

# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União



# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 8 – Números 30/31 – janeiro/dezembro 2009  
Brasília-DF



# Improbidade Administrativa

# O elemento subjetivo do tipo do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Doutrina e jurisprudência

Raphael Otávio Bueno Santos\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Breve histórico. 3 Da improbidade administrativa e dos atos de improbidade administrativa. 4 Dos tipos de improbidade administrativa em espécie – considerações. 5 Elemento subjetivo do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. 6 Conclusão.

## 1 Introdução

A vigente Lei de Improbidade Administrativa, Lei n. 8.429/1992, regulamenta o art. 37, § 4º, da Constituição Federal. Tal dispositivo constitucional não trouxe o conceito de atos de improbidade administrativa, cabendo à lei ordinária promover a sua tipificação e a gradação das sanções.

Até a regulamentação do art. 37, § 4º, da Constituição, o ordenamento jurídico brasileiro somente se preocupava em punir os atos de agentes públicos que importavam em enriquecimento ilícito, ficando à margem da legislação uma série de condutas que, em igualdade ao enriquecimento ilícito, mereciam repressão quando praticados em prejuízo da Administração Pública e de entes a ela vinculados.

---

\* Raphael Otávio Bueno Santos é Procurador da República no Município de Dourados-MS.

Dessa forma, com a entrada em vigor da Lei n. 8.429/1992, inúmeras condutas até então à margem do ordenamento jurídico passaram a ser tipificadas como atos de improbidade administrativa.

Tendo o legislador tipificado os atos de improbidade administrativa de modo amplo, abarcando condutas que não importam necessariamente enriquecimento ilícito e, ainda, condutas violadoras dos princípios da Administração Pública, a análise do elemento subjetivo de cada tipo tornou-se imprescindível à caracterização do ato de improbidade administrativa.

Deveras, quanto aos atos de improbidade administrativa descritos no art. 10 e incisos da Lei n. 8.429/1992, a norma foi clara, sendo taxativa ao prever a punição dos atos dolosos e culposos.

Já quanto aos atos de improbidade administrativa tipificados no art. 9º, quais sejam, aqueles que importam em enriquecimento ilícito do agente público ou particular, em que pese não ser a lei expressa quanto ao elemento subjetivo do tipo, dolo ou culpa, a doutrina firmou entendimento de que o enriquecimento ilícito só pode ser praticado na modalidade dolosa<sup>1</sup>.

Em relação ao art. 11, o legislador não fixou de forma textual o elemento subjetivo do tipo e, em função da natureza das condutas nele descritas, condutas violadoras dos princípios da Administração Pública, discute-se se compreende apenas a modalidade dolosa ou se, igualmente, a culposa.

Com efeito, a distinção não tem caráter puramente doutrinário ou relevância meramente acadêmica, pois a análise do elemento subjetivo do tipo é imprescindível para a subsunção da

---

<sup>1</sup> Nesse sentido: MEDEIROS, 2003, p. 52; MARTINS JÚNIOR, 2006, p. 187; GARCIA, 2007, p. 251-252; PAZZAGLINI FILHO, 2007, p. 60; ALMEIDA PRADO, 2001, p. 75, e FIGUEIREDO, 2004, p. 86.

conduta do agente público à norma do art. 11. Realmente, o tipo do art. 11 é, por via de regra, subsidiário aos outros tipos de atos de improbidade administrativa, podendo-se afirmar que uma conduta que importe em enriquecimento ilícito ou lesão ao erário passaria necessariamente por uma violação aos princípios da Administração Pública. Da mesma forma, não se pode olvidar que a imputação de prática de ato de improbidade administrativa tem caráter estigmatizador do agente público acusado e, ante mitigada densidade normativa dos princípios da Administração Pública, o que permite a subsunção de condutas das mais diversas ao art. 11, torna-se imprescindível a fixação clara do elemento subjetivo exigido pelo tipo.

## **2 Breve histórico**

Para melhor situar o tema, cumpre abordar a evolução história do ordenamento jurídico brasileiro relativa à repressão dos atos de improbidade administrativa.

Martins Júnior (2006, p. 177) resume:

A disciplina repressiva da improbidade administrativa no direito brasileiro foi originariamente inserida no direito penal, espraiando-se paulatinamente para uma configuração extrapenal, que atingiu o patamar de sanção constitucional, decretada pelo devido processo legal jurisdicional (civil ou criminal, para o seqüestro e perda de bens) e também pela instância administrativa exclusiva da presidência da República (confisco).

Realmente, partindo-se da análise da legislação posterior à independência do Brasil, verifica-se que a repressão penal a condutas subsumíveis aos atuais atos de improbidade administrativa iniciou-se com o Código Criminal do Império de 1830, que, de maneira abrangente, incriminou atos praticados por agentes públicos e/ou particulares contra o Estado em seus arts. 129 a 166.

As penas aplicadas tinham naturezas variadas, e, conforme o crime, poderia o agente incorrer em pena privativa de liberdade (prisão, prisão com trabalho e prisão perpétua<sup>2</sup>); perda do emprego público cumulada ou não com inabilitação para outro emprego qualquer; suspensão do exercício do emprego público por determinado período; multa; restituição dos vencimentos recebidos, aplicando-se essas penas isolada ou cumulativamente.

Observa-se, ainda, que condutas manifestamente afetas à gestão interna da Administração Pública também eram tipificadas como crime, o que se infere da análise da Seção VI do Código Criminal do Império, intitulada “Falta da exacção no cumprimento dos deveres”, em que se incriminavam faltas funcionais dos servidores públicos. Todavia, a pena restringia-se à suspensão do exercício do emprego público por determinado período de tempo, o que demonstra, a bem da verdade, ter-se veiculado sanção de natureza administrativa.

Já o Decreto n. 847/1890, o primeiro Código Penal Republicano, no Título V, “Dos Crimes Contra a Boa Ordem e Administração Pública”, no capítulo único, “Das Malversações, Abusos e Omissões dos Funcionários Públicos”, trouxe os crimes praticados pelos agentes públicos contra a Administração Pública.

O Decreto n. 22.213/1932, que aprovou a Consolidação das Leis Penais, manteve a legislação do Código Penal de 1890.

O Código Penal em vigor, no que diz respeito à parte especial, Decreto-Lei n. 2.848/1940, manteve a diretriz de repressão penal das condutas lesivas à Administração Pública, prevendo no Título IX, “Dos Crimes contra a Administração Pública”, os crimes praticados por funcionário público contra a administração

---

<sup>2</sup> Art. 131 do Código Penal do Império.

em geral (Capítulo I), os crimes praticados por particular contra a administração em geral (Capítulo II), os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira (Capítulo II-A), os crimes praticados contra a administração da justiça (Capítulo III) e os crimes praticados contra as finanças públicas (Capítulo IV).

