrativa, delimita que a mesma não se limita a mera exigência da observação dos comandos previstos nas normas jurídicas, mas também a estrita observação dos princípios éticos, de lealdade, e de boa-fé.

No mesmo entendimento, ensina Carvalho Filho (2016, p. 22) que:

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presente em suas condutas. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.¹⁸

Verifica-se, portanto, que adoção do princípio da moralidade administrativa reflete o fenômeno vivenciado pelos ordenamentos jurídicos alienígenas, onde, na contramão do positivismo jurídico, procura-se revitalizar o conteúdo axiológico do direito.

Nesse desiderato, a Constituição Brasileira não se limitou a simplesmente fazer menção ao princípio da moralidade administrativa, como também consagrou instrumentos de proteção do princípio em comento, os quais vale lembrar: A ação civil pública (CRFB/88 art. 129.III), e a ação popular (CRFB/88 art. 5º, LXXIII).

¹⁶ ¹⁶ ARNS, Rosana Claudia Howe. A lei de improbidade administrativa e o elemento subjetivo do tipo. 2016. p.6.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Curso de direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 803.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho Filho. Manual de direito administrativo. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Atlas: 2016. p.22.

Ademais, acrescenta-se que o ordenamento jurídico infraconstitucional ainda prevê a ação de improbidade administrativa como meio idôneo de responsabilização de um agente público que se desvia dos fins administrativos e morais determinados.

Da narrativa até aqui exposta, é cristalino que o princípio em debate tem por fim pacificar o entendimento de que no âmbito do direito público e no direito administrativo a supremacia pertence ao interesse público primário, e não à autoridade pública.

Cumpra-se destacar que embora a moralidade seja dotada de um alto grau de subjetividade, uma vez incorporada pelo ordenamento jurídico, é preciso delimitar um procedimento metodológico eficiente para mensurar se uma conduta é ou não ímproba, sob pena de tornar o exercício da atividade pública um verdadeiro oceano de incertezas, uma vez que o agente pode ser condenado em uma ação de improbidade administrativa por critérios altamente abstratos e de pouca verificação fora do mundo das ideias.

2.4 O elemento volitivo nos atos de improbidade

No que se refere aos atos de improbidade, em linhas gerais, não se pode lançar mão da análise da vontade do agente. Neste sentido, malgrado a referida temática ser abordada de maneira exauriente nos capítulos seguintes, é importante destacar que dentre as condutas previstas nos arts, 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, apenas o art. 10 admite a culpa do agente.

Malgrado as acirradas críticas oriundas da doutrina a respeito da aplicação de sanções à prática culposa dos atos previstos no art. 10 da LIA, o STJ vem firmando posição no sentido de que, a exemplo do decidido no REsp nº 842.428/ES, é possível a repressão aos atos previstos no artigo em comento, ainda que cometidos a título de culpa.

Ainda no contexto da relação entre o princípio da moralidade e os atos de improbidade administrativa, em preciosa lição, Arns (2016, p. 17) tem ensinado que:

(...) é de relevo mencionar que determinadas condutas previstas na Lei de Improbidade são dolosas por natureza. Isso quer dizer que não há como obter o resultado ilegal previsto na norma de maneira não intencional, pois o

dolo delas deflui de forma presumida – in re ipsa. Assim o é no caso do enriquecimento ilícito e de determinadas violações aos princípios administrativos.¹⁹

A citação acima transcrita refere-se às condutas previstas no art. 9º e 11 da LIA, as quais, não se caracterizam sem a presença do elemento volitivo doloso, de modo que em alguns atos, o dolo já faz parte do ato, e em outros, pela vontade livre e consciente de praticá-los, fale-se, neste último caso, em dolo genérico.

O elemento volitivo é indispensável para a aplicação das sanções previstas na LIA, de modo que, como explicou Zavascki (2011) *apud* Arns, que:

Em suma: o que a petição inicial descreve é, simplesmente, a prática de atos eivados de ilegalidade, não a prática de atos de improbidade. Ora, a ilegalidade, ainda que existente, por si só não autoriza a instauração de ação destinada a aplicar severas sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 para condutas de improbidade.²⁰

Deste modo, a improbidade é uma ilegalidade marcada pelo elemento subjetivo do agente, de modo que afastado o referido elemento, desclassificado deverá ser o ato.

¹⁹ ARNS, Rosana Claudia Howe. A lei de improbidade administrativa e o elemento subjetivo do tipo. 2016. p. 17.

²⁰ ARNS, Rosana Claudia Howe. A lei de improbidade administrativa e o elemento subjetivo do tipo. 2016. p. 18.

3. DA IMPRESCINDIBILIDADE DA EXISTÊNCIA DO DOLO PARA CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A demonstração da improbidade de algumas das condutas arroladas na Lei 8.429/92, especificamente as dos arts. 9º e 11, requer a demonstração, obrigatoriamente, da verificação da intenção dolosa do agente.

Neste ínterim, não há que se confundir improbidade com ilegalidade, de modo que para que uma conduta seja ilegal, basta que ela esteja em rota de colisão com algum comando proibitivo ou mandamental insculpido em lei; a outro giro, para que haja improbidade, o agente deve praticar ou deixar de praticar uma conduta, de modo consciente e voluntário, cujo resultado ocasionará: enriquecimento ilícito, lesão aos princípios da administração pública ou danos ao erário.

