A INAPLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ÀS CONDUTAS CULPOSAS DOS AGENTES PÚBLICOS

LA INAPLICABILIDAD DE LA LEY ADMINISTRATIVA DE CONDUCTOS A VECES ESLAVOS LOS AGENTES CULPABLES DE LINDE

Rosely da Silva Efraim*

Advogada, pós-graduada em Administração Pública e Gestão Urbana pela PUC/Minas e em Direito Processual pela Universidade Estadual de Montes Claros-MG – UNIMONTES. Mestranda em Instituições Sociais, Direito e Democracia na linha de pesquisa: Esfera Pública, Legitimidade e Controle pela FUMEC.

1 Introdução; 2 Improbidade; 2.1Conceito e origem do termo improbidade; 2.2 Antecedentes à Lei de Improbidade Administrativa; 2.3 Influência do contexto histórico na elaboração da Lei de Improbidade Administrativa; 3 Atos de Improbidade Administrativa; 3.1 Classificação; 3.1.1 Atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito; 3.1.2 Atos de improbidade que causam prejuízo ao erário; 3.1.3 Atos de improbidade decorrentes da ofensa aos princípios da Administração Pública; 4 Improbidade e culpa; 4.1 Improbidade e culpa, termos antagônicos; 4.2 A posição da Doutrina e dos Tribunais acerca da Improbidade Administrativa; 5 Considerações Finais.

RESUMO

O trabalho desenvolvido aborda a Improbidade Administrativa apontando a incongruência existente entre os termos culpa e improbidade, visando demonstrar que o termo culpa inserido no artigo 10 da Lei 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa foi inserido de forma inadequada no texto da Lei. O trabalho se baseia no método dialético. Fez-se utilização da pesquisa exploratória, bem como da pesquisa bibliográfica com a análise de fontes primárias e secundárias, compreendendo o estudo de leis, doutrina, jurisprudência e demais publicações sobre o tema. A problemática enfrentada consiste em demonstrar se a Lei de Improbidade Administrativa deve ser aplicada aos agentes públicos em razão da prática de condutas culposas que resultam em danos ao erário. Nessa seara, conclui-se que culpa e improbidade são termos antagônicos, e que diante disso há uma impropriedade na Lei quando estabelece que a conduta culposa que causa dano ao erário configura ato de improbidade administrativa. Assim, nota-se que os agentes públicos somente podem ser responsabilizados por improbidade administrativa se agirem com dolo, com má-fé. Dessa forma, verifica-se que se faz necessária a conscientização dos aplicadores da lei acerca da impropriedade ressaltada; e que a edição de súmula prevendo a não aplicação da LIA aos agentes públicos que praticam condutas culposas, seria uma solução viável para evitar condenações injustas. Mas a supressão do termo conduta culposa existente no artigo 10 da LIA, é a maneira mais eficaz de evitar demandas judiciais e condenações por improbidade administrativa provenientes de

culpa do agente público, já que a Lei deve ser aplicada apenas às condutas dolosas, uma vez que ninguém é desonesto por culpa.

Palavras-chave: Improbidade administrativa, conduta culposa, incongruência, impropriedade, dolo.

ABSTRACT

El trabajo aborda la Mala Conducta Administrativa señalando la inconsistencia entre los términos culpa y mala conducta con el fin de demostrar que la culpa término introducido en el artículo 10 de la Ley 8.429/92, Ley de Mala Conducta Administrativa se insertó correctamente en el texto de la Ley de Trabajo se basa en el método dialéctico. Se hizo uso de la investigación exploratoria, así como la literatura para el análisis de fuentes primarias y secundarias, incluyendo el estudio del derecho, la doctrina, la jurisprudencia y otras publicaciones sobre el tema. El problema que enfrentan es demostrar la Ley de Mala Conducta Administrativa debe aplicarse a público debido a la práctica de la conducta ilícita que resultan en daños al erario. En esta área, se concluye que la culpa y la mala conducta son términos antagónicos, y antes de eso hay una insuficiencia en la ley al afirmar que el comportamiento ilícito que causa daño a la configura tesorería acto de mala conducta administrativa. Así, observamos que los funcionarios públicos sólo pueden ser responsables de la mala conducta administrativa si actúan intencionadamente, de mala fe. Por lo tanto, parece que es necesario aumentar la concienciación de los agentes de la ley sobre la impropiedad de relieve, y que la cuestión de proporcionar un resumen de la LIA no se aplica a los servidores públicos que incurran en una conducta culposa, una solución viable para evitar condenas injustas. Sin embargo, la supresión de la conducta culpable que existe en el artículo 10 de la LIA, es la manera más eficaz de evitar demandas judiciales y condenas por conducta impropia de culpa de agente de la autoridad, ya que la ley sólo debe aplicarse a la conducta intencional, ya que nadie tiene la culpa desonesto.

PALABRAS CLAVES: La mala conducta administrativa, conducta culposa, incongruidad, impropriedad, engaño.

1 INTRODUÇÃO

A probidade administrativa é um princípio norteador das condutas dos agentes públicos ao lado de outros princípios basilares que regem a Administração Pública, elencados no artigo 37 da Constituição da República de 1988, quais sejam legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Vale ressaltar a existência de diversos outros princípios implícitos na CR/88 que regem a conduta dos agentes públicos no exercício de funções da Administração Pública.

A desobediência, a inobservância do princípio da probidade resulta na improbidade administrativa prevista na CR/88 em seu artigo 37, § 4º e solidificada com a Lei 8.429/92 –

Lei de Improbidade Administrativa - LIA que traz em seu texto nos artigos 9º, 10 e 11 as condutas que implicam em improbidade administrativa.

Ao discorrer sobre improbidade administrativa deve-se observar em que consiste esse importante termo, pois improbidade é sinônimo de desonestidade, má-fé; o que implica que para haver improbidade deve existir dolo, intenção do agente.

Partindo desse pressuposto, cogita-se a inexistência de improbidade em razão de culpa, já que para se configurar improbidade deve existir dolo.

Daí surge o interesse em desenvolver o tema, uma vez que o texto da Lei 8.429/92 traz no artigo 10, uma impropriedade. Prevê a improbidade decorrente de condutas culposas quando causam prejuízo ao erário. É possível perceber que culpa não condiz com improbidade.