Registre-se que o Decreto-Lei n. 1.004/1969, Código Penal revogado no período de *vacatio legis*, manteve a estrutura original do Código Penal de 1940 quanto aos crimes contra a Administração Pública.

Na seara extrapenal a primeira lei a tratar de condutas atualmente subsumíveis à modalidade de atos de improbidade administrativa foi o Decreto-Lei n. 3.240/1941, que permitiu, mediante requerimento do Ministério Público ao juízo competente, o sequestro dos bens de indivíduos indiciados por crimes dos quais resultem prejuízo ao erário e/ou locupletamento ilícito do criminoso.

Verifica-se que tal modalidade de sequestro, em que pese vinculada à sorte da ação penal, possuía natureza extrapenal, pois importava em verdadeira reparação civil da Administração Pública promovida em conjunto com a ação penal, dispensando-se o ajuizamento de posterior ação de execução da sentença penal condenatória, uma vez que, sendo procedente a ação penal, de pleno direito os bens seriam perdidos em favor da Fazenda Pública.

Já a Constituição Federal que debutou o tema foi a de 1946, em seu art. 141, § 31, que assim dispôs:

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



Regulamentando o texto constitucional de 1946, foi editada a Lei n. 3.164/1957 (Lei Pitombo-Godói Ilha), que sujeitava os bens adquiridos pelo servidor mediante influência ou abuso de cargo, função pública ou de emprego em entidade autárquica ao sequestro e perdimento em favor da Fazenda Pública.

A Lei Pitombo-Godói Ilha trouxe grande inovação ao prever expressamente a independência de suas sanções da responsabilidade penal do agente público. Dessa forma, ficou claro que o sequestro e perda dos bens em favor da Fazenda Pública tratava-se de sanção autônoma e independente do processo penal. Em consequência da autonomia que preconizou, a ação de sequestro deveria ser proposta no juízo civil, tendo legitimidade ativa o Ministério Público e qualquer “pessoa do povo”. Por fim, também se deve registrar que a lei trouxe a obrigatoriedade de registro dos bens dos agentes públicos federais na Administração Pública federal, instituindo uma forma de acompanhar a evolução patrimonial destes.

Posteriormente, foi editada a Lei n. 3.502/1958 (Lei Bilac Pinto). Tal norma não revogou a Lei n. 3.164/1957, mas estabeleceu normas complementares sobre o sequestro e perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito por influência ou abuso do cargo ou função. Também manteve a natureza civil das sanções, passando a tipificar como crime contra a Administração Pública as hipóteses de enriquecimento ilícito que trazia.

Em simetria à Constituição de 1946, a de 1967 previu, no art. 150, § 11, parte final, que a lei “[...] dispor[ia] também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta”. Após a Emenda Constitucional n. 1/1969, o mesmo texto passou a constar do art. 153, § 11.

Ainda, deve-se observar que, em função do regime de exceção instaurado com o Golpe Militar de 1964, passaram a ser editados “atos institucionais”. O Ato Institucional n. 5, de 13.12.1968, em seu art. 8º, atribuiu ao presidente da República o poder de decretar, após investigação,

o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

O confisco instituído pelo AI-5 foi regulamentado pelo Decreto-Lei n. 359/1968, que criava no âmbito do Ministério da Justiça a Comissão Geral de Investigações. Essa comissão tinha por objetivo promover investigações sumárias para fundamentar as ordens de confisco do presidente da República, ordens estas veiculadas por meio de decreto presidencial imune à apreciação do Judiciário.

Em 27 de janeiro de 1969, foi editado o Ato Complementar n. 42, que ampliou a incidência do confisco introduzido pelo AI-5 ao prever em seu art. 1º que:

O Presidente da República, após investigação, poderá decretar o confisco de bens de pessoa natural ou jurídica que, em relações de qualquer natureza, com a administração, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, autarquias, emprêsas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelos poderes públicos, associações ou entidades beneficiadas com auxílios ou contribuições estabelecidos em lei, permissionárias ou concessionárias de serviços públicos, se haja enriquecido, ilicitamente, com bens, dinheiros ou valores, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Ainda, dispôs o parágrafo único do r. artigo que o confisco aplicava-se também “[...] a quem, de qualquer modo, concorre[sse] para o enriquecimento ilícito”.

O regime de confisco determinado pelo presidente da República com fundamento nos atos institucionais e atos complementares vigorou até a Emenda Constitucional n. 11/1978, que revogou expressamente os atos institucionais e atos complementares naquilo que contrariassem a Constituição Federal, ressaltando os efeitos dos atos praticados com base naqueles, excluindo-os da análise do Judiciário (art. 3º). Da mesma forma, referida emenda constitucional deu nova redação ao art. 153, § 11, da Constituição, estabelecendo que “[...] A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento no exercício de função pública”.

Cumprir observar que, durante a vigência do regime de confisco excepcional de atribuição do presidente da República, continuaram aplicáveis o sequestro e perdimento de bens previstos nas Leis n. 3.164/1957 e n. 3.502/1958, medidas estas que somente podiam ser decretadas pelo Judiciário.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a qualificar as condutas atentatórias à Administração Pública como atos de improbidade administrativa, prescrevendo em seu art. 37, § 4º, que

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Somente com a Lei n. 8.429/1992 é que o art. 37, § 4º, da Constituição foi regulamentado. Essa norma federal revogou expressamente as Leis n. 3.164/1957 e 3.502/1958, que continuaram em vigor mesmo após a promulgação da Constituição de 1988 enquanto pendente de regulamentação.

Pode-se considerar a Lei n. 8.429/1992 como um microsistema a tratar da improbidade administrativa, uma vez que descreve

as modalidades de atos de improbidade administrativa, prevê as sanções aplicáveis e dispõe acerca dos instrumentos processuais e normas processuais aplicáveis à ação de improbidade administrativa. No âmbito da matéria que abarca, destaca-se a previsão da decretação judicial da indisponibilidade de bens do réu, resguardando, assim, o ressarcimento da Administração Pública lesada. Também traz a possibilidade de afastamento do agente público do cargo ou função ocupada durante o curso do processo quando tal se fizer necessário à instrução processual.

Cumprir registrar que a violação da probidade administrativa, como hipótese de crime de responsabilidade do presidente da República, encontra previsão desde a primeira das Constituições Republicanas (CF/1891, art. 54, item 6º; CF/1934, art. 57, f; CF/1937, art. 85, d; CF/1946, art. 89, V; CF/1967, art. 84, V; CF/1969, art. 82, V, e CF/1988, art. 85, V).

Da mesma forma, os crimes de responsabilidade, na modalidade de crime contra a probidade administrativa, também foram tratados pela Lei n. 1.079/1950, que tipificou os crimes e regulamentou o processo em relação aos crimes de responsabilidade praticados pelo presidente da República, ministros de Estado, ministros do Supremo Tribunal Federal, procurador-geral da República, governadores e secretários dos estados. Ainda, o Decreto-Lei n. 201/1967 dispõe, entre outras matérias, acerca dos crimes de responsabilidade praticados pelos prefeitos.