Na análise do dolo, a importância da comprovação do dolo do agente se perfaz em observância do objetivo da Lei de Improbidade Administrativa, a qual objetiva punir o desonesto, não o despreparado. Neste sentido, O Superior Tribunal de Justiça tem firmado entendimento: “De fato a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, desesperado, incompetente e desastrado”.²¹

Não há que se lançar mão da combinação entre improbidade e desonestidade, parcialidade, deslealdade, vez que se o sujeito adota interpretação que ofende a lei não será passível das sanções referentes a improbidade.²²

3.1 Dos Atos Que Importam Enriquecimento Ilícito

Dispõe o art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa da forma que segue:

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

²¹ (STJ REs 213.994-0/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Garcia Vieira, Publicação em 27/9/1999).

²² JUSTEN FILHO, *apud* Costa 2012, p.1024.

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.²³

O legislador, ao elaborar a Lei 8.429/92, utilizou-se de técnicas legislativas distintas, as quais resultarem em um diploma legal que contém tanto tipos fechados quanto tipos abertos de condutas. Em preciosa lição Garcia *apud* Arns (2016), ensina que:

(...) depreende-se a coexistência de duas técnicas legislativas: de acordo com a primeira, vislumbrada no caput dos dispositivos tipificadores da improbidade, tem-se a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, apresentando-se como instrumento adequado ao enquadramento do infindável número de ilícitos passíveis de serem praticados, os quais são frutos inevitáveis da criatividade e do poder de improvisação humanos; a segunda, por sua vez, foi utilizada na formação de diversos incisos que compõem os artigos 9º, 10 e 11, tratando-se de previsões, específicas ou

²³ BRASIL. Lei 3.689/41 – Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 09/12/ 2017.

passíveis de integração, das situações que comumente consubstanciam a improbidade, as quais, além de facilitar a compreensão dos conceitos indeterminados veiculados no caput, têm natureza meramente exemplificativa, que deflui do emprego do advérbio 'notadamente'.²⁴

Nesse diapasão, ainda que tenha andado bem o legislador ao adotar a técnica retromencionada, é importante que seja fixado um método - objetivo e eficaz - para mensurar se a conduta realmente é ímproba, sob pena de lançar a administração pública no lamaçal da incerteza e da ingovernabilidade.

Deste modo, sem que sejam estabelecidos os referidos métodos de depuração da conduta administrativa, a Legislação sob análise, a qual visa afastar do seio da administração pública as pessoas desonestas, seria contraproducente, afastando, portanto, as pessoas probas e de reputação ilibada, as quais poderiam a vir a ter, por um deslize ou por outro, sua reputação manchada em virtude de uma eventual condenação em ação de improbidade administrativa.

Dentre as principais digressões a respeito dos atos de improbidade previstos no art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa, ainda que o rol acima transcrito não seja estanque, para se perquirir se a conduta é ou não ímproba deve ser observando um conjunto de requisitos, metodicamente delineados por Neves e Oliveira (2014) como sendo:

a) Recebimento da vantagem indevida; b) conduta dolosa por parte do agente ou do terceiro; c) nexos causal ou etiológico entre o recebimento da vantagem e a conduta daquele que ocupa cargo ou emprego, detém mandato, exerce função ou atividade nas entidades mencionadas no art. art. 1ª da LIA.²⁵

Em relação ao primeiro requisito acima mencionado, verifica-se que não basta a mera promessa de vantagem indevida para a caracterização da improbidade administrativa, é necessário o efetivo recebimento da mesma. Do contrário, a mera aceitação da promessa ou o efetivo recebimento de vantagem não patrimonial configuram os atos ímprobos previstos no art. 11 da Lei 8.429/92.

Quanto ao segundo requisito, conferindo relevo à análise do dolo do agente, Garcia e Alves *apud* Costa lecionam que não basta a demonstração entre a

²⁴ ARNS, Rosana Claudia Howe. A lei de improbidade administrativa e o elemento subjetivo do tipo. 2016. acesso em <03/12/2017>.

²⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de improbidade administrativa. 2ª. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

conduta do sujeito e o resultado lesivo, deve existir um vínculo subjetivo entre o agente e sua conduta, e entre esta e o resultado.

Neves e Oliveira²⁶ apregoam, enfaticamente, que, no que tange as condutas previstas no art. 9º da LIA, a mera verificação de culpa não é suficiente para caracterizar a improbidade, sendo indispensável a comprovação da intenção do agente em obter a vantagem patrimonial, sabidamente indevida.

Nesse contexto, outro ponto que merece destaque é que, da observância do *caput* do art. 9º da Lei 8.429/92, não existe a previsão das práticas das condutas ali arroladas de maneira omissiva. Ao comentar sobre esta ausência, Carvalho Filho²⁷ afirma que “ninguém pode ser omissivo para receber vantagem indevida, aceitar emprego ou comissão ou utilizar em seu favor utensílio pertencente ao patrimônio público”.

Deste modo, a despeito das previsões contidas no art. 10 e 11 da legislação em tela, há que se interpretar a omissão do legislador como de forma intencional, por duas razões: A primeira, de ordem hermenêutica, verifica-se no direito brasileiro o viés garantista, onde só é permitida a limitação de direitos individuais por expressa previsão legal; A segunda, de ordem lógica, se consubstancia na interrogação: Se o legislador fez expressa menção às condutas ímprobadas omissivas no arts. 10 e 11 da LIA, por que economizou palavras no art. 9º?

