

# ELEMENTO OBJETIVO E SUBJETIVO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Eduardo Henrique de Almeida Aguiar<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

O agente público e os terceiros responsáveis por bens e valores públicos gerem a coisa pública (*res publica*), e como tal, não podem dispor destes bens e valores do modo como bem entenderem, mas sim segundo as normas jurídicas que regulamentam o agir das pessoas que integram a Administração Pública. Este é o sentido do princípio da legalidade em direito Administrativo, o de que o agente público somente pode fazer o que a norma jurídica lhe permite fazer. Qualquer ato do administrador público que não esteja condizente com o disposto na norma de regência será ilegal, e, portanto, será nulo. Ocorre que o administrador não necessita seguir apenas a legalidade, mas também outros princípios administrativos, como a moralidade, de modo que não basta que o ato esteja de acordo com o disposto na norma de regência, mas deve ser também um ato de acordo com a moral, que preserve o bem público e vise à satisfação do interesse público sem ferir regras de ordem moral e ética.

Por gerir a coisa pública, o agente público deve atuar com probidade, com zelo, com respeito, tratando os bens e valores públicos com a maior proteção possível, e utilizando-os sempre em prol da coletividade, visando o bem público, de modo econômico e eficiente. Quando o agente público atua de forma desvirtuada, gerando o seu enriquecimento ilícito, causando prejuízo ao erário, ou atentando contra os princípios da administração pública, pratica ato de improbidade administrativa.

Segundo Di Pietro:

Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Procurador da República. Especialista em direito de empresa pela Universidade Gama Filho (UGF). Especialista em direito público pela Universidade Nacional de Brasília (UNB).

asseguem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.<sup>2</sup>

Na lição de Fazzio Junior:

(...) tem-se o ato de improbidade administrativa como ato ilegal, fundado na má-fé do agente público que, isoladamente ou com a participação de terceiro, viola o dever de probidade administrativa, com ou sem proveito econômico, produzindo ou não lesão ao patrimônio público econômico.<sup>3</sup>

Improbidade pode ser explicada como desonestidade, imoralidade, atuação do agente público ou terceiro que se relaciona com o Poder Público em desacordo com os princípios que regem o agir do homem público.

Mas nem toda ilegalidade é também improbidade, a improbidade é uma ilegalidade ou uma irregularidade qualificada pela má fé, pela desonestidade, pela imoralidade do ato praticado.

A Constituição Federal de 1988 foi pioneira ao incluir o princípio da moralidade dentre os princípios de regência da Administração Pública<sup>4</sup>, e prever a lesão a este princípio como improbidade, trazendo as quatro penas aplicáveis às pessoas que pratiquem atos de improbidade administrativa: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens, e ressarcimento ao erário<sup>5</sup>.

A norma constitucional foi regulamentada pela Lei de Improbidade Administrativa, Lei n. 8429/92, que disciplina o tema no ordenamento jurídico brasileiro, versando a respeito dos atos de improbidade, seus sujeitos e suas penas. É um dos principais instrumentos de luta contra a corrupção e de busca da ética na Administração Pública.

A Lei de Improbidade ademais de diploma punitivo é também um diploma de proteção dos interesses difusos da sociedade, uma vez que a integridade do patrimônio público e a probidade administrativa são interesse de todos.<sup>6</sup>

## **2 REFERENCIAL**

### **2.1 ATOS DE IMPROBIDADE**

---

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed., São Paulo, Atlas, 2008. p.803.

<sup>3</sup> JUNIOR, Waldo Fazzio. *Atos de improbidade Administrativa*. São Paulo: Atlas, 2007.p 74.

<sup>4</sup> Art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988.

<sup>5</sup> Art. 37, §4º, da Constituição Federal de 1988.

<sup>6</sup> JUNIOR, Waldo Fazzio. *Atos de improbidade Administrativa*. São Paulo: Atlas, 2007.p 71.

