

# Improbidade e dolo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Maria Iraneide Olinda Santoro Facchini

Procuradora Regional da República da 3ª Região. Ex-membro suplente da 3ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Especialista em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.

**Resumo:** A proteção à probidade na Administração Pública, espécie do gênero moralidade administrativa, veicula especial preocupação com o dever de boa gestão, pelo qual se deve saber distinguir entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, e, também, entre o honesto e o desonesto. Agasalhada no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, concretiza-se principalmente por meio da Lei n. 8.429/1992, que elenca três espécies de atos de improbidade administrativa: os que importam em enriquecimento ilícito; os que causam prejuízo ao erário; e os que atentam contra os princípios da Administração Pública. Importante destacar que, para a caracterização de tais atos, é necessário interpretar a lei em harmonia com o princípio da proporcionalidade, até em prestígio do instituto, que não deve ser banalizado. Assim, nem todo ato ilegal, comissivo ou omissivo, e, sobretudo, os que violem princípios, importará em improbidade. É necessário que a lesão causada seja expressiva e inescusável, e exige-se que esteja presente o elemento subjetivo do agente, ao menos em termos de culpa em relação aos atos que causem lesão ao erário, os quais expressamente admitem forma culposa.

**Palavras-chave:** Dever de probidade. Administração Pública. Improbidade administrativa. Atos de improbidade. Lesão ao erário. Elemento subjetivo. Agente público. Caracterização. Proporcionalidade.

**Abstract:** The Public Administration probity protection, species of the genus administrative morality, holds as its main concern the duty of good management, which must distinguish the legal from the illegal, the just from the unjust, as well as the honest from the dishonest. Provided at article 37, § 4º, in the Brazilian Federal Constitution, it's mainly regulated by the Law 8.429/1992, which forecasts three species of administrative misconduct acts: the ones which implies unjust

enrichment; the ones that injures Public Treasury; and others which attempt against principles of the Public Administration. For the characterization of such acts, it's important emphasize the consonance to the principle of proportionality, in order to honor this very institute, that shall not be hackneyed. Therefore not every illegal act, by action or by inaction, especially regarding principles violation, imports administrative misconduct. It is required an expressive and inexcusable offense, without restriction to the demonstration of the agent's intentional element, at least in terms of fault in relation to acts that cause damage to the treasury, which expressly admit criminal negligence.

**Keywords:** Duty of probity. Public administration. Administrative misconduct. Acts of misconduct. Injury to the public treasury. Intentional element. Public official. Characterization. Proportionality.

**Sumário:** 1 Noções gerais sobre improbidade. 2 Espécies de atos de improbidade. 3 Art. 11 da Lei n. 84.29/1992 – do dolo como elemento subjetivo do agente público – doutrina e jurisprudência do STJ. 4 Conclusão.

## 1 Noções gerais sobre improbidade

No âmbito do Direito Público, o primeiro autor a referir-se à moralidade, como princípio de observância obrigatória pela Administração foi Maurice Hauriou, no início do século passado, que a definiu como

o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração; implica saber distinguir não só o *bem* e o *mal*, o *legal* e o *ilegal*, o *justo* e o *injusto*, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o *honesto* e o *desonesto*. (apud DI PIETRO, 1991. p. 143)

Em termos legislativos, o primeiro diploma legal pátrio a traduzir preocupação com a moralidade foi o Decreto n. 19.398, de 11.11.1930, que instituiu o Governo Provisório da República, após a revolução de outubro do mesmo ano. Para o festejado admi-

nistrativista Caio Tácito<sup>1</sup>, o princípio da moralidade “tem como diretrizes o dever de boa administração, a preservação dos bons costumes e a noção de equidade no confronto entre o interesse público e o dos administrados”.

A probidade (do latim, *improbitate* – desonestidade) é “espécie do gênero moralidade administrativa”, caracterizando-se por ser um “peculiar aspecto da moralidade administrativa”, no dizer de Marcelo Figueiredo<sup>2</sup>. Portanto, os conceitos não se confundem, certo que a ideia de improbidade se contém na de imoralidade administrativa.

O princípio da probidade concretiza-se por meio de diversas regras: constitucionais (art. 37, § 4º, CF/1988), legais (Lei n. 8.429/1992, com as alterações processuais da Medida Provisória n. 2225-45, de 2001 e da Lei n. 11.107, de 2005) e, ainda, normas penais e normas administrativas que definem ilícitos administrativos.

O principal diploma legislativo que tutela a probidade administrativa e o patrimônio público é a Lei n. 8.429/1992, que surgiu para intensificar o combate à corrupção, como se percebe da leitura de sua exposição de motivos.