Inúmeras vezes são propostas ações temerárias nas quais meras irregularidades são confundidas com graves violações à probidade administrativa, comprometendo dessa forma, a agilidade, a celeridade e a eficiência no Judiciário.

A conscientização dos legisladores e dos aplicadores da Lei acerca dessa impropriedade pode contribuir nos julgamentos do Judiciário de todo o país, evitando demandas infundadas e condenações incorretas e injustas.

Têm-se constatado que diversos Tribunais do Brasil vêm condenando agentes públicos por improbidade administrativa, em razão da prática de condutas culposas ao executar ações da Administração Pública, pelo fato da Lei 8.429/92 prever em seu artigo 10 a improbidade culposa.

Para se desenvolver o tema proposto fez-se indispensável verificar se essas condenações são coerentes, e se adequam ao nosso Ordenamento Jurídico como um todo, tornando-se necessário fazer a seguinte indagação e tentar respondê-la:

A Lei de Improbidade Administrativa deve ser aplicada aos agentes públicos em razão da prática de condutas culposas que resultam em danos ao erário?

Levando em consideração a discrepância entre improbidade e culpa, pode-se dizer que condenações de agentes públicos por improbidade administrativa decorrentes de práticas culposas, não devem continuar ocorrendo, pois é possível perceber uma inadequação na Lei a partir da análise dos termos culpa e improbidade.

A pesquisa tem como objetivo geral demonstrar a inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes públicos em razão da prática de condutas culposas**.** E como objetivos específicos**:** Identificar o contexto histórico em que a Lei de Improbidade Administrativa foi promulgada, e a influência desse contexto na sua elaboração; apontar o

posicionamento dos Tribunais no que se refere à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa quando ocorre dano ao erário em razão de culpa do agente público; demonstrar a incongruência entre culpa e improbidade; e manifestar a necessidade de conscientizar os aplicadores da Lei da inadequação do termo "conduta culposa" inserido no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

O trabalho baseia-se em pesquisa exploratória. Foi necessário realizar uma análise da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), principalmente do artigo 10 da referida Lei, bem como do posicionamento dos Tribunais acerca do assunto, almejando comprovar a inaplicabilidade da LIA aos agentes públicos em razão da prática de condutas culposas.

O trabalho foi estruturado em 3 (três) capítulos, assim dispostos: O primeiro capítulo trata-se da improbidade, ressaltando conceito e origem da improbidade, antecedentes da Lei de Improbidade e influência do contexto histórico na elaboração da referida Lei. O capítulo II aborda a classificação dos atos de improbidade administrativa, além de apontar os sujeitos ativos e passivos da referida Lei. No capítulo III, que é o cerne desse trabalho, relaciona improbidade e culpa, demonstrando a antagonia existente entre os termos. Traz também a posição da doutrina e dos tribunais acerca da improbidade administrativa.

O tema em foco é importante e a necessidade de seu estudo se dá em função da Lei de Improbidade Administrativa trazer em seu texto, no artigo 10, a expressão conduta culposa, tipificando as condutas provenientes de culpa que provocam danos ao erário, como ato de improbidade administrativa.

É relevante demonstrar que culpa não condiz com improbidade, pois esta decorre da má-fé. A improbidade se traduz na desonestidade. Diante disso, é possível dizer que o agente público não pode ser considerado desonesto em razão de uma conduta culposa.

Nesse contexto, é relevante apontar essa impropriedade contida no referido diploma normativo, buscando conscientizar os aplicadores da Lei para que não continuem condenando por improbidade administrativa, os agentes públicos que praticam condutas culposas se de fato a Lei não se aplicar a eles.

A realização desse trabalho é salutar no sentido de produzir um conhecimento que pode ser levado aos julgadores de todo o Brasil, propiciando uma melhor interpretação da LIA, coibindo a sua aplicação aos agentes públicos em razão da prática de uma conduta culposa. Dessa forma, é possível contribuir para que não seja feita nenhuma injustiça, evitando assim, a aplicação inadequada da Lei em razão de uma impropriedade nela contida.

2 IMPROBIDADE

2. 1 Conceito e origem do termo improbidade

A palavra probidade, conforme disposição da doutrina deriva-se do latim *probus*, portanto, o que é bom, íntegro, leal, moral, impregnado de bons costumes, ético.

De outra forma, a violação do princípio constitucional da probidade administrativa consiste na improbidade administrativa.

Diz Waldo Fazzio Júnior (2003, p. 51) que a "improbidade é palavra derivada do latim *improbitate*, significando falta de probidade, desonestidade e desonradez."

Nesse diapasão, pode-se dizer que a improbidade administrativa é o ato praticado pelo agente público, contrário à lei, as normas da moral e aos bons costumes perante a Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional.

Considerando o artigo "O Combate Internacional à Corrupção e a Lei da Improbidade" (2002, p. 19), de André de Carvalho Ramos, que perpassa pela definição de improbidade, foi relevante perquirir como tal fato se dá. Daí, então, a improbidade é delineada pelo autor, que afirma dizendo que:

> De fato, a improbidade administrativa é a designação técnica da chamada corrupção administrativa, pela qual é promovido o desvirtuamento dos princípios basilares de uma administração transparente, eficiente e equânime, em prol de vantagens patrimoniais indevidas, quer para beneficiar, de modo ilegítimo, servidores ou mesmo terceiros. (RAMOS, 2002, p.19)

Waldo Fazzio Júnior define improbidade, dizendo que:

> A improbidade administrativa significa o exercício de função, cargo, mandato ou emprego público sem observância dos princípios administrativos da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência. É o desvirtuamento do exercício público que tem como fonte a má-fé (FAZZIO JÚNIOR, 2003, p. 51).

Desta forma, constata-se que a improbidade administrativa consiste no exercício da função pública, com desobediência e desconsideração aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

A improbidade dá-se em decorrência de diversos fatores como a desonestidade, deslealdade, inidoneidade do agente público no exercício da função.

O agente público deve praticar os atos da Administração Pública, sempre ancorado pela honestidade, com o objetivo de realizar os interesses públicos, sem almejar

favorecimento pessoal ou de terceiros. A improbidade administrativa efetiva-se a partir do rompimento com a obediência dos deveres do cargo ou função que executa na Administração Pública.