São três as espécies de atos de improbidade administrativa: atos que importam em enriquecimento ilícito; atos que causam prejuízo ao erário; e atos que atentem contra os princípios da administração pública.

Para a configuração do ato de improbidade administrativa é necessária a presença dos seguintes elementos: a) sujeito ativo (o agente público ou terceiro que pratica o ato); b) sujeito passivo (a entidade que sofre o ato ímprobo, dentre as previstas no art. 1º da Lei n. 8429/92); c) elemento objetivo (ato causador de enriquecimento ilícito, e/ou prejuízo ao erário, e/ou que atente contra os princípios da administração); d) elemento subjetivo (dolo do sujeito ativo; ou culpa no que tange apenas aos atos que causem prejuízo ao erário).

Deste modo, o ato de improbidade administrativa deve ser apreciado sobre duas vertentes: objetiva e subjetiva. Primeiro aprecia-se a conduta do sujeito ativo sobre a vertente objetiva, ou seja, se aquela conduta gerou enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, ou atentou contra os princípios da administração. Apenas em caso positivo passa-se à apreciação da conduta agora já formalmente ímproba sobre a vertente subjetiva, buscando identificar o elemento anímico que motivou aquela conduta, para se auferir se é também materialmente ímproba, possibilitando, assim, a responsabilização do sujeito.

Importa observar que o resultado enriquecimento ilícito é pressuposto apenas desta espécie de ato de improbidade, e o resultado lesão ao erário igualmente também é necessário somente nesta espécie, sendo no que tange ao ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração dispensado qualquer resultado de enriquecimento ilícito ou lesão ao erário.<sup>7</sup>

## 2.2 ELEMENTO OBJETIVO DO ATO DE IMPROBIDADE

---

<sup>7</sup> Segundo Fazzio Junior: “O ato de improbidade administrativa em sentido estrito ou puro (art. 11) é aquele que ofende exclusivamente a probidade administrativa, sem outro efeito (enriquecimento do agente público e/ou lesão ao erário). Os casos de improbidade administrativa envolvendo agente público, que não acarretem lesão ao erário, nem importem em enriquecimento ilícito do oficial público, atentam diretamente contra a probidade, entendida como resultado da interação dos princípios constitucionais postos no art. 37, *caput*, da Constituição.

(...)

Os atos de improbidade em sentido amplo são todos os previstos na Lei n. 8429/92. Dividem-se em atos de improbidade em sentido estrito ou puros (os do art. 11) e atos de improbidade qualificados pelo resultado: enriquecimento ilícito (os do art. 9º) e lesão ao patrimônio público (os do art. 10).” JUNIOR, Waldo Fazzio. *Atos de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Atlas, 2007.p 79.

## 2.3 ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

São considerados atos de improbidade administrativa os que importem em enriquecimento ilícito, ou seja, quando o responsável auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nos órgãos ou entidades que podem ser sujeitos passivos de atos de improbidade.

Para a configuração desta espécie de ato de improbidade é necessário que o ato tenha o resultado enriquecimento ilícito do agente. O foco desta espécie de improbidade é a vantagem obtida pelo agente de forma ilícita.

A lei de improbidade traz uma lista exemplificativa de atos que geram enriquecimento ilícito<sup>8</sup>, vejamos:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços, pelas entidades que podem ser sujeito passivo de ato de improbidade, 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 que podem ser sujeito passivo de ato de improbidade, 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 que podem ser sujeito passivo de ato de improbidade;

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;

---

<sup>8</sup> Art. 9º da Lei n. 8429/92.

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 que podem ser sujeito passivo de ato de improbidade;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades que podem ser sujeito passivo de ato de improbidade.

Conforme aduzido, trata-se de lista exemplificativa, e não taxativa, assim, qualquer outro ato que cause enriquecimento ilícito, ainda que não versado expressamente na lei de improbidade, poderá levar à responsabilização do agente ímprobo.