## **2 Espécies de atos de improbidade administrativa**

A Lei n. 8.429/1992 prevê três espécies de atos de improbidade administrativa: 1 - os que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), 2 - os que causam prejuízo ao erário (art. 10) e 3 - os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). No *caput* dos citados dispositivos, há a definição, enquanto os incisos se

---

1 TÁCITO, Caio. Improbidade Administrativa como Forma de Corrupção. Revista *Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 8, novembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 jun. 2012, p. 3.

2 FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa* - Comentários à Lei n. 8.429/1992 e Legislação Complementar, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 21.

subsumem àquela descrição genérica. O rol de condutas ímprobas é meramente exemplificativo.

A primeira espécie de atos de improbidade (art. 9º) era contemplada na legislação antecedente, denominada de Lei Bilac Pinto (Lei n. 3.502/1958), e constituem as condutas mais graves.

A segunda espécie de atos de improbidade é a dos que causam lesão ao erário.

Assim, nos termos do art. 10, constitui ato de improbidade administrativa, que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseja perda patrimonial, desvio, apropriação, malversação ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º da citada lei (Administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos estados e do Distrito Federal, dos municípios, de território, empresa incorporada ao patrimônio público, ou entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual).

Tutela-se aqui o patrimônio econômico-financeiro (erário).

Sem razão, portanto, Kiyoshi Harada<sup>3</sup> quando diz que a Lei n. 8.429/1992 não tem por objetivo (imediato ou não) coibir dano ao patrimônio público.

A terceira modalidade de ato de improbidade é a dos que atentam contra os princípios da Administração Pública. Diz o art. 11 da Lei n. 8.429/1992 que constituem atos de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade das instituições. Seus

---

3 HARADA, Kiyoshi. Ato de Improbidade Administrativa, confeccionado em 1º mar. 2001. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=19](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=19)>, acesso em 11 jun. 2012.

incisos discriminam algumas condutas, mas, enfatize-se, o rol não é exaustivo. Consoante Marino Pazzaglini Filho (2006, p.113),

Em outras palavras, o preceito do art. 11 é residual e só é aplicável quando não configuradas as demais modalidades de improbidade administrativa.

Indaga-se, agora, toda a violação da legalidade configura improbidade administrativa?

Ilegalidade não é sinônimo de improbidade e a prática de ato funcional ilegal, por si só, não configura ato de improbidade administrativa. Para tipificá-lo como tal, é necessário que ele tenha origem em comportamento desonesto, denotativo de má-fé, de falta de probidade do agente público.

Com efeito, as três categorias de improbidade administrativa têm a mesma natureza intrínseca, que fica nítida com o exame do étimo remoto da palavra improbidade.

O vocábulo latino *improbitate*, como já salientado, tem o significado de “desonestidade” e a expressão *improbus administrator* quer dizer “administrador desonesto ou de má-fé”.

E essa desonestidade, no trato da coisa pública, nos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, pressupõe a consciência da ilicitude da ação ou omissão praticada pelo administrador e sua prática ou abstenção, mesmo assim, por má-fé (dolo).

O enunciado da lei neste dispositivo é aberto demais e pode gerar perplexidade, especialmente se atentarmos para o fato de que nem todo ato ilegal é ímprobo: há atos ilegais que não ferem a probidade. Esclareceremos melhor a afirmação, quando analisarmos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

O advogado Mauro Roberto Gomes de Mattos<sup>4</sup> revolta-se contra o que ele denomina de “excessivo caráter aberto” dos coman-

---

4 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do excessivo caráter aberto da Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6540/do->

dos legais da Lei de Improbidade e recomenda que o Poder Judiciário tenha cautela na admissibilidade das ações de improbidade.

### **3 Art. 11 da Lei n. 8.429/1992 – do dolo como elemento subjetivo do agente público – doutrina e jurisprudência**

Efetivamente, o *caput* do art. 11 cinge-se a dizer que quem violar os princípios ali elencados, por ação ou omissão, comete improbidade. Contudo, a lei disse menos do que devia.

De fato, os princípios ali mencionados já são conceitos jurídicos indeterminados, com campo de atribuição não delimitada. Daí que a norma em apreço – *caput* do art. 11 – pode levar à interpretação equivocada e à aplicação indevida, exagerada, com graves consequências para o sujeito passivo da ação de improbidade.

Assim, o que deve, essencialmente, diferenciar o ato ilegal do ato de improbidade administrativa é a presença do elemento subjetivo – dolo ou culpa (esta na modalidade do art. 10).