Analisando-se a evolução histórico-legislativa do Direito brasileiro, no que diz respeito aos atos de improbidade administrativa, constata-se que estes primeiramente foram tratados como crimes contra a Administração Pública. Posteriormente, a legislação passou a criar instrumentos para viabilizar o ressarcimento do erário lesado, vinculando tais medidas à ação penal respectiva, o

que implicava a necessidade de a conduta lesiva configurar crime. Em evolução, passou-se à possibilidade de responsabilização do agente público na esfera penal e civil, mas os atos de improbidade administrativa restringiam-se àqueles que causavam prejuízo à Fazenda Pública ou enriquecimento ilícito, limitando-se as sanções, por via de regra, à reparação do erário e perda pelo agente público dos bens ilicitamente adquiridos.

Atualmente, a partir da Lei n. 8.429/1992, aos atos de improbidade administrativa passou-se a dar tratamento amplo, distinguindo-se a responsabilidade por atos de improbidade administrativa da responsabilidade civil, da responsabilidade penal e da responsabilidade administrativo-disciplinar, criando-se uma nova modalidade de responsabilização do agente público. Da mesma forma, os atos lesivos aos princípios da Administração Pública foram elevados à categoria de atos de improbidade administrativa. Por fim, também as sanções aplicáveis aos agentes públicos divergiram das até então existentes, aplicando-se as penas de ressarcimento integral do dano causado, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por prazo determinado, pagamento de multa civil e proibição por determinado prazo de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou créditos direta ou indiretamente.

### **3 Da improbidade administrativa e dos atos de improbidade administrativa**

O desenvolvimento do problema proposto não prescinde de uma análise, ainda que breve, dos conceitos de (im)probidade administrativa e de ato de improbidade administrativa trazidos pela doutrina.

Para Almeida Prado (2001, p. 16), “[...] probidade é um conceito de menor extensão, contido na idéia mais ampla de moralidade”.

Figueiredo (2004, p. 40) assim aborda o tema:

Questão tormentosa cifra-se no seguinte: qual a diferença conceitual entre moralidade administrativa e probidade? Preliminarmente diga-se que a Constituição utiliza ambos os termos. São condutas e institutos diversos. Ou, por outra, o princípio da moralidade administrativa é de alcance maior, é conceito mais genérico, a determinar, a todos os “poderes” e funções do Estado, atuação conforme o padrão jurídico da moral, da boa-fé, da lealdade, da honestidade. Já, a probidade, que alhures denominamos “moralidade administrativa qualificada”, volta-se a particular aspecto da moralidade administrativa. Parece-nos que a probidade está exclusivamente vinculada ao aspecto da conduta (do ilícito) do administrador. Assim, em termos gerais, diríamos que viola a probidade administrativa o agente público que em suas ordinárias tarefas e deveres (em seu agir) atrita os denominados “tipos” legais. A probidade, desse modo, seria o aspecto “pessoal-funcional” da moralidade administrativa. Nota-se de pronto substancial diferença. Dado agente pode violar a moralidade administrativa e nem por isso violará necessariamente a probidade, se na análise de sua conduta não houver a previsão legal tida por ato de improbidade.

Continua Figueiredo (2004, p. 41) afirmando que “[...] A lei, como veremos, enumera e explicita situações tidas como violadoras da ‘probidade’. Parece ter circunscrito a punição aos atos e condutas lá estabelecidos [...]”.

Medeiros (2003, p. 10), citando Pazzagli Filho e outros, afirma:

Numa primeira aproximação, improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e

Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo “tráfico de influência” nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios.

Conclui Medeiros (2003, p. 10), apresentando seu conceito de improbidade administrativa:

[...] improbidade administrativa: é a conduta comissiva ou omissiva do agente público (servidor público ou pessoa a ele equiparada, na forma da Lei de Improbidade Administrativa), ou deste com a participação ou em benefício de terceiro que, desvirtuando as regras de atuação ética, legal e moral estabelecidas na sociedade, pratica maus-tratos aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência ou moralidade administrativa, com ênfase para este último, acarretando, ou não, enriquecimento ilícito para os seus autores, eventualmente, por meio de desfalque ao erário público.

Para Martins Júnior (2006, p. 115):

[...] o vício de imoralidade administrativa, para caracterizar improbidade, requer uma especial qualificação do ato e seus efeitos, demonstrativa da inabilitação moral e do desvio ético de conduta do agente público. A improbidade administrativa revela-se quando o agente público rompe com o compromisso de obediência aos deveres inerentes à sua função, e essa qualidade é fornecida pelo próprio sistema jurídico através de seus princípios e de suas normas das mais variadas disciplinas.

Improbidade administrativa, em linhas gerais, significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os deveres do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial. A partir desse comportamento, desejado ou fruto de incúria, desprezo, falta de preocupação ou cuidado, revelam-se a nulidade do ato por infringência aos princípios e regras, explícitos ou implícitos, de boa administração e o desvio ético do

agente público e do beneficiário ou partícipe, demonstrando a inabilitação moral do primeiro para o exercício de função pública.

Para Garcia (2006, p. 109):

Probidade, assim, significa retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade.

De Plácido e Silva conceituou improbidade da seguinte forma:

“derivado do latim *improbitas* (má qualidade, imoralidade, malícia), juridicamente, liga-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter”.

Para Pazzaglini Filho (2007, p. 18):

[...] a conduta ilícita do agente público para tipificar ato de improbidade administrativa deve ter esse traço comum ou característico de todas as modalidades de improbidade administrativa: desonestidade, má-fé, falta de probidade no trato da coisa pública.

Nesse contexto, a improbidade administrativa constitui violação ao princípio constitucional da probidade administrativa, isto é, ao dever do agente público de atuar sempre com probidade (honestidade, decência, honradez) na gestão dos negócios públicos.

No dizer de Marcello Caetano, ao abordar o dever de probidade:

“o funcionário deve servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”.

Já Justen Filho afirma (2006, p. 699):

Improbidade administrativa consiste na conduta econômica eticamente reprovável praticada pelo agente estatal, consistente no exercício indevido de competências administrativas que acarrete prejuízo aos cofres públicos, com a frustração de valores constitucionais fundamentais, visando ou não a obtenção de vantagem pecuniária indevida para si ou para outrem, que sujeita o agente a punição complexa e unitária, de natureza penal, administrativa e civil, tal como definido em lei.