Os atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito exigem conduta dolosa do agente responsável, não cabendo punição a título de culpa.

O enriquecimento ilícito pode ou não gerar prejuízo ao erário. Por exemplo, o agente público que recebe propina, tem enriquecimento ilícito sem que o erário sofra prejuízo.

### 2.3 PREJUÍZO AO ERÁRIO

São considerados atos de improbidade administrativa os que causem lesão patrimonial a qualquer dos órgãos ou entidades que podem ser sujeitos passivos de atos de improbidade.

Assim, qualquer ato que leve à perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres destes órgãos ou entidades é considerado ato de improbidade.

Desvio se refere à aplicação indevida de patrimônio público, alterando o destino correto de aplicação daquele bem ou valor. Apropriação é a transferência indevida do patrimônio público para o de um terceiro, inversão ilícita da posse do bem ou valor público. Malbaratamento é o desperdício, que pode se configurar em uma alienação a valor inferior ao de mercado ou aquisição a valor superior ao de mercado, por exemplo. Dilapidação liga-se ao estrago, destruição do patrimônio público de forma desarrazoada. Em sínteses, tais verbos são todos condutas meio para o fim de causar prejuízo ao erário, perda patrimonial do erário.

Para a configuração desta espécie de ato de improbidade é necessário demonstrar que o ato causou prejuízo ao erário, quantificando este prejuízo.

Diferente da espécie anterior, em que o foco da improbidade é a vantagem obtida pelo agente de forma ilícita, nesta espécie o foco é o prejuízo causado ao patrimônio público, independente da obtenção ou não de qualquer vantagem por parte do agente causador do ato ímprobo. Se o agente público obtiver vantagem ilícita com o ato ímprobo, a conduta será a do art. 9º da Lei de Improbidade; aqui se apena a lesão causada ao erário sem que seja necessário o resultado vantagem indevida do agente público.

Os atos de improbidade que causem prejuízo ao erário são a única espécie de atos de improbidade que podem gerar punição ainda que praticados de forma culposa, ou seja, independe de dolo, bastando demonstrar que o agente concorreu de forma culposa para causar prejuízo ao erário, através de conduta comissiva ou omissiva, ou seja, por meio de um fazer ou deixar de fazer.

Mas atentemos, não basta a demonstração da ocorrência de prejuízo ao erário para o ato se configurar como ímprobo, além deste prejuízo, deve-se demonstrar que foi causado por má-fé do agente (dolo), ou, no mínimo, por culpa, traduzida na falta do dever de cuidado que todo agente público deve ter para o trato com a coisa pública.

A lei de improbidade traz uma lista exemplificativa de atos que causam prejuízo ao erário<sup>9</sup>, vejamos:

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 que podem ser sujeito passivo de ato de improbidade;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades que podem ser sujeito passivo de ato de improbidade, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades que podem ser sujeito passivo de ato de improbidade, 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 que podem ser sujeito passivo de ato de improbidade, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

---

<sup>9</sup> Art. 10 da Lei n. 8429/92.

- 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 que podem ser sujeito passivo de ato de improbidade, 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.

A conduta descrita no inciso XII resume muitas das demais, ao aduzir que configura ato de improbidade que causa prejuízo ao erário permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente. Ou seja, o enriquecimento não é do agente público, mas sim de um terceiro, mas o agente público, por ato omissivo ou comissivo de facilitação ou permissão, leva a um prejuízo ao erário e conseqüente enriquecimento ilícito de terceiro.

Trata-se de lista meramente exemplificativa, assim, qualquer ato que cause prejuízo ao erário, praticado com dolo ou culpa, é passível de responsabilização do agente por improbidade administrativa.