Para Wallace Paiva Martins Júnior:

> Improbidade 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 (MARTINS JÚNIOR, 2002, p. 113).

O Ordenamento Jurídico Brasileiro, a partir da previsão do princípio da probidade administrativa na Constituição Federal, reforça e valoriza o princípio da moralidade administrativa. Desta forma, é conferido ao povo o direito a uma Administração honesta.

Quando ocorre a violação, desobediência ao princípio da probidade, ocorre conseqüentemente a violação do interesse social, objeto da Administração Pública.

O princípio da probidade administrativa funciona tanto no aspecto preventivo com a edição de Códigos de ética, implementação de órgãos de controle interno, dentre outros mecanismos eficientes de controle, bem como no aspecto repressivo a partir de sanções previstas àqueles que violam o referido princípio.

2.2 Antecedentes à Lei de Improbidade Administrativa

Para chegar-se à elaboração e promulgação da Lei 8.429/92, a improbidade passou por uma longa trajetória. Vale ressaltar os antecedentes dessa previsão de fundamental relevância, diante do elevado grau de improbidade na gestão da coisa pública.

A probidade administrativa antes de ser elevada à categoria de norma constitucional incidia mais especificamente no âmbito dos agentes políticos punindo-se basicamente pela inobservância desse princípio, as infrações decorrentes de enriquecimento ilícito no exercício do cargo. Com a elevação desse princípio basilar à categoria de norma constitucional, a improbidade expandiu o âmbito de incidência a toda a Administração Pública.

A Constituição Imperial de 1824 realçava o caráter inviolável do Imperador, prevendo a responsabilidade dos Ministros de Estado por peita[1], suborno ou concessão.

---

[1] A peita pode consistir na prática ou execução do ato, como na omissão do ato, cuja prática constitui dever (DE PLÁCIDO E SILVA, 2002, p. 597).

A Constituição Federal de 1891 previu os crimes de responsabilidade do Presidente da República por atos que atentassem contra a probidade Administrativa e a guarda e o emprego constitucional dos dinheiros públicos, desde que houvesse definição em lei especial.

O Decreto 3.240/41, promulgado durante a vigência da Constituição Federal de 1937, previa o seqüestro de bens de pessoas que proporcionassem prejuízo à Fazenda Pública.

Em 1946, a Constituição Federal previu o seqüestro e perdimento dos bens, no que concerne ao enriquecimento ilícito, em decorrência de influência, ou abuso frente ao cargo ou função pública. Foi editada, em 1957, a Lei Federal 3.164 (*Lei Pitombo-Godói Ilha*) que instituiu a tutela extrapenal da repressão da improbidade administrativa, sem prejuízo da responsabilidade criminal. Ela regulamentou o perdimento de bens, previsto na mencionada Constituição, elevando o seqüestro e perdimento de bens derivado do enriquecimento ilícito à categoria de sanções constitucionais.

No ano de 1958, começa a vigorar a Lei Federal 3.502 intitulada *Lei Bilac Pinto*, também disciplinando acerca do seqüestro e o perdimento de bens no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função.

No ano de 1965, foi introduzida no Ordenamento Jurídico Brasileiro a Lei 4.717 (Lei da Ação Popular) firmando-se com a Constituição Federal de 1967, de fundamental relevância, pois disciplinou as hipóteses de cabimento e forma de utilização da ação popular para a anulação ou declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público.

No ano de 1968, em meio ao autoritarismo da época, editou-se o Ato Institucional nº. 5, que concedeu poderes ao Presidente da República, excluindo, desta forma, a apreciação judicial para confiscar os bens daqueles que enriquecessem ilicitamente no exercício do cargo ou função pública, abrangendo as autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções.

Em 1988, a Constituição Federal estabeleceu, no artigo 37, o dever de obediência aos princípios que regem a Administração Pública, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Este último, inserido na Constituição pela emenda nº.19/1998. Vale ressaltar a presença de vários outros princípios na Constituição de forma implícita. Os princípios basilares da Administração Pública foram de fato, elevados à norma constitucional.

O texto da referida Constituição Federal previu também o princípio da probidade, estabelecendo sanções aplicáveis, caso haja inobservância do mesmo.

Em consonância com o Ordenamento Jurídico Brasileiro, o servidor público submete as obrigações e deveres, regidos pelo princípio da legalidade, que certamente vincula aos

demais princípios essenciais que regem a Administração Pública, estabelecidos na Constituição Federal, de forma explícita ou implícita e em leis; dentre eles o princípio da moralidade.

Diante dessas previsões, os agentes públicos têm o dever de realizar uma boa administração, visando ao interesse da coletividade. Para isso, devem objetivar a razoabilidade, impessoalidade e eficiência ao desempenhar as funções que lhes são conferidas. A probidade, por sua vez, tem o condão de reger a conduta dos agentes públicos.

2.3 A influência do Contexto histórico na elaboração da Lei de Improbidade Administrativa

No ano de 1992, surge e entra em vigor a Lei 8.429, que dispõe sobre a improbidade administrativa, funcionando como mecanismo regulador do artigo 37 da Constituição Federal.

A referida Lei foi editada em um período crítico, de abalos aos valores éticos da Administração Pública, em que a população estava preocupada com a corrupção nas repartições públicas, diante de investigações acerca de indícios de atos de improbidade que resultaram no *impeachement* do então presidente Fernando Collor de Mello, sancionador da mencionada Lei.

Vale destacar que o Projeto de Lei de Improbidade Administrativa teve uma tramitação célere e ágil desde a apresentação do Projeto de Lei até a aprovação e sanção. Diante disso, pode-se dizer que se o Projeto de Lei de Improbidade Administrativa tivesse sido mais bem discutido poderia ter sido mais bem elaborado. É válido dizer que faltou uma ampla discussão entre os parlamentares e principalmente a participação da população, principal interessada na edição da referida lei.

Nesse sentido, vale lembrar os ensinamentos de Habermas:

> A legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem **poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis afetados.** (HABERMAS, 2003, p. 138)

A população diante da divulgação das referidas denúncias exigiu providências. Certamente essa situação influenciou na elaboração da Lei de Improbidade Administrativa.