A Procuradora Regional da República Mônica Nicida Garcia (2007, p. 229-230) faz a seguinte distinção:

[...] é preciso fazer-se a distinção entre “probidade”, “princípio da probidade” e “ato de improbidade”. A probidade é uma qualidade (honestidade) que se espera e sempre se esperou do agente público. A crescente importância de sua tutela e proteção alçou-a à categoria de princípio da probidade, que, para alguns, é um subprincípio do princípio da moralidade. O princípio da probidade adquire aplicabilidade e eficácia, ou seja, concretiza-se por meio de diversas regras, que pautam a conduta dos agentes públicos. Entre elas, a do § 4º do art. 37 da Constituição Federal, que forja o ato de improbidade e a da Lei n. 8.429/1992, que o define.

Ainda, leciona Silva (1998, p. 646-647):

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A improbidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e corresponde vantagem ao ímprobo ou a outrem.

Verifica-se pelos conceitos apresentados que a moralidade administrativa não se confunde com a probidade administrativa, pois a primeira constitui gênero do qual a segunda é espécie, até porque a própria Constituição se refere a ambos os termos separadamente de forma a expressamente diferenciá-los. Assim, conclui-se, em um primeiro momento, que nem toda imoralidade administrativa caracteriza improbidade administrativa.

Ainda, a improbidade administrativa caracteriza-se por ser uma imoralidade administrativa legalmente qualificada, na medida em que a Constituição, no art. 37, § 4º, definiu que os atos de impro-

bilidade administrativa deveriam ser tipificados em lei formal. Desse modo, ato de improbidade administrativa é aquele ato imoral legalmente qualificado pelos tipos dos arts. 9º ao 11 da Lei n. 8.429/1992.

Pode-se concluir, dessa forma, que nem toda imoralidade administrativa implica ato de improbidade administrativa, mas todo ato de improbidade administrativa, para ser qualificado como tal, deve implicar, necessariamente, violação à moralidade administrativa, haja vista que não se pode conceber violação à espécie (à probidade administrativa) sem a correspondente violação ao gênero (à moralidade administrativa).

#### **4 Dos tipos de improbidade administrativa em espécie – considerações**

Antes de adentrar na análise do elemento subjetivo do tipo do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, necessário o cotejo ligeiro dos demais tipos de atos de improbidade administrativa, notadamente quando se pretende efetuar uma diferenciação entre estes e o art. 11 no que diz respeito ao elemento subjetivo.

O art. 9º, *caput*, e incisos dizem respeito às condutas que importam enriquecimento ilícito:

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: [...].

Observa-se que as condutas devem ser exercidas em função do desempenho das atribuições do agente público. Ainda, deve-se ressaltar que o tipo do art. 9º caracteriza-se independentemente da existência de prejuízo ao erário e/ou de prática de ato administrativo ilegal pelo agente público. Também se deve frisar que as

condutas descritas nos incisos do art. 9º são meramente exemplificativas, o que emerge do termo “notadamente” constante do *caput*.

Quanto ao elemento subjetivo do tipo do art. 9º, há consenso na doutrina no sentido de tratar-se apenas do dolo<sup>3</sup>, haja vista não se conceber enriquecimento ilícito do agente público mediante agir culposo.

A segunda modalidade de atos de improbidade administrativa vem descrita no art. 10, *caput* e incisos:

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

Em igualdade às condutas descritas nos incisos do art. 9º, as condutas tipificadas nos incisos do art. 10 são meramente exemplificativas, pois também consta do *caput* o termo “notadamente”. O traço comum a todas as condutas previstas no art. 10 é o fato de gerarem prejuízo ao erário.

Quanto ao elemento subjetivo do tipo do art. 10 não há maior discussão, uma vez que o legislador expressamente reprimiu as condutas dolosas e culposas.

A terceira e última modalidade de atos de improbidade administrativa diz respeito às condutas dos agentes públicos que violam os princípios da Administração Pública descritos no *caput* do art. 11, quais sejam, os princípios da honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições:

---

<sup>3</sup> Nesse sentido, MARTINS JÚNIOR, 2006, p. 227; FIGUEIREDO, 2004, p. 86; ALMEIDA PRADO, 2001, p. 37; JUSTEN FILHO, 2006, p. 703; PAZZAGLINI FILHO, 2007, p. 59; MEDEIROS, 2003, p. 52, e GARCIA, 2006, p. 299.

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: [...]

Novamente o legislador utilizou a expressão “notadamente”, deixando claro que as condutas descritas nos incisos do art. 11 são exemplificativas.

Ainda, deve-se registrar que o art. 11 tem incidência independentemente de qualquer prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito do agente público, sendo norma que tutela a probidade administrativa em si mesma considerada.

A questão atinente ao elemento subjetivo do tipo do art. 11 será tratada em seguida, em tópico próprio, devendo-se registrar, entretanto, que a amplitude interpretativa possibilitada pelo *caput* do art. 11 exige do hermeneuta uma interpretação parcimoniosa quanto ao seu alcance, sob pena de se qualificar como ato de improbidade administrativa um sem número de condutas meramente irregulares e/ou “questionáveis” sob o ponto de vista da oportunidade e conveniência.

## **5 Elemento subjetivo do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa**

Inicialmente, antes de se passar ao exame propriamente dito do elemento subjetivo do tipo do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, é imprescindível fixar os conceitos de dolo e culpa.

Segundo leciona Medeiros (2003, p. 42):

Para o direito Penal, dolo é “a consciência e a vontade na realização da conduta típica” (FRAGOSO, HELENO CLÁUDIO, *Lições de direito penal: parte geral*, *apud* MIRABETE, JULIO FABBRINI, *Manual de direito penal*, p. 135, v. 1). Adaptando o conceito, temos que dolosa é a

conduta, dotada de consciência e vontade, que realiza o ato previsto como ímprobo na Lei de Improbidade Administrativa.

Para Fábio Medina Osório (*apud* MARTINS JÚNIOR, 2006, p. 246-247):

o dolo, em direito administrativo, é a intenção do agente que recai sobre o suporte fático da norma legal proibitiva. O agente quer realizar determinada conduta objetivamente proibida pela ordem jurídica. Eis o dolo. Trata-se de analisar a intenção do agente especialmente diante dos elementos fáticos – mas também normativos – regulados pelas leis incidentes à espécie.

Para Garcia (2006, p. 298):

Havendo vontade livre e consciente de praticar o ato que viole os princípios regentes da atividade estatal, dir-se-á que o ato é doloso; o mesmo ocorrendo quando o agente, prevendo a possibilidade de violá-los, assumia tal risco com a prática do ato.

Já a culpa pode ser conceituada, segundo Juarez Tavares (*apud* PRADO, 1999, p. 191-192), como:

forma de conduta humana que se caracteriza pela realização do tipo de uma lei penal, através da lesão a um dever de cuidado, objetivamente necessário para proteger o bem jurídico e onde a culpabilidade do agente se apresenta no fato de não haver ele evitado a realização do tipo, apesar de capaz e em condição de fazê-lo.