Para a responsabilização do agente por ato de improbidade que tenha causado prejuízo ao erário é fundamental que se demonstre em juízo o efetivo prejuízo sofrido pelo ente público. Ou seja, não basta a simples alegação ou indícios de prejuízo, é necessário que se demonstre claramente qual o prejuízo sofrido pelos cofres públicos, quantificando-o.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> DIREITO ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE CAUSE LESÃO AO ERÁRIO. Para a configuração dos atos de improbidade administrativa que causem prejuízo ao erário (art. 10 da Lei 8.429/1992), é indispensável a comprovação de efetivo prejuízo aos cofres públicos. Precedentes citados: REsp 1.233.502-MG, Segunda Turma, DJe 23/8/2012; e REsp 1.206.741-SP, Primeira Turma, DJe 23/5/2012 (STJ, 1ª Turma, REsp 1.173.677-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 20/8/2013).

## 2.4 ATENTAR CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Qualquer ato que seja praticado com o intuito de atentar contra os princípios da administração pública é considerado ato de improbidade administrativa.

Incluem-se aqui os princípios constitucionais ou legais expressos, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dentre outros, e também os princípios implícitos.

Atentemos para o fato de que o ato não precisa ser ilegal para ser ato de improbidade administrativa, basta, por exemplo, que seja imoral, pois já está atentando contra o princípio da moralidade; ou seja, o ato que fere qualquer dos princípios da administração pública é considerado improbidade administrativa.

Os atos que atentem contra princípios da administração podem ser executados por ação ou omissão do responsável, mas exigem o dolo, a intenção de violar deveres como honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade, dentre outros.

Não é necessário resultado lesivo aos cofres públicos ou que gere enriquecimento ilícito do agente, hipótese que configuraria uma das espécies anteriormente estudadas de ato de improbidade. O ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração independe de resultado lesivo economicamente ao erário.

A lei de improbidade traz uma lista exemplificativa de atos que atentam contra os princípios da administração<sup>11</sup>, vejamos:

- 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.

Trata-se de lista meramente exemplificativa, assim, qualquer ato que atente contra os princípios da administração pública, praticado com dolo<sup>12</sup>, é passível de responsabilização do agente por improbidade administrativa.

---

<sup>11</sup> Art. 11 da Lei n. 8429/92.



O administrador público tem o dever de prestar contas, assim, por exemplo, deve o Município, por meio do Prefeito Municipal, prestar contas de convênios celebrados com a União. Se deixar de prestar contas, estará infringindo a norma que exige esta prestação de contas, e também os princípios da publicidade e da transparência, dentre outros, entretanto, não é a simples falta de prestação de contas que irá caracterizar ato de improbidade administrativa, pois improbidade é atentar contra a probidade, atuar em desacordo com os deveres de honestidade, lealdade e boa-fé, assim, apenas no caso de não prestar contas de forma dolosa poderá ser o agente responsabilizado.<sup>13</sup>

A grande dificuldade é demonstrar o dolo do agente em atentar contra os princípios da administração, tarefa que incumbe ao autor da ação de improbidade.

## 2.5 ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO DE IMPROBIDADE

---

<sup>12</sup> “AÇÃO DE IMPROBIDADE ORIGINÁRIA CONTRA MEMBROS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. LEI 8.429/92. LEGITIMIDADE DO REGIME SANCIONATÓRIO. EDIÇÃO DE PORTARIA COM CONTEÚDO CORRECIONAL NÃO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE IMPROBIDADE.

(...)

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

3. No caso, aos demandados são imputadas condutas capituladas no art. 11 da Lei 8.429/92 por terem, no exercício da Presidência de Tribunal Regional do Trabalho, editado Portarias afastando temporariamente juízes de primeiro grau do exercício de suas funções, para que proferissem sentenças em processos pendentes. Embora enfatize a ilegalidade dessas Portarias, a petição inicial não descreve nem demonstra a existência de qualquer circunstância indicativa de conduta dolosa ou mesmo culposa dos demandados.