3.2 O Dano ao Erário e a Conduta Ímproba

Dentre todas as condutas que importem em atos de improbidade, as capituladas no art. 10 da Lei 8.429/92 são, sem sombras de dúvidas, as mais espinhosas. Prescreve o referido art. 10:

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. 1.º 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

²⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de improbidade administrativa. 2ª. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 76.

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho Filho. Manual de direito administrativo. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Atlas: 2016. p.994.

ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1.º 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. 1.º 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. 1.º 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. 1.º 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. 1.º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

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

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

Os atos ímprobos, previstos no artigo em comento, demandam a necessária verificação da lesão ao erário e a conduta culposa ou dolosa do agente, sendo dispensável o enriquecimento ilícito.²⁸

É importante destacar que a expressão “erário” se refere aos recursos financeiros oriundas da Administração Pública, diferenciando-se, portanto, da expressão “patrimônio”, o qual se refere a tantos os bens materiais e econômicos quanto aos bens imateriais e sem valor econômico correspondente.

²⁸ ²⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de improbidade administrativa. 2ª. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Considerando a possibilidade do elemento subjetivo culposo ensejar um ato de improbidade, não se pode superar este fato sem lançar algumas críticas contundentes, vez que o legislador parece ter descaminhado do sentido de punir o administrador desonesto, passando a sancionar também o inábil.

Em preciosa lição, Neves e Oliveira (2014) ensinam que:

Parte da doutrina argumenta que a instituição legal da modalidade culposa da improbidade administrativa seria inconstitucional, uma vez que o art. 10, caput, da Lei de Improbidade Administrativa, teria extrapolado os termos do art. 37, § 4.º, da CRFB, para punir não apenas o agente desonesto, mas, também, o inábil. Nessa linha de raciocínio, a legislação infraconstitucional não poderia “inovar” para considerar ato de improbidade aquele praticado de forma involuntária ou de boa-fé.²⁹

Deste modo, é patente a inconstitucionalidade da previsão culposa dos atos de ímprobos, visto que a mesma se localiza na contramão do desiderato constitucional de punir, com maior rigor, o agente desonesto. Com estas admoestações, não se advoga em favor do agente desidioso ou descuidado, mas se zela pela observância da legalidade constitucional e o aprimoramento da condução da administração pública.

Ademais, merece relevo mencionar que uma vez ausente o efetivo prejuízo aos cofres públicos, não há que se falar nas condutas ímprobos previstas no art. 10 da LIA, podendo sobejar a incursão nos tipos previstos nos art. 9º e 11 do mesmo diploma legal, desde que sejam verificados os requisitos pertinentes a cada um, anteriormente comentados neste trabalho monográfico.

Tendo em vista o caráter patrimonial do bem jurídico lesado, deve ser considerado o montante do prejuízo causado, tendo em vista que uma futura condenação em ação de improbidade administrativa poderá despender mais recursos do estado do que os que serão reavidos, movimentando a máquina pública por razão inexpressiva.

Neste sentido, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal já firmou orientação reconhecendo que, se a lesão for de pequena monta, é possível o arquivamento da investigação ou a solução extrajudicial da controvérsia.

O combate à corrupção privilegiará os casos em que o prejuízo ao erário ou o enriquecimento ilícito, atualizado monetariamente, seja superior a vinte mil

²⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de improbidade administrativa. 2ª. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

reais, tendo em vista os princípios da proporcionalidade, da eficiência e da utilidade. Nos casos em que o prejuízo for inferior, é admissível a promoção de arquivamento sujeita à homologação da 5ª Câmara, ressalvadas também as situações em que, a despeito da baixa repercussão patrimonial, verifique-se a ofensa significativa a princípios ou a bens de natureza imaterial merecedores de providências sancionatórias, no campo penal e/ou da improbidade administrativa (5ªCCR, 2017).³⁰

Deste modo, a hermenêutica jurídica dá sinais de que, embora reconheça a importância da ação de improbidade administrativa, está consciente do impacto ocasionado pela referida ação possa causar no âmbito da administração pública, vez que nem sempre será a alternativa mais viável para coibir alguns, que mesmo sendo meras irregularidades, recebem contornos de improbidade.

3.2.1 A Lei Complementar 157/16 e a criação de um novo tipo de Improbidade Administrativa

A Lei Complementar 157/16 inseriu na Lei 8429/92 o art. 10-A, que por sua vez passou a contemplar uma nova espécie de ato ímprobo, qual seja:

Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

O artigo em comento faz referência a Lei Complementar 116/13 (Lei do ISSQN), especificamente ao imposto sobre serviços de qualquer natureza que dispõe que o referido imposto contará com uma alíquota mínima de 2% (dois por cento), sendo veda a edição de legislação que desrespeite este piso.

Nesse diapasão, é indevida a conduta de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, estendendo-se até a redução da base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, que resulte em carga tributário menor que a aplicação da alíquota retromencionada.