Para Garcia (2006, p. 298), “O ato será culposo quando o agente não empregar a atenção ou a diligência exigida, deixando de prever os resultados que adviriam de sua conduta por atuar com negligência, imprudência ou imperícia”.

Com efeito, fixados os conceitos de culpa e dolo, deve-se verificar o *caput* do art. 11 no sentido de identificar-se qual elemento subjetivo é necessário para a subsunção da conduta do agente público à norma. Dispõe o *caput* do art. 11:

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: [...]

De plano, verifica-se que o texto do *caput* do art. 11 não faz referência expressa ao elemento subjetivo do tipo, ao contrário do *caput* do art. 10.

Diante da omissão do art. 11, vislumbram-se três hipóteses quanto ao elemento subjetivo do tipo: 1<sup>a</sup>) a lei não exige para subsunção da conduta à norma qualquer elemento subjetivo, tratando-se de responsabilidade objetiva; 2<sup>a</sup>) a omissão implica a tipificação da conduta dolosa e culposa e 3<sup>a</sup>) a omissão implica a tipificação somente da conduta dolosa.

No sentido de que o art. 11 incide independentemente de ter o agente público agido com dolo ou culpa, Luiz Fabião Guasque (*apud* MARTINS JÚNIOR, 2006, p. 283) leciona que a responsabilização deste “[...] decorre da ‘inobservância de um dever jurídico criado pela Constituição, e independe da vontade de qualquer pessoa’”.

Também há precedentes do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, bastando a prova da conduta e do nexo de causalidade com a violação dos deveres descritos no *caput* do art. 11:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE.

1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade.

2. Recurso especial improvido.

(REsp n. 826.678/GO, Min. Castro Meira, *DJ* de 23 out. 2006).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO.

1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Caso reste demonstrada a lesão, e somente neste caso, o inciso III, do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário.

2. [...]

3. [...]

4. Recurso especial provido em parte.

(REsp n. 650.674/MG, Min. Castro Meira, *DJ* de 1º ago. 2006).

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – EX-PREFEITO – CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES MUNICIPAIS SOB O REGIME EXCEPCIONAL TEMPORÁRIO – INEXISTÊNCIA DE ATOS TENDENTES À REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO DURANTE TODO O MANDATO – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA MORALIDADE.

1. [...]

2. [...]

3. O ato de improbidade é constatado de forma objetiva, independentemente de dolo ou de culpa e é punido em outra esfera, diferentemente da via penal, da via civil ou da via administrativa.

4. Diante das Leis de Improbidade e de Responsabilidade Fiscal, inexistente espaço para o administrador “desorganizado” e “despreparado”, não se podendo conceber que um prefeito assumira a administração de um município sem a observância das mais mezinhas regras de direito público. Ainda que se cogite não tenha o réu agido com má-fé, os fatos abstraídos configuram-se atos de improbidade

e não meras irregularidades, por inobservância do princípio da legalidade.

5. Recurso especial conhecido em parte e, no mérito, improvido.

(REsp n. 708.170/MG, Min. Eliana Calmon, *DJ* de 19 dez. 2005).

Um segundo entendimento quanto ao elemento subjetivo do tipo do art. 11 afirma serem admitidas condutas dolosas e culposas. Nesse sentido é a lição de Walter Claudius Rothenburg (*apud* GARCIA, 2006, p. 282):

[...] eventualmente, a culpa “em grau marcante” não deve ser excluída em relação às figuras dos arts. 9º e 11. Segundo o jurista, essa conclusão deflui do art. 5º da Lei n. 8.429/1992 [...], pois, apesar de o preceito se referir apenas ao patrimônio público, faz as vezes de norma geral.

Também Medeiros (2003, p. 97) admite a modalidade culposa:

[...] Ao contrário do art. 9º, que por natureza não se afina senão com a modalidade dolosa, e com o art. 10, que expressamente admite ambas as formas, o cânon em exame suscita dúvida acerca da possibilidade de punição de ato motivado por culpa. Temos que a análise de alguns dos incisos esclarece. Observe-se o inciso II, que prevê o retardamento ou omissão de prática de ato de ofício. Tal pode decorrer de negligência? Evidente que sim. Pois bem, negligência é culpa. Tudo depende de exame específico da situação que se apresente. Já o desvio de finalidade (inciso I), afigurasse-nos tipicamente fruto de dolo, até porque o agente deve visar a um fim proibido, ou seja, exige-se consciência e vontade. Advirta-se, porém, que o grau de culpa deve ser avaliado, bem como as conseqüências da conduta. Na falta de gravidade, resta prejudicada a pretensão punitiva do Estado.

No mesmo sentido, Martins Júnior (2006, p. 283):

[...] Carlos Alberto Ortiz entende “implícita a culpa em sentido lato na violação dos deveres decorrentes desses princípios”. Não se comunga a tese de que, em razão da explícita admissão do dolo



e da culpa no art. 10, a lei tenha exigido o dolo nos arts. 9º e 11 e tornado impunível o ato culposo nessas espécies de improbidade administrativa. Efetivamente, não. O art. 11 preocupa-se com a intensidade do elemento volitivo do agente, pune condutas dolosas e culposas (aqui entendida a culpa grave). De outra parte, deve-se considerar, ainda, que é mister a ocorrência de grave e inequívoca violação aos princípios e deveres administrativos, notadamente legalidade e moralidade, que revele a falta de ética e não meras irregularidades que não configurem dano aos princípios e deveres administrativos.

Já uma terceira corrente apregoa que o art. 11 somente admite a modalidade dolosa de responsabilização. Nesse sentido, Pazzaglini Filho (2007, p. 114) afirma que:

[...] a norma do art. 11 exige, para sua configuração, que a afronta a princípio constitucional da administração pública decorra de comportamento doloso do agente público, ou seja, que ele aja de forma ilícita, consciente da violação de preceito da administração, motivado por desonestidade, por falta de probidade.

Também Justen Filho (2006, p. 705):

Não se admite infração de improbidade, subsumível ao art. 11, sem um elemento de dolo. A atuação culposa é insuficiente – o que, insista-se, não equivale a afirmar a regularidade dela. É perfeitamente possível, senão obrigatório, punir condutas irregulares ilícitas praticadas por agentes estatais. Mas isso não autoriza a impor sanção de improbidade para toda e qualquer conduta administrativa irregular. A tanto se opõe o princípio da proporcionalidade.

Garcia (2006, p. 299) assevera só ser admitida a conduta dolosa:

Ante o teor da Lei n. 8.429/1992, constata-se que apenas os atos que acarretem lesão ao erário (art. 10) admitem a forma culposa, pois somente aqui se tem a previsão de sancionamento para tal elemento volitivo. Nas hipóteses de enriquecimento ilícito (art. 9º) e violação aos princípios administrativos (art. 11), o ato deve ser doloso.

Igualmente Benedicto de Tolosa Filho (*apud* GARCIA, 2006, p. 282) assevera que “[...] as figuras do art. 11 pressupõem o dolo (p. 109) [...]”.