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

(STJ, AIA n. 30/AM, Corte Especial, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 21.09.11)

<sup>13</sup> Neste sentido, vejamos precedente do STJ:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. O atraso do administrador na prestação de contas, sem que exista dolo, não configura, por si só, ato de improbidade administrativa que atente contra os princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei n. 8.429/92). Isso porque, para a configuração dessa espécie de ato de improbidade administrativa, é necessária a prática dolosa de conduta que atente contra os princípios da Administração Pública. Dessa forma, há improbidade administrativa na omissão dolosa do administrador, pois o dever de prestar contas está relacionado ao princípio da publicidade, tendo por objetivo dar transparência ao uso de recursos e de bens públicos por parte do agente estatal. Todavia, o simples atraso na entrega das contas, sem que exista dolo na espécie, não configura ato de improbidade. Precedente citado: REsp 1.307.925-TO, Rel. Segunda Turma, DJe 23/8/2012.” (STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.382.436-RN, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20/8/2013).

Uma vez realizada a subsunção da conduta do agente a um dos elementos objetivos da improbidade administrativa: enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou atentar contra os princípios da Administração Pública, deve-se passar à análise do elemento subjetivo do ato de improbidade, ou seja, do elemento anímico, da intenção do agente.

A definição de um ato como ímprobo exige o elemento subjetivo do agente, ou seja, a má fé, a vontade de agir de modo desvirtuado, desonesto. A intenção da lei de improbidade é punir o administrador desonesto; e não o administrador despreparado, que erra não por querer, mas por não saber. Busca-se apenar não meras irregularidades administrativas, mas condutas desvirtuadas, que deixam de visar o interesse público. É bem verdade que não se pode arguir o desconhecimento da lei, mas é igualmente vero que a inflação normativa que tomou conta do ordenamento jurídico brasileiro impede o amplo e irrestrito conhecimento de todas as normas existentes, e isto deve ser levando em consideração quando da apuração do ato como improbidade administrativa.<sup>14</sup>

A Lei de Improbidade Administrativa é expressa ao aduzir que os atos que causam prejuízo ao erário podem ser praticados de forma dolosa ou culposa, por meio de ação ou omissão do responsável.<sup>15</sup>

Já no que tange aos atos que importam em enriquecimento ilícito ou atentem contra os princípios da administração pública, à mingua de menção expressa à modalidade culposa, a jurisprudência pátria se sedimentou no sentido de que apenas são puníveis se demonstrado o dolo do agente.<sup>16</sup> Trata-se do denominado silêncio eloquente,

---

<sup>14</sup> “O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal é praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto proporcionalidade entre meios e fins.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed., São Paulo, Atlas, 2008. p.823.

<sup>15</sup> Art. 10 da Lei n. 8429/92.

<sup>16</sup> A fim de padronizar as discrepâncias existentes na jurisprudência pátria, a 1ª Seção do STJ uniformizou o entendimento de que para as condutas que gerem enriquecimento ilícito (art. 9º) ou que violem os princípios da Administração Pública (art. 11) é exigido o dolo, e nas que gerem prejuízo ao Erário (art. 10) o ato pode ser doloso ou culposos, vejamos:

em que o legislador ao não prever a possibilidade de responsabilidade a título de culpa, tacitamente direciona à necessidade de comprovação do dolo.

Não há responsabilidade objetiva em termos de improbidade administrativa, ou seja, não cabe a responsabilização por ato de improbidade se não demonstrado o elemento subjetivo, a intenção do agente em agir de modo desonesto, em desacordo com os princípios e regras que regem a Administração Pública, ou, ao menos, a culpa do agente, no caso de atos que causem prejuízo ao erário.

Não obstante se tratar de responsabilidade civil, percebe-se que foi adotada a regra da responsabilidade penal, no sentido de punição apenas a título de dolo, salvo quando expressamente prevista a modalidade culposa da conduta.<sup>17</sup>

Deste modo, a título doutrinário, podemos dividir o elemento subjetivo da improbidade em duas espécies distintas: a) improbidade própria, quando presente o dolo; e b) improbidade imprópria, quando praticado por falta do dever de cuidado (culpa).