Nesse diapasão sabiamente leciona Maria Tereza Fonseca Dias (2003, p. 116): “Essa necessidade de criar canais de comunicação no âmbito da esfera pública irá desencadear

alterações na forma de conceber e pensar a esfera administrativa, pelo emprego de um poder administrativo vinculado ao poder comunicativo."

Assim, é possível perceber a relevância e indispensabilidade da comunicação e da participação dos destinatários da norna, na sua elaboração.

É possível salientar que o contexto histórico em que a Lei de Improbidade surgiu, um momento de total desvalorização da probidade e moralidade na Administração Pública, e de imensa pressão da sociedade, pode ter influenciado na elaboração da Lei, resultando na previsão da improbidade culposa, elencada no artigo 10 da Lei 8.429/92.

Nesse contexto, pode-se dizer que o legislador foi incoerente, já que culpa e improbidade são termos antagônicos. Dessa forma, uma conduta culposa não poderia se enquadrar como ato de improbidade administrativa.

3 ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 Classificação

A Lei 8.429/92 classifica os atos de improbidade administrativa da seguinte forma:

a. Atos que importam em enriquecimento ilícito do agente público;
b. Atos que causam prejuízo efetivo ao erário;
c. Atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Nesse sentido, Wallace de Paiva Martins Júnior preceitua, salientando que:

> A probidade administrativa tem a função instrumentalizadora da moralidade administrativa e, no aspecto repressivo, significa a imoralidade administrativa qualificada ou agravada pelo resultado, que pode ser qualquer uma das três espécies indicadas na Lei Federal n. 8.429/92 (MARTINS JÚNIOR, 2002, p.111).

As espécies de improbidade administrativa trazidas, pela Lei mencionada, devem ser exploradas de forma detalhada para possibilitar o entendimento necessário.

3.1.1 Atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito

Os atos praticados pelo agente público, de maneira desonesta e imoral, podem proporcionar o enriquecimento ilícito do referido agente. Essa previsão está contida no artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa, que prevê como ato de improbidade administrativa

que importa enriquecimento ilícito, o recebimento de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do cargo, mandato, função, emprego ou atividade perante a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Eurico Bitencourt Neto corrobora dizendo que:

> O enriquecimento ilícito é a forma mais grave de improbidade administrativa, em especial quando se trata de atentado praticado contra a Administração Pública mergulhada em caldo de profundas desigualdades sociais, em que cada porção do patrimônio público desviado de suas finalidades, a par de contribuir para a manutenção da crise social, ao incorporar-se ao patrimônio do ímprobo, constitui verdadeiro escárnio à miséria que nos cerca (BITENCOURT NETO, 2005, p. 112).

Para que ocorram os atos de improbidade que proporcionam enriquecimento ilícito, a vantagem alcançada deve, necessariamente, ser patrimonial, economicamente apreciável. Vale destacar que para a configuração do enriquecimento ilícito é irrelevante a ocorrência de dano ou prejuízo ao erário.

A vantagem patrimonial que proporciona o enriquecimento ilícito deve afrontar as normas que regem a conduta, a moral, a probidade do agente público. A conduta do agente público é dolosa, ou seja, o agente público tem ciência da ilicitude da vantagem patrimonial. Desta forma, não há enriquecimento ilícito culposo.

Mas, para que de fato configure o ato de improbidade que proporciona o enriquecimento ilícito deve haver ligação entre a vantagem econômica ilícita obtida pelo agente público e o desempenho da atividade pública do referido agente. Para que o ato de improbidade praticado se enquadre na previsão do Artigo 9º, da Lei de Improbidade Administrativa, deve necessariamente ser praticado em razão do exercício da função pública.

Ressaltam Alexandre Morais da Rosa e Affonso Ghizzo Neto (2001, p.61): “A vantagem patrimonial ilícita será identificada por todo acréscimo econômico que seja somado indevidamente ao patrimônio do agente público ímprobo.” Daí, é válido dizer que não é necessário que o enriquecimento seja de grande cunho econômico. Basta um acréscimo ao patrimônio do agente público, um ganho particular em detrimento da coletividade.

O agente público é capaz de praticar o referido ato de improbidade administrativa, quando favorece o interesse próprio, desviando do real objetivo da Administração Pública, não importando a intensidade do desvio econômico. Assim, é forçoso notar que a prática de ato de improbidade administrativa que desencadeia no enriquecimento ilícito, fere o princípio da moralidade administrativa e pode causar dano à Administração Pública.

O artigo 9º traz em seus incisos o rol exemplificativo de condutas ilícitas que caracterizam atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito.

No inciso I, consagra-se como ato de improbidade administrativa o recebimento pelo agente público para si ou para outrem, de qualquer tipo de vantagem econômica indevida, direta ou indireta a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente pagos por quem tenha interesse direto ou indireto na ação ou omissão funcional.

É possível salientar que o recebimento das referidas vantagens econômicas funcionam como mecanismos para disfarçar a angariação destas à custa da Administração Pública.

Para a ocorrência desta espécie de ato de improbidade administrativa faz-se necessário que o agente público que praticou ou omitiu ato funcional esteja consciente de que realizou tal ato a partir do recebimento de vantagem indevida.

O inciso II veda o recebimento de vantagem econômica, direta ou indireta com o intuito de facilitar a aquisição, permuta ou locação de um bem móvel, imóvel ou serviço por quantia maior que o valor de mercado, preço superfaturado, sendo que o valor é tido como vantagem para o particular, compensação econômica indevida.

O agente público não pode desobedecer às exigências legais, em função do recebimento de vantagens de terceiros, realizando qualquer atitude acima mencionada prejudicial à Administração Pública.

É vedado ao agente público receber qualquer espécie de vantagem econômica favorecendo terceiro em detrimento da Administração Pública. Nesse sentido, prevê o inciso III, que constitui ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, o recebimento de vantagem econômica indevida, violando as atribuições funcionais, 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.

Constitui ato de improbidade administrativa, conforme previsão do inciso IV, a utilização de veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou a disposição da Administração Pública, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados pelas entidades da Administração Pública.

Desta forma, o ato de improbidade administrativa se configurará com o uso indevido de quaisquer bens ou trabalho das pessoas elencadas pela lei no inciso IV.