Carvalho (2016, p. 970) confere destaque ao fato de que o ato ímprobo em análise, se resume a tão somente o Imposto Sobre Serviço - ISS. Nesse sentido, dispõe o autor:

Saliente-se que o novo ato de improbidade não se estende a qualquer

³⁰ 5ªCCR. Enunciado nº 3/2017. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-3_2017.pdf>

tributo, mas tão somente ao ISS que foi objeto de tratamento pela LC 157/16. Com efeito, a concessão indevida de isenções tributárias continua sendo considerada ato de improbidade que causa dano ao erário, nos moldes do art. 10 da Lei 8.429/92, não estando abarcada na nova espécie legislativa.³¹

Com efeito, é importante ressaltar que o ISSQN é um imposto cuja competência de criação pertence aos Municípios e ao Distrito Federal. A partir de uma análise aguçada a respeito do intenção do legislador ao criar este imperativo legal, percebe-se que sua finalidade é de evitar uma "guerra fiscal" entre os municípios, os quais poderiam se valer de isenções ou alíquotas irrisórias como atrativo para empresas.

O desrespeito ao comando legal sob enfoque poderá ensejar sanções de natureza civil, penal e administrativa, além de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito anos) e multa civil de até 3 (vezes) o valor do benefício financeiro ou tributário concedido, bem como o ressarcimento ao erário.

Superadas estas considerações iniciais, faz-se mister direcionar os esforços para o elemento volitivo do agente que pratica esta espécie de improbidade.

Esta conduta ímproba, de natureza *sui generis*, demanda, impreterivelmente, a verificação do dolo. Não se admite que uma conduta culposa, que importe na fixação de ISS contrária a disposição legal, caracterize um ato de improbidade. Nessa linha de intelecção, é possível constatar que ao contrário do disposto no art. 10, em que erroneamente tem se concebido uma série de condutas culposas que denotam condutas ímprobos, o art. 10-A consagra uma espécie que requer a necessária constatação da intenção do agente.

Soma-se a ideia do parágrafo anterior a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que vem apregoando só ser possível a punição do agente que pratique culposamente um ato de improbidade administrativa se a legislação trazer expressamente esta possibilidade. Do contrário, é inadmissível.

Declinando seus esforços sobre o assunto, Carvalho³² discorre acerca do caminho trilhado pelo STJ na construção do entendimento mencionado no parágrafo

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho Filho. Manual de direito administrativo. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Atlas: 2016. p.970.

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho Filho. Manual de direito administrativo. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Atlas: 2016. p. 962.

acima: "Isso porque, em interpretação sistemática do texto legal, a Corte entendeu que os atos culposos estão expressamente delimitados pela lei e, quando o texto legal silencia, só se admite a sanção a título de dolo. "

Diante desta argumentação, é importante consignar dois parâmetros a respeito da conduta prevista no art.10-A da Lei, sendo eles: a) Só haverá improbidade administrativa com base neste dispositivo legal se a conduta ímproba for cometida a título de dolo; b) A culpa, inidônea a configurar a espécie ímproba sob enfoque, afigura-se, como exaustivamente demonstrado no presente trabalho monográfico, na contramão da nova ordem constitucional vivenciada pelo Brasil desde a Carta Magna de 1988.

3.3 Atos que Importam em Lesão aos Princípios da Administração Pública

De acordo com o art. 11 a Lei de Improbidade Administrativa, constituem atos de improbidade:

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.
- VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;
- IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.

Nestes termos, será reputada como ato de improbidade administrativa as condutas, comissivas ou omissivas, que atente contra os princípios da administração

pública, na contramão da do dever de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.³³

A regra insculpida no artigo sob análise consagra o princípio da juridicidade, o qual impõe, ao administrador público, obediência a todos os princípios reconhecidos pela comunidade jurídica.

No tocante a este arcabouço principiológico, vale lembrar que estes não são um rol estanque contido no art. 37 *caput* da CF/88, de modo que compreendem ainda, os demais princípios relacionados a administração pública, sejam eles expressos e implícitos. Como exemplo, cumpre ressaltá-los: Legalidade, Moralidade, Eficiência, Publicidade, Razoabilidade, Proporcionalidade Finalidade Pública, Autotutela, Continuidade do Serviço Público, Segurança Jurídica e outros.

No entanto, para que haja a efetiva verificação do ato de improbidade administrativa, há que se perquirir e comprovar a existência de dolo. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o intérprete do direito deve acautelar-se da confusão entre uma conduta ímproba e uma conduta irregular, posto a ausência de má-fé do administrador.

A Suprema Corte também aproveitou a oportunidade do julgamento do Recurso Especial n. 480387 SP 2002/014985-2 para cimentar que é cediço que a má-fé do ato ímprobo é premissa *sine qua non*, de modo que a ilegalidade só adquiriria os contornos de improbidade quando a conduta que ferir os princípios da administração pública estiver imbuída da má fé do administrador.³⁴

Agindo como agiu, o STF, em harmonia com os princípios constitucionais e republicanos, definiu um parâmetro, que embora seja dotada de subjetividade, evita que os meros deslizes dos administradores venham a ser condenados em uma ação de improbidade por desrespeito à legalidade.

No que se refere à comissão ou omissão do agente, não restam maiores dúvidas a respeito da temática, visto que o *caput* do art. 11 da LIA traz a previsão expressa da possibilidade de um conduta omissiva ensejar um ato de improbidade.