#### **2.5.1 Improbidade própria - dolo**

Todas as três espécies de ato de improbidade (que cause enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou atente contra os princípios da Administração Pública) são puníveis a título de dolo, ou seja, a regra geral é que a prática do ato de improbidade pressupõe a má fé do agente, a intenção de atentar contra o interesse público, que deve ser sempre o fim visado pelos atos administrativos.

Segundo o Código Penal, o dolo ocorre quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.<sup>18</sup> Ou seja, deve ser demonstrado que o agente que pratica o ato de improbidade tinha a intenção de obter enriquecimento ilícito, ou de causar prejuízo ao erário, ou de atentar contra os princípios da Administração, ou, ao menos, que ciente da possibilidade da ocorrência de qualquer desses três resultados, agiu sem se preocupar em evitar, ou deixou de agir possibilitando a ocorrência.

---

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - TIPIFICAÇÃO - INDISPENSABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO, NAS HIPÓTESES DOS ARTS. 9º E 11 DA LEI Nº 8.429/1992, E CULPA, PELO MENOS NAS HIPÓTESES DO ART. 10) - PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA 1ª SEÇÃO - RECURSO PROVIDO.” (EREsp 479812/SP, 1ª S., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, J. 25.08.2010, DJe 27.09.2010)

<sup>17</sup> Art. 18, p.u., do Código Penal.

<sup>18</sup> Art. 18, I, do Código Penal.

Os elementos do dolo são a vontade e a consciência, ou seja, o desejo de alcançar o resultado e a consciência, a sabedoria, de que aquele resultado pode ser alcançado.<sup>19</sup>

Percebe-se que o elemento subjetivo doloso do ato de improbidade não é demonstrado apenas por condutas ativas do sujeito causador do ato ímprobo, mas também por omissões. A denominada Teoria da Cegueira Deliberada aduz que acaso o agente, tendo ampla e irrestrita condição de perceber a prática de um ato ímprobo, opte por se manter inerte ao invés de determinar a cessão ou correção do ato, estará ele cometendo ato de improbidade. O elemento subjetivo do dolo estará demonstrado pelo conhecimento do ato, possibilidade de ação para defender o interesse público, e opção deliberada pela inação (cegueira intencional diante do fato), hipótese em que o agente, independente de querer ou não o resultado, assume o risco de sua produção.

## **2.5.2 Improbidade imprópria - Culpa**

Não obstante a regra geral ser o ato de improbidade dependente da vontade deliberada em ferir o interesses público, praticado por conduta dolosa, o legislador entendeu por bem, apenas no que tange ao ato que cause prejuízo ao erário, prever expressamente a possibilidade de modalidade culposa.

Segundo o disposto no Código Penal, a culpa ocorre quando o agente der causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.<sup>20</sup> Ou seja, não é necessária a intenção deliberada de alcançar o resultado, bastando a falta do dever de cuidado, nas vertentes da imprudência, negligência ou imperícia, para se possibilitar a responsabilização pelo ato de improbidade que cause prejuízo ao erário. Não é condição para a prática do ato ímprobo a intenção de causar prejuízo ao erário, basta que por falta do necessário cuidado com a coisa pública o agente, por ação ou omissão, ainda que visando fim diverso, cause o prejuízo, e que esse prejuízo seja possível de previsão. É necessário que o agente possa e deva prever o eventual prejuízo ao erário com o seu ato, deixando assim de praticá-lo ou praticando de outra forma, pois se o resultado for imprevisível, não há como imputar ao agente.