De se observar que, quanto aos partícipes ou coautores dos atos, os terceiros beneficiários, é possível a configuração da improbidade, independentemente de dolo ou culpa, conforme se vislumbra de interessante hipótese antes apreciada pelo STJ (Resp 287.728/SP – 2ª Turma, DJ 29.11.2004), em que o administrador abandonou as regras legais e fez a licitação por convite (quando deveria sê-lo por concorrência), convocando três empresas (todas com os mesmos sócios, pessoas físicas). Apurou-se que não houve prejuízo ao erário, mas restou violado o patrimônio moral da municipalidade. Concluiu a relatora ministra Eliana Calmon que “tal proceder, de forma objetiva, independentemente de dolo ou culpa, configura ato de improbidade, atu-

---

-excessivo-carater-aberto-da-lei-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 11 jun. 2012.

almente punido em uma terceira esfera, diferente da via penal, da via civil ou da via administrativa”.

Tal entendimento já não prevalece no Tribunal Superior, como veremos posteriormente.

Eis a ementa do acórdão:

Administrativo - ação civil pública - ato de improbidade - licitação - irregularidade - contratação de serviço sem observância das normas administrativas pertinentes - Lei n. 8.429/1992 - Imposição de pena.

1. Para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais.
2. Não havendo diferença no procedimento dos réus partícipes dos atos de improbidade, desnecessária a individualização das sanções.
3. Constatação de que as irregularidades foram cometidas para anular a concorrência e levar a uma modalidade inadequada de licitação. Configuração objetiva do ato de improbidade, independentemente de dolo ou culpa.
4. Correta a imputação da pena de perda de direitos políticos, a teor do art. 12, III da Lei n. 8.429/1992.
5. Recursos especiais improvidos.

Como assinala Sérgio Sobrane (2010, p. 76 e 77):

A doutrina não é unânime quanto à exigência do dolo para caracterizar os atos descritos no artigo 11, *caput* e incisos da LIA. Filiam-se à corrente que entende pela necessidade do elemento subjetivo doloso Francisco Octavio de Almeida Prado, Cláudio Ari Mello, Marcelo Figueiredo, Aristides Junqueira Alvarenga e José Armando da Costa. De outro lado, Wallace Paiva Martins Júnior advoga ser possível a configuração culposa dos atos de improbidade administrativa previstos no artigo 11 da Lei n. 8.429/1992, entendendo que a norma “preocupa-se com a intensidade do elemento volitivo do

agente”, punindo as condutas praticadas dolosamente, assim como as decorrentes de culpa grave.

Eis o pensamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 823-824) sobre o tema em comento (necessidade de averiguar-se o elemento subjetivo na conduta):

O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja 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 Administrativa 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 de proporcionalidade entre meios e fins.

E complementa a eminente autora:

No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública.

Mônica Nicida Garcia (2005, p. 263) entende que os atos de Improbidade que causam lesão ao erário (art. 10 da Lei n. 8.429/1992)

são a única espécie que admite a forma culposa, “devendo-se, por isso mesmo, entender que nas demais modalidades, por não ter sido prevista a forma culposa, só se pune o ato dolosamente praticado”. Aduz, ainda, no que concerne aos atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração (art. 11), que “a não previsão da forma culposa constitui-se em lamentável lacuna”.

Ressalte-se, por oportuno, que a orientação mais recente do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de exigir a demonstração do dolo, *lato sensu* ou genérico, do agente para a caracterização do ato de improbidade administrativa por ofensa a princípios da administração pública.

Assim, a jurisprudência majoritária de ambas as turmas da 1ª Seção do STJ firmou entendimento no sentido de que o elemento subjetivo é essencial à configuração da improbidade, exigindo-se, ao menos, a culpa nos atos de improbidade que causarem lesão ao erário (art. 10 da LIA).

Veja-se, a propósito, ementas de acórdãos da Corte Superior:

Administrativo e processual civil – ação civil pública – improbidade administrativa – contratação sem a realização de concurso público – art. 11 da Lei n. 8.429/1992 – Configuração do dolo genérico – prescindibilidade de dano ao erário – precedente da primeira seção.

1. A caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo *lato sensu* ou genérico. Precedente da Primeira Seção.

2. No caso, o aresto embargado condenou os recorrentes à pena de proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de três anos por terem mantido em vigor diversos contratos de funcionários terceirizados que prestavam serviços à instituição bancária estadual sem concurso público.

3. O voto condutor do aresto embargado considerou existente o ato de improbidade mesmo sem estar configurado o dolo genérico do

agente. Assim, deve ser afastada a penalidade aplicada aos embar-  
gantes, já que não configurado o ato de improbidade.

4. Embargos de divergência providos.

(*REsp* 772.241/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, j. 25.5.2011, *DJe* 6.9.2011)

Administrativo. Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Atraso no recolhimento. Caixa de assistência dos servidores municipais. Contribuição do fundo de saúde. Necessidade do elemento subjetivo para a configuração do ato ímprobo. Jurisprudência da primeira seção do superior tribunal de justiça. Súmula 83/stj. Agravo não provido.

1. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento pela imprescindibilidade do elemento subjetivo para a configuração do ato de improbidade administrativa.

2. As duas Turmas da 1ª Seção já se pronunciaram no sentido de que o elemento subjetivo é essencial à configuração da improbidade: exige-se dolo para que se configurem as hipóteses típicas dos artigos 9º e 11 da Lei n. 8.429/1992, ou pelo menos culpa, nas hipóteses do art. 10.

(*REsp* 479.812/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, *DJe* 27.9.10).

3. O aresto impugnado reformou a sentença e entendeu pela não consumação do ato de improbidade do art. 11, II, da Lei n. 8.429/1992 em face da ausência de dolo na conduta (fl. 1.383e). Assim, estando o acórdão recorrido em perfeita consonância com a jurisprudência deste Tribunal, incide, na espécie ora em exame, a Súmula 83/STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(*AgRg* no *REsp* 1122474/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, j. 16.12.2010, *DJe* 2.2.2011)

Processual civil e administrativo. Embargos de divergência. Improbidade administrativa. Tipificação. Indispensabilidade do elemento subjetivo (dolo, nas hipóteses dos artigos 9º e 11 da

Lei n. 8.429/1992 e culpa, pelo menos, nas hipóteses do art. 10). Precedentes de ambas as turmas da 1ª Seção. Recurso provido.

(REsp 479812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, j. 25.8.2010, *DJe* 27.9.2010)

Administrativo. Improbidade administrativa. Contratação de servidor sem concurso público. Violação principiológica de conhecimento palmar. Extensão do ato de improbidade administrativa aos contratados.

1. “A jurisprudência do STJ dispensa o dolo específico para a configuração de improbidade por atentado aos princípios administrativos (art. 11 da Lei n. 8.429/1992), considerando bastante o dolo genérico (REsp. 654.721/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 25.8.2010, *DJe* 1.9.2010).” (AgRg no Ag 1331116/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1º.3.2011, *DJe* 16.3.2011).

2. É de conhecimento palmar a violação principiológica consistente na contratação ou manutenção de servidores públicos sem a realização de concurso público. Não há como alegar desconhecimento da vedação constitucional para a contratação de servidores sem concurso público, mormente quando já passados quase 24 anos de vigência da Carta Política. (Precedente: REsp 1.130.000/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22.6.2010, *DJe* 30.8.2010.) Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 149.558/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17.5.2012, *DJe* 25.5.2012).

#### **4 Conclusão**

A Lei de Improbidade Administrativa deve ser interpretada de forma harmônica com o princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, nem todo ato ilegal (seja por ação ou omissão), especialmente os que se subsumem à dicção do art. 11 da Lei de Improbidade – que atentem contra os princípios da administração pública –, importará em ato de improbidade.

Portanto, lesões insignificantes, pequenos danos patrimoniais decorrentes de erro ou ignorância, desconhecimento escusável da lei, atuações sem dolo comprovado ou culpa certamente não merecerão ser enquadrados na Lei de Improbidade sob pena de flagrante injustiça ou mesmo arbítrio.

Cabe a nós, aplicadores da lei em comento, atentarmos para as peculiaridades do caso concreto, fazer a detida análise jurídica e agir com cautela, até para não desprestigiar o instituto.

Como bem salientou a eminente Min. Eliana Calmon<sup>5</sup> do Superior Tribunal de Justiça:

Inviável a aplicação da responsabilidade objetiva às condutas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que o elemento subjetivo é requisito do princípio da culpabilidade, presente no Direito Administrativo Sancionador.

Pensar de forma diversa seria o mesmo que penalizar os agentes públicos por qualquer insucesso da máquina administrativa, mesmo nos casos em que seus dirigentes atuem rigorosamente sob os ditames legais.

## Referências

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RT, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei n. 8.429/1992 e legislação complementar*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

---

5 Voto-vista no Resp. 951.389/SC

GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

HARADA, Kiyoshi. *Ato de improbidade administrativa*, confeccionado em 01/03/2001. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=19](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=19)>. Acesso em: 11 jun. 2012.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Do excessivo caráter aberto da Lei de Improbidade Administrativa*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6540/do-excessivo-carater-aberto-da-lei-de-improbidade-administrativa>>. Elaborado em jan.2005. Acesso em: 11 jun. 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa: observações sobre a Lei n. 8.429/1992*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa. Aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010.

TÁCITO, Caio. Improbidade administrativa como forma de corrupção. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 8, novembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 jun. 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – Papel do juiz*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior(3)formatado.pdf)>. Acesso em: 11 jun. 2012.