E Almeida Prado (2001, p. 37):

[...] A improbidade pressupõe, sempre, um desvio ético na conduta do agente, a transgressão consciente de um preceito de observância obrigatória. Não deve, pois, existir ato de improbidade, ainda que de caráter omissivo, sem impulso subjetivo, sem propósito de violação de um dever jurídico – este, tomado na sua acepção mais ampla, compreendendo tanto a transgressão direta à fórmula literal do preceito legal como a contrariedade velada, que importa desvio em relação aos fins legais ou desatendimento aos motivos legalmente qualificados.

[...]

A idéia de culpa, traduzida na imprudência, imperícia ou negligência, é incompatível com a noção de improbidade, que, pressupondo um desvio de ordem ética e merecendo uma qualificação infamante, só muito excepcionalmente poderá admitir modalidade meramente culposa.

Ainda, Almeida Prado (2001, p. 126), ao comentar o elemento subjetivo do art. 11, frisa que “Cabe observar que a violação dos deveres enumerados deverá sempre ser dolosa, vale dizer, a conduta do agente público precisa caracterizar-se como violação consciente desses deveres”.

No mesmo sentido é Figueiredo (2004, p. 126), ao afirmar que “[...] não podemos imaginar como razoável ou proporcional um dado servidor público punido com as severas cominações do art. 12, III, por ter, de modo culposo, violado seu dever de imparcialidade ou mesmo de legalidade”.

Ainda, verifica-se que a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça passou a exigir o dolo para subsunção da conduta ao art. 11:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO CONFIGURAÇÃO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI N. 8.429/1992. ELEMENTO SUBJETIVO. CONDUTA DOLOSA. NÃO COMPROVAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO.

1. [...]

2. [...]

3. [...]

4. A Corte a quo concluiu que a conduta do recorrente tipificou ato de improbidade administrativa por violação dos princípios da Administração Pública, em razão do descumprimento de ordem judicial. Também reconheceu a possibilidade de a modalidade culposa configurar a referida conduta ímproba, não obstante a ausência de dano ao erário, independentemente da existência ou não de conduta dolosa, a qual seria “uma discussão irrelevante”.

5. Efetivamente, a configuração do ato de improbidade administrativa por lesão aos princípios da Administração Pública não exige prejuízo ao erário, nos termos do art. 21 da Lei n. n. 8.429/1992. Entretanto, é indispensável a presença de conduta dolosa do agente público ao praticar o suposto ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, elemento que não foi reconhecido pela Corte *a quo* no caso concreto.

6. Tais considerações, ainda que se trate de ilegalidade ou mera irregularidade, afastam a configuração de ato de improbidade administrativa, pois não foi demonstrado o indispensável elemento subjetivo, ou seja, a prática dolosa da conduta de atentado aos princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/1992.

É importante ressaltar que a forma culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado a lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (arts. 9º e 11 da LIA).

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp n. 1.036.229/PR, Min. Denise Arruda, 1ª T, *DJe* 2 fev. 2010).

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – ART. 11 DA LEI N. 8.429/1992 – PROVA DE DANO MATERIAL AO ERÁRIO – DESNECESSIDADE – ELEMENTO SUBJETIVO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC: INOCORRÊNCIA.

1. [...]

2. Para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais.

3. Os tipos da Lei de Improbidade estão divididos em três categorias: a) art. 9º (atos que importam em enriquecimento ilícito); b) art. 10 (atos que causam prejuízo ao erário) e c) art. 11 (atos que atentam contra os princípios da administração).

4. Os atos de improbidade só são punidos a título de dolo, indagando-se da boa ou má-fé do agente.

5. Embora mereçam acirradas críticas da doutrina, os atos de improbidade do art. 10, como está no próprio *caput*, são também punidos a título de culpa, mas deve estar presente na configuração do tipo a prova inequívoca do prejuízo ao erário.

6. Recurso especial improvido.

(REsp n. 804.052/MG, Min. Eliana Calmon, 2ª T, *DJe* 18 nov. 2008).

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO – AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DE PREÇO.

1. O tipo do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, para configurar-se como ato de improbidade, exige conduta comissiva ou omissiva dolosa, não havendo espaço para a responsabilidade objetiva.

2. Atipicidade de conduta por ausência de dolo.

3. Recurso especial improvido.

(REsp n. 658.415/RS, Min. Eliana Calmon, 2ª T, DJ 3 ago. 2006).

Verifica-se que a terceira corrente, que exige conduta dolosa para a incidência do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, é a que melhor se coaduna com a legislação e princípios que regem a matéria.

A primeira corrente, que sustenta a responsabilidade objetiva do agente público por violação do art. 11, não encontra amparo na legislação e na Constituição.

Realmente, conforme leciona Garcia (2006, p. 281):

Ressalvados os casos em que a responsabilidade objetiva esteja expressamente prevista no ordenamento jurídico, é insuficiente a mera demonstração do vínculo causal objetivo entre a conduta do agente e o resultado lesivo. Inexistindo um vínculo subjetivo unindo o agente à conduta, e esta ao resultado, não será possível demonstrar “o menosprezo ou descaso pela ordem jurídica” e, portanto, a censurabilidade que justifica a punição (*malum passionis ob malum actionis*).

Mais adiante, arremata:

Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa neste sentido, constata-se que: a) a prática dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 exige o dolo do agente; b) a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com dolo ou com culpa; c) o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar a improbidade (GARCIA, 2006, p. 282-283).

Deveras, a impossibilidade de responsabilizar-se objetivamente o agente público por atos de improbidade administrativa decorre de preceito constitucional, do art. 37, § 6º, CF. Este, ao expressamente exigir a ocorrência de dolo ou culpa para repara-

ção civil do dano causado à Administração Pública pelo servidor público em direito de regresso, implicitamente repele a possibilidade de a legislação infraconstitucional pretender responsabilizar o servidor público objetivamente por ato de improbidade administrativa. Com efeito, a responsabilidade por ato de improbidade administrativa implica sanções extremamente mais graves e não pode possuir incidência mais ampla do que aquela fixada constitucionalmente em relação à responsabilidade civil do servidor público.

Outrossim, mesmo se entendendo não ter a Constituição vedado a possibilidade da responsabilização objetiva do agente público por ato de improbidade administrativa, é inegável que, sendo esta admitida, há de ser expressamente prevista em lei.

Com efeito, o Código Civil é reconhecido como repertório de preceitos que emanam a todos os ramos do Direito, inclusive ao direito administrativo, haja vista sua importância nos sistemas jurídicos de matiz romano-germânico<sup>4</sup>. Nesse contexto, verifica-se que o art. 927, parágrafo único, do Código Civil é expresso ao afirmar que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados por lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Ora, ainda que o texto do Código Civil diga respeito à responsabilidade civil, possível é sua aplicação por analogia à responsabilidade por ato de improbidade administrativa, *maxime* por não se admitir que a legislação trate de maneira mais restrita as hipóteses de responsabilização civil em comparação com a responsabilização por atos de improbidade administrativa, extremamente mais gravosa ante as sanções impostas aos agentes públicos.