---

<sup>19</sup> "(...) entende-se por dolo a vontade livre e consciente dirigida ao resultado ilícito, ou mesmo a mera aceitação do risco de produzi-lo. Quando a vontade visa à consecução do resultado, sendo a conduta exercida em razão deste, diz-se que o dolo é direto (teoria da vontade), o qual será tão mais grave quanto mais vencível era o impulso que direcionou o agente ao ilícito. Nos casos em que a vontade prevê a provável consecução do resultado, mas, apesar disto, a conduta é praticada, consentindo o agente com o advento daquele, fala-se em dolo eventual (teoria do consentimento)." GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora LumenJuris, 2008. p. 267.

<sup>20</sup> Art. 18, II, do Código Penal.

Enquanto o dolo é a intenção de alcançar determinado resultado, a culpa é a vontade direcionada a praticar um ato, mas sem a intenção do resultado, que é alcançado por falta de zelo, falta de cuidado, nas modalidades de imprudência, negligência ou imperícia.<sup>21</sup>

Assim, ainda que o resultado prejuízo ao erário não seja desejado pelo agente, acaso seja alcançado em virtude de conduta do agente, que agiu com falta de zelo, com falta do dever de cuidado necessário no trato com a coisa pública, estará configurado o ato de improbidade impróprio.

A respeito da denominada improbidade imprópria, em que o prejuízo ao erário é causado por ato culposo, e não doloso, podemos apontar três correntes doutrinárias diversas: a) extensiva; b) intermediária; e c) restritiva.

Para a corrente extensiva a opção do legislador pela inclusão expressa da improbidade culposa, quando ocorra prejuízo ao erário, não encontra qualquer óbice constitucional e busca a melhor proteção do patrimônio público, sendo perfeitamente cabível, devendo-se aplicar o disposto na norma em sua integridade, inclusive no que tange às severas sanções previstas.<sup>22</sup>

Parte da doutrina, que denominaremos de restritiva, defende a incompatibilidade da modalidade culposa com a responsabilização por improbidade administrativa, uma vez que a intenção da lei é punir o agente que age com má-fé, com intenção deliberada de causar o ato ímprobo, e não o agente que por descuido, sem

---

<sup>21</sup> “A culpa significa a vontade direcionada ao fato (por exemplo, dispensar licitação), embora o resultado – lesão ao erário – possa não ser desejado pelo agente. Culpa é a omissão de diligência na observância da norma de conduta administrativa, ou seja, a negligência do agente em observá-la, com resultado não querido, mas previsível. É o descuido na consideração das consequências eventuais do ato, ou como prefere Nucci (2206, p.216), é o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ser evitado.” JUNIOR, Waldo Fazzio. *Atos de improbidade Administrativa*. São Paulo: Atlas, 2007.p 81.

“A culpa, por sua vez, se caracteriza pela prática voluntária de um ato sem a atenção ou o cuidado normalmente empregados para prever ou evitar o resultado ilícito. “No dolo, ação (ou omissão) e resultado são referíveis à vontade; na culpa, de regra, somente a ação (ou omissão)”. “A incorreção representada pelo dolo provém da fraqueza da vontade, e a incorreção que a culpa representa provém da debilidade do intelecto”. “O não ter previsto a consequência ofensiva distingue o dolo da culpa. O não havê-la podido prever separa o caso fortuito da culpa.””. GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora LumenJuris, 2008. p. 267.

<sup>22</sup> Neste sentido é a doutrina, dentre outros, de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves. GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora LumenJuris, 2008. p. 266/270.

intenção de ferir a moral pública, pratica ato que pode levar a gerar prejuízo ao erário, assim, seria inconstitucional a previsão de ato ímprobo a título de culpa.<sup>23</sup>

Por fim, como há previsão expressa na lei da possibilidade de prática de ato de improbidade na modalidade culposa no que tange ao resultado prejuízo ao erário, e não visualizando nenhuma inconstitucionalidade nessa opção legislativa, defendemos uma corrente intermediária, em que apesar de constitucional a previsão<sup>24</sup>, devem ser contidas as penalidades possíveis de aplicação. Entendemos que uma vez não ficando demonstrada a má-fé do agente, que levaria ao dolo na conduta, a aplicação da pena por ato de improbidade que gere prejuízo ao erário deve se limitar, sem necessidade de cumulação, ao ressarcimento ao erário, à perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente e a aplicação de multa, sem a possibilidade de imposição de pena de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, que não se justificam ante a inexistência de má-fé, de dolo no ato ímprobo, se tornando desarrazoada sua aplicação quando o ato for culposo.