Neste diapasão, verifica-se que, muito embora a doutrina e a jurisprudência já tenham definido um método razoável de mensuração das práticas que desrespeitem os princípios administrativos, qual seja: a) conduta dolosa do

³³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de improbidade administrativa. 2ª. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

³⁴ STJ, REsp 480.387/SP, Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 16.03.2004, DJ 24.05.2004, p. 163.

agente; b) nexos de causalidade; c) desrespeito aos princípios expressos ou implícitos da administração pública, verifica-se que esse método ainda é muito dotado do subjetivismo e de conceitos amplos, os quais podem vir, se mal interpretados, a criarem um cenário de completa instabilidade na atividade pública e governamental.

Ante a esta narrativa, é patente a necessidade de uma atualização do método de mensuração das condutas ímprobas previstas no art. 11 da LIA, as quais se caracterizam tão somente quando o agente vier a agir de má-fé, em desacordo com os princípios norteadores da administração pública, ocasionando um prejuízo sensível e concreto à imagem da coisa pública.

4. A ATUAÇÃO DAS CORTES SUPERIORES ANTE A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NA APLICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DA LEI 8.429/92

Da leitura do acórdão *a posteriori*, pode-se notar que o Juízo ao tecer sua “tese”, evidencia a necessidade da caracterização do dolo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sufragado, especificamente, REsp 1215628 / SP de relatoria do Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgado em 07/08/2014 e publicado no DJe em 17/09/2014, trata do amoldamento da conduta no artigo 11 da Lei 8.429/92, da seguinte maneira:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS, APÓS LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONVITE, PELO MUNICÍPIO DE PIRAJUÍ/SP. QUATRO ADVOGADOS NO QUADRO DA MUNICIPALIDADE. ASSISTÊNCIA JURÍDICA QUE ALMEJAVA AO ACOMPANHAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM TRÂMITE NA CAPITAL DO ESTADO.

AMOLDAMENTO DA CONDUTA NO ART. 11, CAPUT DA LEI 8.429/92.

AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. INSINDICABILIDADE, NESTE CASO, DO MÉRITO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO DOS RECORRENTES. RECURSOS PROVIDOS. CONCESSÃO DE EFEITO EXPANSIVO SUBJETIVO, PARA ABSOLVER O EX-PREFEITO, NÃO RECORRENTE.

1. A configuração do ato de improbidade prevista no art. 11 da LIA exige a comprovação de que a conduta tenha sido praticada por Agente Público (ou a ele equiparado), atuando no exercício de seu múnus público, devendo estar preenchidos, ainda, os seguintes requisitos: (a) conduta ilícita; (b) tipicidade do comportamento, ajustado em algum dos incisos do dispositivo; (c) dolo; (d) ofensa aos princípios da Administração Pública que, em tese, resulte um prejuízo efetivo e concreto à Administração Pública ou, ao menos, aos administrados, resultado este desvirtuado das necessidades administrativas.

2. In casu, sequer restou alegada e muito menos comprovada a ilegalidade da conduta perpetrada pelos Agentes Públicos e máxime pelo Advogado contratado, pois, em princípio, o simples fato de o Município de Pirajuí/SP possuir, à época, quatro Advogados não eiva de irregularidade a contratação do Causídico formalizada entre o Ente Municipal e o Procurador recorrente, já que, no decorrer do exercício da atividade pública, à Municipalidade podem surgir questões de interesse público que demandem a formalização de contrato administrativo para prestação de serviços advocatícios.

3. A contratação dos serviços advocatícios pelo valor de R\$ 7.850,00 foi precedida por procedimento licitatório, na modalidade Convite, sem que nele fossem apontadas quaisquer irregularidades, em consonância com as exigências impostas pelo art. 23, II da Lei de Licitações.

4. Ademais, não há qualquer comprovação e nem mesmo alegação de pagamento de propina, de grau de parentesco entre as partes, de supervalorização do serviço contratado ou mesmo não prestação adequada do serviço advocatício.

5. Especificamente em relação ao Advogado contratado, consigne-se que ele apenas participou regularmente de uma licitação, logrando-se vencedor, não sendo admissível a sua condenação por improbidade pela mera participação em certame público elaborado pelo Ente Municipal, desatrelada

de qualquer comprovação ou mesmo de alegação de conluio ou fraude licitatória, tornando-se ilegítimo imputar-lhe ato ímprobo com esteio em meras conjecturas da parte recorrida, que deve comprovar cabalmente, neste caso, o intuito malsã do Causídico.

6. A análise acerca da necessidade de interesse público a ser tutelada pelo contrato envolve, sobretudo, um juízo discricionário do Administrador acerca da conveniência e da oportunidade da contratação que, na hipótese em exame, considerou a notória e incontroversa especialização do Causídico contratado, e que o Agravo de Instrumento, cujo acompanhamento fora objeto de acordo, tramitava no domicílio do Advogado (Cidade de São Paulo), e não na Comarca do território Municipal. A contratação do Advogado, dest'arte, foi motivada pelas circunstâncias do caso concreto e, por estar atrelada ao interesse público Municipal, não teve o intuito imediato de beneficiar particulares ou os próprios Administradores, sendo do Prefeito o juízo de tal conveniência.

7. Se a contratação obedeceu aos trâmites legais, a análise, pelo Poder Judiciário, da opção do Ente Municipal quanto ao Advogado que deveria atuar junto ao TJSP (se um dos quatro Causídicos do Município de Pirajui/SP ou um Procurador Particular), no Agravo de Instrumento que tramitava na Comarca de São Paulo, configura indevida interferência do Órgão Julgador no exame discricionário da Administração acerca da escolha do profissional mais compatível com a finalidade pública almejada, correspondente à convicção de que o profissional eleito é o mais indicado dentre os demais, por incutir-lhe a confiança de que seu desempenho produzirá a atividade mais útil para o sucesso na demanda jurisdicional.