---

<sup>4</sup> Conforme lição de VENOSA, 2006, p. 96.

Outrossim, também na seara do direito penal não se admite a responsabilidade objetiva<sup>5</sup>. É sabido que não se confunde a responsabilidade por ato de improbidade administrativa com a responsabilidade penal do agente, até por expressa previsão do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 e do art. 37, § 4º, da Constituição. Todavia, para efeito de interpretação do alcance do tipo subjetivo do art. 11 da r. lei, é plenamente aplicável o recurso às modalidades de responsabilidade penal, notadamente em se reconhecendo que ambas as hipóteses de sancionamento (penal e por ato de improbidade administrativa) são manifestações do exercício de um mesmo poder estatal sancionatório, revelando uma gênese comum, conforme lição de Osório (2000, p. 116):

É verdade que o poder estatal sancionatório, que era unificado e depois se especializou, deve obediência às finalidades ordinárias de quaisquer penas, há de ser público, proporcional. Submete-se, indiscutivelmente, a princípios constitucionais que norteiam o exercício da pretensão punitiva estatal, ainda que, no plano concreto, esses princípios apresentem diferenças entre si.

Assim, em similitude ao direito penal, não se pode admitir a responsabilidade objetiva por ato de improbidade administrativa.

Dessa forma, é de se afastar a primeira corrente acerca do elemento subjetivo do tipo do art. 11.

A segunda corrente, que sustenta admitir no tipo do art. 11 tanto a responsabilização a título de dolo quanto a título de culpa, também não se sustenta ante uma análise detida da legislação.

Em princípio, verifica-se que o art. 5º da Lei de Improbidade Administrativa, ao prescrever que “Ocorrendo lesão ao patrimô-

---

<sup>5</sup> Leciona Nilo Batista (*apud* GRECO, 2003, p. 100) acerca do princípio da culpabilidade: “impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico”.

nio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”, antes de veicular norma geral acerca da responsabilização por ato de improbidade administrativa, veicula norma específica relacionada à responsabilidade civil por lesão ao patrimônio público.

Realmente, em se aceitando que todos os tipos de improbidade administrativa, do art. 9º ao 11, admitem a responsabilidade a título de dolo e culpa, qual seria a finalidade do art. 5º? Tal questionamento tem razão, pois todos os incisos do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, ao preverem sanções para as condutas tipificadas nos arts. 9º ao 11, relacionam o “ressarcimento integral do dano” como modalidade de sanção. Se reconhecermos que os tipos dos arts. 9º ao 11 admitem as modalidades dolosa e culposa de conduta e se os incisos do art. 12 já preveem o ressarcimento integral do dano como sanção<sup>6</sup>, qual seria a razão de ser do art. 5º?

Em verdade, constata-se que a finalidade do art. 5º é explicitar que, não obstante os tipos do arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa somente admitirem a modalidade dolosa, a responsabilidade civil para reparação do dano continua admitindo as modalidades dolosa e culposa. Da mesma forma, o art. 5º exprime que o terceiro *extraneus*, ainda quando não tenha praticado ato de improbidade administrativa em coautoria com agente público, responde a título de dolo ou culpa pelos danos causados ao patrimônio público.

Ainda, não se pode olvidar que somente o art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa expressamente previu a responsabilidade do agente público na modalidade culposa, não se podendo concluir que a ausência de tal previsão em relação aos arts. 9º e 11 trata-se de “mero esquecimento” do legislador. Se não houve previsão expressa nos arts. 9º

---

<sup>6</sup> Em verdade, o ressarcimento integral do dano causado ao erário não corresponde a uma modalidade de sanção, sendo decorrente da responsabilidade civil ordinária.



e 11 é porque a lei não admitiu a modalidade culposa, sendo há muito sedimentado na técnica legislativa voltada à criminalização de condutas somente a previsão expressa da modalidade culposa de conduta, caracterizando a ausência de referência a admissão tão somente da modalidade dolosa, o que é previsto expressamente no art. 18, parágrafo único, do Código Penal. Desse modo, deve-se interpretar a omissão do art. 11 de maneira similar ao direito penal, em função de ambas as modalidades de sanções serem exteriorização do mesmo poder estatal sancionatório<sup>7</sup>.

Também Justen Filho (2006, p. 706) sustenta a possibilidade de aplicação dos princípios e postulados legais do direito penal:

Outra evidência insuperável da natureza não meramente administrativa do instituto da improbidade reside na submissão da aplicação das penas à interversão jurisdicional.

Se o sancionamento correspondente à improbidade fosse civil ou administrativo, haveria competência para sua aplicação no âmbito da atividade administrativa. A exigência legal da intervenção do Judiciário comprova a natureza penal. Um dos aspectos marcantes do direito penal reside na aplicação jurisdicional de suas normas.

[...]

Como decorrência, incidem os pressupostos e os princípios atinentes aos diversos ramos do direito, na medida em que se revelem aplicáveis.

[...]

Isso significa que todo o regime de direito penal se aplica a propósito da natureza administrativa e penal.

[...]

---

<sup>7</sup> A relação com o direito penal deflui do reconhecimento da existência do que se denomina “poder estatal sancionatório”, gênero do qual o poder de impor sanções penais e por atos de improbidade administrativa seriam espécies.

Mas também incidem as garantias constitucionais de natureza democrática, vedando a instrumentalização das regras sobre improbidade de modo a afastar a disputa democrática pelo poder. A gravidade das sanções políticas exige aplicação cautelosa, para evitar que, em vez de assegurar o aperfeiçoamento de um Estado Democrático, a improbidade seja um instrumento para afastar os potenciais disputantes pelos cargos eletivos.

Outra não é a lição de Almeida Prado (2001, p. 20), para quem a aplicação de todos os princípios gerais do direito penal mostra-se necessária:

Mas é importante assinalar, desde logo, que inúmeros princípios gerais, de nível constitucional, tradicionalmente referidos ao direito penal, são aplicáveis também às infrações administrativas, e com especial intensidade a essa nova categoria dos atos de improbidade administrativa.

Conclui Almeida Prado (2001, p. 32) descrevendo os princípios constitucionais aplicáveis:

Entre os princípios constitucionais aplicáveis aos atos da improbidade administrativa cabe destacar, por sua relevância, o princípio da legalidade, o princípio da tipicidade, o princípio da culpabilidade e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Aplicáveis, ainda, aos atos de improbidade administrativa os princípios da irretroatividade da lei mais gravosa e o da presunção de inocência.