---

<sup>23</sup> Neste sentido é a doutrina, dentre outros, de Aristides Junqueira Alvarenga. GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora LumenJuris, 2008. p. 268.

<sup>24</sup> A jurisprudência do STJ é no sentido da constitucionalidade da modalidade culposa do ato de improbidade que cause prejuízo ao erário:

"[...] Para que o ato praticado pelo agente público seja enquadrado em alguma das previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consolidado no dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa nas hipóteses do art. 10 da Lei n. 8.429/92. [...]" (AgRg nos EREsp 1260963 PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 03/10/2012)

"(...)4. É firme a orientação desta Corte no sentido de que a caracterização da culpa na conduta do agente é suficiente para a configuração da lesão ao erário (art. 10 da Lei n. 8.429/92). (...)" (REsp 1271679 / ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2014)

"(...) 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, 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 pelo dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do art. 10. Isso porque não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente.

3. As considerações feitas pelo Tribunal de origem não afastam a prática do ato de improbidade administrativa, uma vez que foi constatado o elemento subjetivo culpa na conduta do agente, o que permite o reconhecimento de ato de improbidade administrativa previsto no art. 10 da Lei 8.429/92. (...)" (AgRg no AREsp 161420 / TO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/04/2014)

"(...)2. A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa, o mesmo não ocorrendo com os tipos previstos nos arts. 9º e 11 da mesma Lei (enriquecimento ilícito e atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, os quais se prendem ao elemento volitivo do agente (critério subjetivo), exigindo-se o dolo. (...)" (AgRg no AREsp 374913 / BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/03/2014)

Denominamos a improbidade culposa de improbidade imprópria justamente por fugir à regra da necessidade da presença de má-fé para configuração do ato ímprobo, que se dá apenas no que tange aos atos que causem prejuízo ao erário, em notória intenção de preservar o patrimônio público, direito da coletividade.

Entretanto, seria desproporcional apenar de modo semelhante condutas dolosas e culposas, fuge à razoabilidade o legislador prever a possibilidade de ato de improbidade que cause prejuízo ao erário de forma dolosa ou culposa, sem atentar para diferenciar as penas aplicáveis a depender do elemento subjetivo da conduta, por isso, defendemos a limitação do espectro de penas aplicáveis no caso de ato culposos.

### **3 CONCLUSÃO**

Desse modo, não obstante o ato de improbidade administrativa em regra ser doloso, exigindo a presença da má-fé do administrador público e terceiro beneficiado, defendemos a possibilidade de ato ímprobo não doloso, praticado na modalidade culposa, apenas em relação ao prejuízo ao erário, e nestes casos, seria desproporcional a aplicação das sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, assim, caberia a responsabilização apenas no que tange ao ressarcimento ao erário, à perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente e multa.

A Lei de Improbidade Administrativa é expressa ao prever a modalidade culposa do ato ímprobo que causa prejuízo ao erário e também que cabe ao julgador, diante do caso concreto, adequar proporcionalmente as penas em face do ato praticado, assim, em atenção ao princípio da proporcionalidade, que traz como vertente a proibição do excesso, as penas nos casos de ato ímprobo cujo elemento subjetivo seja a culpa devem ser mais restritas dos que as impostas aos atos dolosos.

### **REFERÊNCIAS**

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DI PIETRO, Maia Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed., São Paulo, Atlas, 2009.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora LumenJuris, 2008.

JUNIOR, Waldo Fazzio. **Atos de improbidade Administrativa**. São Paulo: Atlas, 2007.