8. Recursos Especiais providos, para absolver os recorrentes do ato de improbidade que lhes é imputado, por ausência de tipicidade; atribuição de efeito expansivo subjetivo à presente decisão, para absolver o ex-Prefeito da condenação de igual natureza.

Nesse diapasão, reforçando a tese supracitada, encontra-se presente já nos entendimentos recentes da Corte Superior, que atua de forma pontual no REsp 1637840 / MA de relatoria do Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 13/12/2016 e publicado no DJe 19/12/2016:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATO VIOLADOR DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. MALVERSAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS POR PREFEITO. ATO DE IMPROBIDADE TIPIFICADO PELO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. DOLO GENÉRICO RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME FÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, substanciada pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.

2. É pacífica a jurisprudência do STJ de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé.

3. O Tribunal de origem foi categórico ao destacar que o recorrente, no exercício do mandato de Prefeito Municipal, não obstante a não comprovação de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito, praticou atos ilegais e contrários ao interesse público, caracterizada má-fé com flagrante violação aos princípios da Administração Pública, razão pela qual aplicou o art. 11 da Lei de Improbidade.

4. Nesse contexto de limitação cognitiva, a alteração das conclusões firmadas pelas instâncias inferiores somente poderia ser alcançada com o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

5. No mais, cabe esclarecer, quanto ao artigo 11 da Lei 8.429/1992, que a jurisprudência do STJ, com relação ao resultado do ato, firmou-se no sentido de que se configura ato de improbidade a lesão a princípios administrativos, o que, em regra, independe da ocorrência de dano ou lesão ao Erário.

6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

Nessa esteira, contamos com mais uma dissertação clara e objetiva desta Corte Superior, diante de tamanha certeza e simplicidade do tema, em AgRg no AREsp 409732 DF, julgado em 05/12/2013 e com publicação no DJe em 16/12/2013, de relatoria do Ministro Og Fernandes:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATRASO NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. DOLO NÃO COMPROVADO. INEXISTÊNCIA DE ATO DE IMPROBIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. O entendimento desta Corte é que não configura ato ímprobo o mero atraso na prestação de contas pelo gestor público, sendo necessário, para a adequação da conduta ao art. 11, inc. VI, da Lei n. 8.429/1992, a demonstração de dolo, ainda que genérico.

2. **O acórdão recorrido não traz nenhum elemento fático que indique ação dolosa do agente público, o que afasta a ação de improbidade.** A revisão de tal entendimento é inviável nos termos da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

Nessa margem, dissertou objetivamente a Corte Superior quanto as alegações genéricas, em AgRg no AREsp 81766 / MG , julgado em 07/08/2012 com data de publicação no DJe em 14/08/2012, de relatoria do Ministro Humberto Martins:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. **ALEGAÇÃO GENÉRICA.** SÚMULA 284/STF. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DE DOLO E MÁ-FÉ.

1. É assente nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do art. 10.

2. No caso dos autos, as premissas fáticas assentadas pela origem dão conta de que o ex-prefeito demitiu irregularmente servidores públicos, sob o

entendimento de "estar atendendo às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal, ao reduzir as despesas com pessoal desnecessário". **Não havendo comprovação do dolo de prejudicar os lesados, ou favorecer terceiros, dano ao erário, e que, tampouco, "o agente público agiu visando outro fim que não o bem público".**

3. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo; e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvados pela má-intenção do administrador. Precedente: REsp 1.149.427/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17.8.2010, DJe 9.9.2010. Agravo regimental improvido.

Ainda na linha intelectual da imprescindibilidade do dolo, Relatou o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho da Primeira Turma do STJ em 06/10/2015, da seguinte maneira:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**. CERCEAMENTO DE DEFESA. O JUIZ PODE JULGAR ANTECIPADAMENTE A LIDE SE OS ELEMENTOS CONSTANTES DOS AUTOS FOREM SUFICIENTES À FORMAÇÃO DE SUA CONVICÇÃO. AGENTES POLÍTICOS. SUJEIÇÃO ÀS SANÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE. CONDENAÇÃO DO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MARÍLIA/SP, **COM FUNDAMENTO EM CULPA, POR TER VIOLADO PRINCÍPIOS NUCLEARES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AMOLDAMENTO DA CONDUTA NO ART. 11, I DA LEI 8.429/92. IMPRESCINDIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO). TIPCIDADE DA CONDUTA NÃO CONFIGURADA**. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. Em âmbito judicial, vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas. Assim, se o Magistrado, analisando as provas dos autos, entender não haver necessidade de produção de prova testemunhal para o julgamento da lide, não há que se falar em cerceamento de defesa na impugnação do pedido.

2. Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República, cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (arts. 85 e 86 da CF/88), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

3. **A CONDUTA DO AGENTE, NOS CASOS DOS ARTS. 9º. E 11 DA LEI 8.429/92, HÁ DE SER SEMPRE DOLOSA, POR MAIS COMPLEXA QUE SEJA A DEMONSTRAÇÃO DESSE ELEMENTO SUBJETIVO; NAS HIPÓTESES DO ART. 10 DA LEI 8.429/92, COGITA-SE QUE POSSA SER CULPOSA, MAS EM NENHUMA DAS HIPÓTESES LEGAIS SE DIZ QUE POSSA A CONDUTA DO AGENTE SER CONSIDERADA APENAS DO PONTO DE VISTA OBJETIVO, GERANDO A RESPONSABILIDADE OBJETIVA.**

4. **Não há, pois, violação culposa dos princípios explicitados no art. 11. Ninguém é desonesto, desleal ou parcial por negligência. Ou o agente público labora movido pelo dolo (e pratica ato de improbidade) ou não se aperfeiçoa a figura do art. 11. Seja *in vigilando*, seja *in committendo*, seja *in omittendo*, seja *in custodiendo*, a culpa não cabe na consideração dos atos de improbidade alocados no art. 11, conforme orienta a doutrina.**

5. Em se tratando de ação civil pública, a condenação em honorários advocatícios será cabível desde que verificada a má-fé da parte autora, nos

termos do art. 18 da Lei 7.347/85 (AgRg no REsp. 1.100.516/PR, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 12.5.2015), o que não se verifica na hipótese, em princípio.

6. Recurso Especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido na Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa, sem condenação em honorários advocatícios.

(REsp 1530234/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 15/10/2015)

Não há como negar que o entendimento constante do acórdão é o que melhor reflete a vontade do legislador, devendo prevalecer no caso, uma vez que a jurisprudência adotou a tese de que é exigível a presença do dolo específico de causar dano ao erário e a caracterização do efetivo prejuízo para que seja tipificado o ilícito previsto nos supracitados nos artigos 10, xi, e 11, *caput*, da LIA.

Assim, a partir do citado *leading case* restou consolidado o entendimento no Superior Tribunal de Justiça, de que para a configuração dos atos de improbidades dos artigos 10, xi, e 11, *caput*, da LIA é imprescindível a comprovação do dolo específico do agente em causar dano ao erário, bem como é exigida a efetiva demonstração do prejuízo à Administração Pública, ou seja, tais atos são puníveis quando produzem resultados danosos, sendo irrelevante a conduta formal de alguém que desatende formalidades, se não houver consequência patrimonial para o órgão público.

Na linha intelectual dos julgados supracitados, reforçamos a tese da imprescindibilidade do dolo para a caracterização do ato de improbidade administrativa.

4.1 Breves considerações quanto a aplicação da Indisponibilidade dos Bens

É possível a decretação da indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa independentemente da comprovação de que o réu esteja dilapidando o patrimônio ou esteja na iminência de fazê-lo. Isso porque a medida visa justamente evitar que ocorra tal dilapidação, não sendo razoável aguardar atos concretos direcionados à diminuição ou dissipação dos bens do demandado. Exigir a comprovação de que tal fato esteja ocorrendo ou prestes a ocorrer torna inócua a medida cautelar. O artigo 7º da Lei de Improbidade Administrativa reclama apenas, para o cabimento da indisponibilidade, a demonstração, numa cognição sumária, de

que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito.

E nesse diapasão, por meio de tema tido como Recurso Repetitivo no REsp 1366721 / BA Recurso Especial 2013/0029548-3, de Relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, S1 – Primeira Seção, data de Julgamento: 26/02/2014, com data de publicação em 19/09/2014, dispõe acerca da argumentação acima exposta, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI N. 8.429/1992, QUANTO AO PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. MATÉRIA PACIFICADA PELA COLETA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido, em virtude de imputação de atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992).

2. Em questão está a exegese do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário.

3. A respeito do tema, a Coleta Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes (Recurso Especial 1.256.232/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/9/2013, DJe 26/9/2013; Recurso Especial 1.343.371/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/4/2013, DJe 10/5/2013; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 197.901/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 28/8/2012, DJe 6/9/2012; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 20.853/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/6/2012, DJe 29/6/2012; e Recurso Especial 1.190.846/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 10/2/2011) de que, "(...) no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual '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'. O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à

norma afastando o requisito da demonstração do *periculum in mora* (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido".

4. Note-se que a compreensão acima foi confirmada pela referida Seção, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.315.092/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 7/6/2013.

5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o *periculum in mora* encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa.

6. Recursos especiais providos, a que restabelecida a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos.

7. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução n. 8/2008/STJ.

Por outro lado, por outro ponto de vista, entende-se que não é possível a decretação da indisponibilidade de bens com o recebimento da petição inicial de ação de improbidade administrativa quando não se demonstrou que o demandado tivesse praticado, ou tentado praticar, atos visando onerar, dilapidar ou alienar seus bens, ou parte eles, no intuito de dificultar ou impossibilitar eventual ressarcimento futuro ao erário. Isso porque é indispensável que o pedido de constrição demonstre a presença concomitante dos dois requisitos típicos dessa modalidade de tutela, a saber, o "*fumus boni juris*" e o "*periculum in mora*".

A demonstração do "*periculum in mora*", por se tratar de requisito de natureza essencialmente factual, não se pode ter por configurada com a só aceitação da petição inicial. O perigo não pode ser presumido, exige-se que se revele por meio de indícios confiáveis. O perigo da demora não pode ter como fundamento a gravidade do fato alegado na inicial, que sequer restou comprovado, havendo com essa interpretação uma distorção do instituto, que se ampara em provas concretas acerca do risco da demora na prestação jurisdicional, ou seja, em evidências veementes de que o acusado está tentando dilapidar seu patrimônio.