O inciso V trata-se de uma grave e absurda espécie de conduta que culmina na prática da improbidade administrativa que resulta no enriquecimento ilícito. Prevê a ilicitude do recebimento de vantagem econômica pelo agente público, tolerando em função disso, uma prática criminosa. Para que se configure o ato de improbidade, o agente público deve ter como

dever profissional reprimir as práticas delituosas expressas no inciso mencionado, que prevê a tolerância de exploração ou prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou o aceite de promessa de tal vantagem.

O inciso VI prevê o cometimento de ato de improbidade administrativa pelo agente público em função do recebimento de vantagem econômica para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou serviços públicos, informações acerca de quantidade, peso, medida, qualidade ou característica referentes a mercadorias e outros bens fornecidos à Administração Pública.

Para a configuração do enriquecimento ilícito, em razão da prática acima descrita, o agente público deve ser competente para emitir documento acerca da medição, avaliação das obras, serviços ou mercadorias, receber vantagem econômica para a prática de tal ato e ter consciência da falsidade do ato que comete.

No inciso VII, o legislador previu o cometimento do ato de improbidade pelo agente que adquire um patrimônio incompatível com as rendas, uma vez que as condições financeiras do agente não permitem a aquisição de patrimônio de tal valor. O patrimônio é incompatível e desproporcional aos rendimentos percebidos em razão da profissão que exerce.

Marino Pazzaglini Filho salienta que:

> Incube na ação civil de improbidade a seu autor provar que o agente público adquiriu valores incompatíveis com a evolução de seu patrimônio e rendimentos em decorrência do exercício abusivo, corrompido, subvertido de seu mandato, cargo, emprego ou função pública (PAZAGLINI FILHO, 2004, p. 71).

Ressalta Alexandre Morais da Rosa e Affonso Ghizzo Neto que:

> Logicamente, será oportunizado ao agente público justificar a origem do patrimônio estranho, comprovando a procedência lícita de seus bens ou outra causa que justifique a incompatibilidade entre seu patrimônio e suas rendas. Se não há inversão do ônus da prova, esta será presumida, cabendo ao agente público informar a correção dos fatos (ROSA e GUIZZO NETO, 2001, p. 66).

A partir de então, deve salientar que se o acréscimo patrimonial for proveniente de outra atividade que não guarda relação com a função pública, não há que se falar em configuração do referido ato de improbidade administrativa.

Trata-se de uma modalidade de enriquecimento ilícito muito comum, mas de difícil comprovação, visto que muitas vezes o patrimônio é colocado em nome de terceiros, parentes, dificultando o esclarecimento e comprovação da ilicitude.

Wallace Paiva Martins Junior diz que:

> A lei presume a inidoneidade do agente público que adquire bens ou valores incompatíveis com a normalidade do seu padrão de vencimentos, bastando provar que exercia função pública e que os bens e valores (mobiliários ou imobiliários) adquiridos são incompatíveis ou desproporcionais à evolução de seu patrimônio ou renda. A lei também censura os sinais exteriores de riqueza e a obtenção de bens ou valores para outrem e pune igualmente artifícios empregados para dissimular o enriquecimento ilícito, de modo que atinge a aquisição direta ou indireta (simulação, triangularização, utilização de esquema de lavagem de dinheiro, de testas-de-ferro, membros da família etc.) (MARTINS JÚNIOR, 2002, p. 227).

O inciso VIII, do artigo 9º da lei em análise, proíbe que o agente público aceite o exercício de emprego, comissão ou atividade de consultoria ou de assessoramento para pessoa física ou jurídica, em contraprestação ou favorecimento por ação ou omissão em decorrência das atribuições funcionais. Para que o ato de improbidade se efetive basta a simples expectativa de realização da referida conduta, a partir da negociação realizada. É dispensável a realização do ato retributivo por parte do agente público.

O agente público deve dispensar tratamento isonômico entre os particulares. O dispositivo visa evitar vinculação do agente público com o particular evitando recebimento de vantagem indevida em razão da função pública.

Salientam Alexandre Morais da Rosa e Affonso Ghizzo Neto (2001, p. 67): "O dispositivo legal visa impedir que o agente público seja subordinado à pessoa física ou jurídica estranha à Administração Pública, vedado o vínculo e a dependência econômica com o particular". Configura-se, no entanto, ato de improbidade administrativa que desencadeia em enriquecimento ilícito o recebimento de vantagem econômica pelo agente público, para intermediar a liberação ou aplicação de verba de qualquer natureza, conforme dispõe o inciso IX, do artigo que se aprecia.

As verbas públicas, ou recursos públicos, são provenientes do orçamento legal. Portanto, a liberação e a aplicação destas devem, necessariamente, observar e obedecer à previsão orçamentária e às respectivas normas legais, jurídicas, técnicas e contábeis, conforme previsão contida na Constituição Federal e na Lei Complementar nº. 101/00 – Lei de Responsabilidade Fiscal, fiscalizadora da responsabilidade da gestão fiscal. Desta forma, é vedada a intermediação de agente público na liberação e aplicação das verbas públicas, sob pena de configuração de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito.

A Lei veda, no artigo 9º, inciso X, o recebimento de vantagem para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que o agente público esteja obrigado. O agente público

obrigado a partir de previsão legal a praticar ato de seu ofício, de sua competência, não pode omitir sem apresentar justificativa plausível. A prática da referida conduta enseja a prevaricação.

O inciso XI faz menção à improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito quando o agente público incorpora a seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores públicos integrantes do acervo patrimonial da Administração direta, indireta e fundacional.

Para que ocorra essa conduta ilícita é necessário:

a. que o autor seja agente público;
b. que a coisa adquirida seja pública;
c. que ocorra a efetiva apropriação da coisa pública pelo agente público.

Configura-se enriquecimento ilícito, previsto no inciso XII do artigo 9º da Lei 8.429/92, o uso em proveito próprio, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial da Administração Pública. Diferentemente do que ocorre no inciso XI, aqui o agente público utiliza bens, rendas, verbas ou valores públicos em proveito pessoal. Não se trata de uma apropriação.

O agente público desfruta indevidamente da coisa pública, mesmo que não tenha a intenção definitiva de permanecer com a coisa em seu patrimônio.