Do mesmo modo, deve-se ressaltar que a ausência de referência expressa do art. 11 à modalidade de conduta culposa não pode levar o intérprete a concluir estar-se diante de uma lacuna normativa legitimadora do trabalho de supressão por meio de métodos ordinários de exegese, haja vista que, em confronto com a expressa menção do art. 10 à modalidade culposa, constata-se que se trata de um silêncio eloquente da norma, o que obsta qualquer tentativa de preenchimento do suposto “vazio normativo”,

uma vez que vazio não existe na hipótese<sup>8</sup>. Realmente, o silêncio eloquente há muito é conhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Só se aplica a analogia quando, na lei, haja lacuna, e não o que os alemães denominam “silêncio eloqüente” (*beredtes Schweigen*), que é o silêncio que traduz que a hipótese contemplada é a única a que se aplica o preceito legal, não se admitindo, portanto, aí o emprego da analogia.

(RE n. 130.554, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 28 jun.1991).

No mesmo sentido Garcia (2006, p. 282-283):

Diz-se que os ilícitos previstos nos arts. 9º e 11 não admitem a culpa em razão de dois fatores. De acordo com o primeiro, a reprovabilidade da conduta somente pode ser imputada àquele que a praticou voluntariamente, almejando o resultado lesivo, enquanto que a punição do descuido ou da falta de atenção pressupõe expressa previsão legal, o que se encontra ausente na hipótese. No que concerne ao segundo, tem-se um fator lógico-sistemático de exclusão, pois tendo sido a culpa prevista unicamente no art. 10, afigura-se evidente que a *mens legis* é restringi-la a tais hipóteses, excluindo-a das demais.

Por tudo que foi exposto, verifica-se que a noção de improbidade administrativa implica desonestidade, má-fé, devassidão na conduta do agente público, o que exige, pela própria natureza desses conceitos, agir doloso e, excepcionalmente, agir culposo expressamente previsto em lei. Essa conclusão leva, conseqüentemente, a reconhecer-se que o tipo do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa só admite como elemento subjetivo do tipo o dolo, sendo atípicas as condutas praticadas culposamente.

---

<sup>8</sup> Conforme ensinamento de Karl Larenz (*Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José de Lamego. 2. ed. Revista, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, citado em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-26/justica-nao-aplicar-regras-iguais-falencia-recuperacao> Acesso em: 24 fev. 2010.

Reforça tal entendimento o fato de ser inadmissível o reconhecimento de responsabilidade objetiva por ato de improbidade administrativa, seja pela incidência do art. 37, § 6º, da Constituição, seja pela ausência de previsão legal expressa. Outrossim, a falta de referência expressa à modalidade culposa pelo art. 11, antes de autorizar interpretação no sentido da responsabilização por tal modalidade, leva à conclusão de que só é admitido o dolo como elemento subjetivo do tipo, isso em função do reconhecimento da aplicação dos princípios gerais do direito penal e de analogia às normas de direito penal e, também, em se reconhecendo que a omissão do art. 11, em confronto com a previsão expressa do art. 10, implica silêncio eloquente e vontade positiva da lei em vedar a responsabilização por ato culposo na hipótese.

## **6 Conclusão**

Até a edição da Lei n. 8.429/1992, regulamentando o art. 37, § 4º, da Constituição, o ordenamento jurídico brasileiro somente punia com rigor os atos de agentes públicos que importavam em enriquecimento ilícito<sup>9</sup>, ficando à margem da legislação uma série de condutas que, em igualdade ao enriquecimento ilícito, mereciam repressão quando praticados em prejuízo da Administração Pública e de entes a ela vinculados.

Analisando-se a evolução histórico-legislativa do Direito brasileiro, no que diz respeito aos atos de improbidade administrativa, constata-se que estes primeiramente foram tratados como crimes contra a Administração Pública. Posteriormente, a legislação passou a criar instrumentos para viabilizar o ressarcimento do erário lesado, vinculando tais medidas à ação penal respectiva, o

---

<sup>9</sup> Ressalvada a possibilidade de punição dos servidores públicos por falta disciplinar prevista nas leis específicas de cada ente da federação.

que implicava a necessidade da conduta lesiva configurar crime. Em evolução, passou-se à possibilidade de responsabilização do agente público na esfera penal e civil, mas os atos de improbidade administrativa restringiam-se àqueles que causavam prejuízo à Fazenda Pública ou enriquecimento ilícito, limitando-se as sanções, por via de regra, à reparação do erário e perda pelo agente público dos bens ilicitamente adquiridos.

Atualmente, a partir da Lei n. 8.429/1992, aos atos de improbidade administrativa, passou-se a dar tratamento amplo, distinguindo-se a responsabilidade por atos de improbidade administrativa da responsabilidade civil, da responsabilidade penal e da responsabilidade administrativo-disciplinar, criando-se uma nova modalidade de responsabilização do agente público.

Todavia, essa nova modalidade de responsabilidade possui gênese comum à responsabilidade penal e administrativo-disciplinar, sendo manifestação do poder estatal sancionatório, o que legitima o compartilhamento de princípios e interpretações comuns.

Da mesma forma, a atual legislação tipificou como ato de improbidade administrativa condutas que implicam lesão aos princípios da Administração Pública.

Em consequência, o tipo do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, dado o modo aberto pelo qual descreveu as condutas típicas, viabilizou a subsunção de um enorme número de condutas à categoria de atos de improbidade administrativa, sobressaindo aquelas violadoras do princípio da legalidade.

Nesse contexto, a problemática que envolve a definição do elemento subjetivo do tipo do art. 11 passa a ter extrema importância, não se tratando de discussão de valor meramente acadê-

mico ou doutrinário, *maxime* em função das enormes implicações que acompanham a imputação de um ato de improbidade administrativa ao agente público.

Assim, dentro do propósito deste artigo, procurou-se demonstrar que o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa só admite a modalidade dolosa de responsabilização, conclusão esta que deriva, em síntese, da análise do texto constitucional e legislação em vigor em conjunto com o próprio conceito de improbidade administrativa, o que leva, conseqüentemente, à atipicidade do agir culposo violador dos princípios da Administração Pública.

## **Referências**

ALMEIDA PRADO, FRANCISCO OCTAVIO DE. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FIGUEIREDO, MARCELO. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCIA, EMERSON; ALVES, ROGÉRIO PACHECO. *Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GARCIA, MÔNICA NICIDA. *Responsabilidade do agente público*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRECO, ROGÉRIO. *Curso de direito penal*. Parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARTINS JÚNIOR, WALLACE PAIVA. *Probidade administrativa*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MASCARENHAS, Paulo. *Improbidade administrativa e crime de responsabilidade de prefeito*. 2. ed. Leme, São Paulo: Editora de Direito, 2001.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de improbidade administrativa: comentários e anotações jurisprudenciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas*. 3. ed. 2. reimpressão. São Paulo: Atlas, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1.