Desta feita, deveria se promover a segurança jurídica e impedir que sejam cometidos excessos ou condutas imoderadas, invocando-se o princípio da razoabilidade para deferimento de cautelar de indisponibilidade de bens.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como são os Tribunais que acabam por dar contornos finais aceitos à aplicação de uma Lei, todas dependem de um certo tempo de existência para atingir uma maturidade de incidência. Hoje, passados mais de 20 anos da publicação da LIA, é possível afirmar que há contornos densos definidos para vários aspectos do diploma legal. Parece-nos incontestável que, ainda que a lei não exija expressamente o elemento subjetivo nos grupos de improbidade administrativa previstos nos artigos 9º e 11, tal requisito decorre da inexistência de responsabilidade objetiva para atos de improbidade administrativa no direito pátrio.

A responsabilidade subjetiva, por sua vez, impõe a demonstração da culpabilidade do agente. Nesse sentido, apesar das divergências doutrinárias, no âmbito jurisprudencial encontra-se pacificado que o elemento volitivo exigido para os atos que importam em enriquecimento ilícito e para os atos que importam em violação aos princípios da administração pública (artigos 9º e 11) é o dolo e que os atos que causem dano ao erário são puníveis por dolo e por culpa.

Encontra-se, também, definido que o dolo exigido para a configuração do artigo 11 é o dolo genérico, consistente na vontade livre de praticar a conduta ilegal, e que constitucional a previsão de improbidade administrativa culposa, sendo, no entanto, exigido para a configuração do artigo 10 a demonstração de culpa grave. Por outro lado, necessário ter em mente que o dolo e a culpa exigidos pelo direito administrativo não possuem exatamente os mesmos contornos desses elementos no direito penal. Até porque, esse diploma normativo, apesar de abranger o particular em determinadas hipóteses, destina-se aos agentes públicos, dos quais se espera um comportamento adequado no trato da coisa pública.

Ainda, apesar de pacificado que a ilegalidade que caracteriza a improbidade administrativa é uma ilegalidade qualificada pelo dolo, é de relevo que não se confunda o dolo com má-fé, pois a má-fé possui nuances dispensáveis para a caracterização do elemento subjetivo dos atos de improbidade. Não obstante tudo isso, percebe-se que ainda há muito a avançar. Isso porque, imprescindível que o Superior Tribunal de Justiça, no exercício de sua função precípua, de manter a integridade do ordenamento jurídico por meio de sua interpretação acerca da lei federal, estabeleça critérios claros a respeito das atitudes que evidenciam o dolo do agente público a caracterizar a improbidade administrativa, ou seja, quais elementos

identificáveis na prática da conduta são suficientes para demonstrar que agiu de forma dolosa.

Afirma-se isso tendo em conta que, da análise das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, percebe-se, em especial quando se trata da violação dos princípios da administração pública, que ora se afirma presença do dolo, ora se afirma a ausência do dolo, sem que haja, no entanto, na grande maioria destas decisões, a indicação dos fundamentos que levaram a tais conclusões.

Ademais, fora abordado alguns dos principais julgamentos dos Tribunais Superiores relevantes para a compreensão da matéria, inclusive com as mudanças de entendimento que ocorreram, e quiçá ainda venham a ocorrer, especialmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Destacando ainda, a posição do Ministério Público, que desde o fim dos anos 90, nas lides forenses, defende a sujeição dos agentes políticos à LIA de forma concorrente às demais normas de responsabilização por crimes de responsabilidade; e perante o juízo monocrático, sob uma perspectiva constitucional de tratamento isonômico e de aversão a prerrogativas.

Em suma, é possível concluir que a coexistência de múltiplos sistemas de responsabilização dos agentes políticos, para além de obedecer aos ditames constitucionais e legais, atende aos anseios de uma sociedade cada vez mais avessa a atos ímprobos na gestão da coisa pública e contrária a prerrogativas.

REFERÊNCIAS

- _____. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 26 nov. 2017.
- ANGHER, Joyce. **Vade Mecum de Direito Rideel**. 19. ed. São Paulo: Rideel, 2014.
- ARNS, Rosana Claudia Howe. **A lei de improbidade administrativa e o elemento subjetivo do tipo**. 2016. acesso em <03/12/2017>.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.115; 589.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 26 nov. 2017.
- CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. Enciclopédia Jurídica da PUCSO, tomo II. Direito Administrativo e constitucional/ coord, Vidal Serrano Nunes Jr. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 12; 14.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho Filho. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Atlas: 2016. p.22; 23.
- COSTA, Renato Saeger Magalhães. A imprescindibilidade da má-fé para a configuração dos atos de improbidade administrativa. Publicado em: **Revista digital de direito administrativo**. 2014.
- DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes. **O Limite da Improbidade Administrativa. O Direito dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92**. 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 803; 804.
- GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do Agente Público**. 2a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 216; 230.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. **Revista digital de direito administrativo**, São Paulo, vol 3, n.1, 2016. Disponível em < www.revistas.usp.br/rdda> acesso em 26 de nov, de 2017.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. rev. ampl. E atual. Até a Emenda Constitucional 92. São Paulo: Malheiros, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**. 2ª. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa. Má gestão pública. Corrupção. Ineficiência**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 6a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.