3.1.2 Atos de improbidade que causam prejuízo ao erário

O artigo 10 da Lei 8.429/92 trata-se dos atos de improbidade administrativa lesivos ao erário. De acordo com o referido artigo, qualquer ação ou omissão do agente público, dolosa ou culposa, no exercício da função pública que cause prejuízo efetivo ao patrimônio público, compreendendo perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres públicos, configura-se ato de improbidade administrativa.

Vale ressaltar o entendimento de Marino Pazzaglini Filho acerca do termo erário:

> O erário é a parcela do patrimônio público de conteúdo econômico-financeiro direto. Enquanto o conceito de patrimônio público é mais abrangente, pois compreende o complexo de bens e direitos públicos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico, o de Erário, como parte integrante do patrimônio público, limita-se aos bens e direitos de valor econômico, ou seja, aos recursos financeiros do Estado, ao Tesouro Público (PAZZAGLINI FILHO, 2005, p. 78).

Nesse contexto, vale dizer que o ato de improbidade administrativa, previsto no artigo 10 da mencionada lei, refere-se à ofensa lesiva ao patrimônio público financeiro.

É requisito essencial para a configuração do referido ato, a ocorrência de efetivo dano material aos cofres públicos. O artigo 21 da Lei 8.429/92 preceitua que a aplicação de sanções impostas por esta Lei independe de efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público. Mas, entende a doutrina que o legislador cometeu uma impropriedade, pois deveria ter excepcionado dessa regra os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário.

A ilegalidade da conduta do agente público no exercício da função pública é pressuposto relevante para caracterizar o referido ato de improbidade administrativa. A conduta do referido agente deve violar uma norma jurídica. O fato de provocar prejuízo ao erário observando a legalidade, o direito, não há que se falar em prática de ato de improbidade administrativa.

Além dos requisitos mencionados para configurar o ato de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, a responsabilidade subjetiva do agente público que causou dano material, é condição indispensável. Faz-se necessário, de acordo como a previsão do artigo em estudo, que a ação ou omissão decorra de dolo ou culpa, conforme estabelece, pois sem esses elementos, segundo previsão da lei não há que se cogitar a incidência de ato de improbidade administrativa com resultado danoso ao erário.

É importante salientar o entendimento de que culpa está inserida inadequadamente no texto legal, portanto a nosso ver, culpa não configura improbidade administrativa.

Conforme a previsão da Lei de improbidade Administrativa, o descumprimento inescusável do dever de ofício do agente público, que proporciona dano ao erário, visto que este não agiu com atenção e diligência necessária constitui ato de improbidade administrativa.

Nesse âmbito, para caracterizar improbidade administrativa é indispensável, a existência de má-fé, ou seja, a intenção do agente público em lesar o erário. Mas vale ressaltar que se trata de assunto divergente na doutrina e jurisprudência.

É importante destacar que deve haver relação de causalidade entre o comportamento funcional ilícito e o efetivo dano patrimonial para que se configure o ato de improbidade administrativa que importa em prejuízo ao erário.

Para a compreensão dessa espécie de ato de improbidade administrativa faz-se necessária uma análise dos incisos contidos no artigo 10 da Lei 8.429/92.

O inciso I prevê que o agente público que, no exercício da função pública, facilita ou concorre para que haja incorporação de bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio público ao patrimônio do particular, pratica ato de improbidade prejudicial ao erário. Agindo desta forma, o agente público inobserva seus deveres de lealdade e fidelidade para com a Administração Pública.

É considerado ato de improbidade dessa natureza, de acordo com a disposição do inciso II, a permissão ou concorrência por parte de agente público no exercício da função pública, para que pessoa física ou jurídica privada use indevidamente bens ou valores públicos. Esse ilícito se caracteriza em função da ação ou omissão, do agente público que tem sob sua responsabilidade esses bens ou valores da Administração Pública.

É importante salientar que os bens públicos somente podem ser recebidos por particulares através de mecanismos legais.

O inciso III dispõe sobre a doação de bem público à pessoa física ou jurídica realizada por agente público, no exercício funcional com inobservância das formalidades legais que regem esse tipo de doação, proporcionando lesão ao erário.

A Administração Pública somente pode realizar a doação de bens imóveis após a desafetação desse bem, devendo atender o disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal, alusivo ao assunto. Para tanto, deve existir interesse público justificado, lei autorizadora, avaliação prévia e licitação na modalidade de concorrência. Tratando-se de bens móveis deve, necessariamente, ser comprovada a finalidade social, ser realizada a avaliação e autorizada, legalmente, a doação a particulares.

Desta forma, a inobservância da finalidade pública, das formalidades legais, por parte de agentes públicos competentes para promover a doação, desencadeia-se no dano patrimonial, culminando no ato de improbidade administrativa lesivo ao erário.

De acordo com a disposição prevista no artigo IV, o agente público que efetuar a alienação, permuta ou locação de bem público deve necessariamente observar as formalidades legais, e o preço de mercado, sob pena de prática de ato de improbidade administrativa.

Se o agente público efetuar as condutas acima mencionadas, sob o recebimento de qualquer vantagem econômica, configurará o ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito tipificado no artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa, já abordado.

O inciso V prevê como ato de improbidade administrativa lesivo ao erário a permissão ou facilitação da aquisição, permuta, aluguel de um bem ou contratação de um serviço particular por um agente público, por quantia superior a de mercado, ou seja, por preço superfaturado.

O inciso VI prevê, como ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, a realização de operação financeira[2] ilegal e da aceitação pelo agente público de

[2] Operação financeira é qualquer transação que envolve dinheiro público, tais como empréstimo, operação de crédito em geral, emissão de títulos da dívida pública, aplicação de recursos públicos e assunção de obrigações

garantia insuficiente ou inidônea. O agente público para que realize operações financeiras deve, necessariamente, observar as normas pertinentes referentes às finanças públicas, especialmente as disposições contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal.

A desobediência a essas normas implica no comprometimento da gestão fiscal e conseqüentemente das contas públicas, proporcionando lesão ao erário.

A concessão ilegal de benefício administrativo ou fiscal com inobservância dos ditames legais e regulamentares é prevista no inciso VII como ato de improbidade que causa prejuízo ao erário.

Para que ocorra a concessão de benefícios administrativos e fiscais, devido à incidência da redução da receita pública deve-se ter por objeto a finalidade pública e estar previsto legalmente. Devem-se observar o Código Tributário Nacional, normas tributárias, bem como a Lei de Responsabilidade Fiscal.

É responsabilizado por essa conduta o agente público responsável pela concessão fiscal ou administrativa que realiza a concessão dos referidos benefícios, descumprindo as formalidades legais.

De acordo com o inciso VIII, a frustração do processo licitatório ou a dispensa indevida de licitação, configura ato de improbidade administrativa que acarreta prejuízo ao erário.

O agente público deverá realizar a licitação sempre que não se tratar de caso de dispensa ou inexigibilidade, previstos na Lei 8.666/93 – Lei de Licitações e Contratos.

O referido agente que dispensar ou inexigir licitação quando devida, ou inobservar as formalidades relativas à dispensa ou inexigibilidade responsabilizará pelo ato de improbidade lesivo ao erário no âmbito cível, podendo sofrer sanções na esfera penal por crime licitatório previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93.

O inciso IX prevê como ato ilícito a ordenação ou permissão para executar despesas públicas não autorizadas em lei.

Para a realização de despesas públicas devem-se observar os limites previstos no Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, respeitando as disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Conforme previsão do inciso X, o agente público que agir com negligência na arrecadação de receitas tributárias ou na conservação do patrimônio público comete ato de

---

financeiras. Envolve, pois a gestão de finanças públicas, que deve obedecer, em especial, aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput, da CF) (PAZZAGLINI FILHO, 2005, p. 85).

improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário.

No que tange a preservação do patrimônio público é dever do agente público conservá-lo impedindo a danificação, deterioração, abandono do referido patrimônio.

A Lei de Responsabilidade Fiscal prevê no artigo 45 que a liberação ilegal de verba pública e a influência de qualquer forma para sua aplicação irregular configura-se ato de improbidade administrativa que importa em prejuízo ao erário.

O inciso XII dispõe que a permissão, facilitação ou concorrência para o enriquecimento ilícito de terceiro configura ato de improbidade prejudicial ao erário.

O inciso XIII traz como hipótese de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário a permissão, utilização em obra ou serviço particular, de veículos, de máquinas, de equipamentos ou de quaisquer materiais de propriedade ou à disposição da Administração Pública, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados pelas entidades da Administração Pública, elencados no artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa.

O presente dispositivo tem por escopo repudiar a utilização desses veículos, equipamentos, materiais e serviços em benefício de particulares, pois a prática desses atos permite a subtração da utilização pública em benefício do particular.

3.1.3 Atos de improbidade decorrentes da ofensa aos princípios da Administração Pública

O artigo 11 da Lei 8.429/92 prevê como caráter ilícito o comportamento violador aos princípios que regem a Administração Pública. O referido dispositivo menciona de forma exemplificativa o dever de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade. Devem estar imbuídos nesse dispositivo todos os comportamentos concernentes à moralidade e probidade administrativa. A violação desses princípios consiste na improbidade administrativa.

A partir da noção da importância do princípio, pode-se dizer que violando um princípio está violando o Direito, pois eles funcionam como sustentáculos do sistema jurídico. Waldo Fazzio Júnior (2003, p. 173) engaja-se, dizendo que: “Atentar contra princípios jurídicos é mais grave que violar regras; significa agredir todo o sistema.” Por tal razão, o ato de improbidade seja qual for a espécie que se enquadre, viola um dos princípios basilares da Administração Pública. O artigo 11 da Lei 8.429/92 ao mencionar alguns princípios alcança a todos os princípios expressos e implícitos no sistema normativo.

É importante salientar que a violação exclusiva a princípio caracteriza-se a

improbidade, pois esse tipo de ato consiste na violação de valores fundamentais da Administração Pública. Vale ressaltar que é essencial que a ação ou omissão funcional do agente público seja dolosa, ou seja, para configurar ato de improbidade que atenta contra princípio que rege a Administração Pública, o agente tem que agir de forma ilícita, ciente da antijuridicidade do seu comportamento, consciente de que está transgredindo um princípio constitucional.

Nesse sentido, os atos ilegais que não sejam decorrentes de desonestidade ou má-fé, e sim da inabilitação, despreparo escusável do agente público constituem irregularidades anuláveis, não configurando ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido estabelece a jurisprudência:

> ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE: TIPIFICAÇÃO (ART.11 DA LEI 8.429/92).
> 1. O tipo do artigo 11 da lei 8.429/92, para configurar-se como ato de improbidade, exige conduta comissiva ou omissiva dolosa.
> 2. Atipicidade de conduta por ausência de dolo.
> 3. Recurso especial provido [3]

A previsão desse artigo tem cunho protetivo à moralidade administrativa, bem como os demais princípios explícitos e implícitos na Constituição Federal de 1988; e consolidados pele Lei de Improbidade Administrativa. Ele garante uma proteção às condutas que não implicam caráter material, como se dá com os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito e àqueles que causam prejuízo ao erário, e sim valores morais e éticos da Administração Pública.

Os princípios elencados na Constituição Federal de 1988 são tidos como deveres dos agentes públicos. A violação a esses deveres implica na desonestidade, ausência de publicidade, incompetência, pessoalidade e imoralidade, embora não produza nenhum efeito negativo ao patrimônio Público no âmbito financeiro. Essa inobservância e violação do dever de boa administração desencadeada pela ação ou omissão que viola os princípios norteadores da Administração Pública implicam em ato de improbidade administrativa.

É possível perceber que o legislador, ao exemplificar no artigo 11, os princípios que devem ser observados e respeitados, teve a preocupação com a violação da moralidade que abarca todos os princípios da Administração Pública. Por tal razão, é necessário analisar as disposições contidas nos incisos do artigo 11, da mencionada Lei.

Constitui ato de improbidade administrativa, previsto no inciso I desse artigo, o ato

---

[3] REsp n. 534575 – Paraná. Relatora Ministra Eliana Calmon – DJ 29-3-2004, p.205.

do agente público visando fim contrário à Administração Pública. Desta forma, ocorre o abuso de poder ou de finalidade, pois os limites da competência funcional do agente público são ultrapassados, desviando das finalidades da Administração Pública, que visa ao interesse coletivo. Essa violação fere o princípio da moralidade administrativa.

Hely Lopes Meirelles (2003, p.109) leciona: "O ato praticado com desvio de finalidade – como todo ato ilícito ou imoral – ou é consumado às escondidas ou se apresenta disfarçado sob o capuz da legalidade e do interesse público."

O inciso II traz como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, o retardamento ou omissão de ato de ofício sem justificativa legal. É responsabilizado por essa conduta o agente público que retarda ou omite intencionalmente deixando de executar as atribuições funcionais para as quais é competente. A prática dessa conduta implica em improbidade administrativa violando a honestidade e a lealdade.

A disposição contida no inciso III aponta que a revelação de fato ou circunstâncias em que o agente público tem conhecimento em razão das atribuições, e que deva permanecer em segredo, implica em ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública. O agente interage rompendo com o dever de lealdade que deve ter à Administração. A regra é a prevalência da publicidade, mas existem alguns atos da Administração que não podem ser divulgados, configurando uma exceção ao princípio da publicidade.

Eurico Bitencourt Neto aponta que:

> A ofensa à publicidade, quando o agente subtrai dos atos oficiais – inciso IV – demonstra deslealdade não com o Estado, mas com os cidadãos, a quem deve sempre o administrador prestar contas de sua conduta. A publicidade é valor central da Moral administrativa (BITENCOURT NETO, 2005, p. 126).

Conforme prevê o inciso IV, o agente público que violar o princípio da publicidade comete ato de improbidade administrativa. O agente que age dessa forma é desleal com a sociedade que tem o direito de obter informação acerca dos atos da Administração Pública. A referida conduta fere princípios como: publicidade, transparência, lealdade e a moralidade.

O artigo 37 da Constituição Federal de 1988 dispõe que todo cargo público deve ser preenchido através de concurso público, salvo as exceções legais. Essa previsão decorre do princípio da igualdade. O inciso V, da Lei 8.429/92, dispõe sobre a improbidade administrativa em função do provimento de cargo público sem realização de concurso público, quando obrigatório. O referido ato ilícito consiste na frustração da licitude de

concurso público.

Ressaltam Alexandre Morais da Rosa e Affonso Ghizzo Neto:

> Tal ordenamento não visa apenas proporcionar igualdade de condições aos candidatos, mas, também, resguardar o próprio interesse da Administração Pública, acabando com o "jogo de interesses", com o despotismo, com os "cabides" de empregos, com o uso politiqueiro da máquina administrativa (ROSA e GHIZZO NETO, 2001, p. 81).

Conforme elencado no inciso VI, o agente público que deixar de prestar contas, quando esteja obrigado a fazê-lo, pratica ato de improbidade administrativa atentatório aos princípios, pois todos aqueles que administram a coisa pública têm o dever de prestar contas.

O agente público deve prestar contas do dinheiro, bens e valores públicos que utilizou em sua administração, sob pena de contrariar o referido dispositivo. A exigência de prestação de contas tem por escopo a vigilância da probidade na aplicação dos recursos públicos. Trata-se de mecanismos de controle previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Preceitua o inciso VII do dispositivo em que se analisa que o ato de 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, configura ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios que regem a Administração Pública.

O agente público não pode aproveitar do cargo para obter vantagens para si ou para terceiros. Para que se configure o referido ilícito, o agente público deve ter ciência da informação em razão das suas atribuições legais.

A previsão do artigo que se aprecia visa à preservação e ao respeito para com os princípios fundamentais da Administração Pública.

4 IMPROBIDADE E CULPA

4.1 Improbidade e culpa, termos antagônicos

Demonstrar a inexistência de improbidade culposa não é tão simples, requer a análise de alguns termos relevantes para o Direito. Nessa seara, faz-se necessário e indispensável iniciar-se a partir da análise do termo probidade e conseqüentemente improbidade administrativa.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2004, p. 119) destacam que "probidade, assim significa retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade".

Nesse sentido, Carvalho Filho (2007, p. 54) salienta que o princípio da probidade na sua visão é o primeiro e talvez o princípio mais importante dos deveres do administrador público e que a atuação deste deve pautar-se pelos princípios da honestidade e moralidade, seja em face dos administrados, seja em face da própria Administração.

Discorrendo ainda sobre o conceito de probidade, Nicolau Dino de Castro e Costa Neto (2002, p.342) no artigo Improbidade Administrativa: aspectos materiais e processuais ressaltam que a improbidade consubstancia-se no dever de portar-se nos negócios da Administração Pública de maneira compatível com os padrões da lealdade, boa-fé, honestidade e moralidade. Diante disso, improbidade administrativa consiste na observância do dever de probidade para com a Administração, implicando atos distanciados dos parâmetros de honestidade, boa-fé, lealdade e moralidade.

Nesse contexto é possível salientar que improbidade decorre de uma conduta que fere a moral, os preceitos éticos. Ela ocorre em função da inidoneidade, deslealdade, desonestidade do agente público.

Nota-se que ser probo é ser honesto, o que demonstra que a improbidade somente ocorre quando há intenção, má-fé, dolo na manifestação da vontade do agente. Assim, uma conduta culposa não pode enquadrar como ato de improbidade administrativa.

Nessa seara, De Plácido e Silva (2002, p.799) conceitua improbidade: "derivado do latim improbitas (má qualidade, imoralidade, malícia), juridicamente, liga-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter".

Nesse aspecto, Eurico Bitencourt Neto (2005, p. 137) com sabedoria leciona:

> Quanto à configuração da ofensa à probidade administrativa, princípio consagrado entre nós como a moralidade administrativa formada pelos valores de honestidade, lealdade e boa-fé, presentes - diga-se, ainda que de passagem - em todo o âmbito do Direito, algumas conclusões relevantes foram assentadas. A primeira delas - **conclusão inescapável do conceito formado – é que não se poderá configurar ato de improbidade sem que esteja presente conduta dolosa do infrator. A conseqüência que daí se extrai é que <u>ninguém é desonesto por imprudência, imperícia ou negligência</u>.** (grifos nossos)

Daí depreende-se a necessária presença de dolo para que se possa falar em improbidade administrativa. Inexistindo o dolo, o agente deve ser responsabilizado pelo ato praticado, mas não pela Lei 8.429/92. É indispensável a ocorrência do dolo, isto é, deve estar clara a vontade do agente para que seja caracterizada a improbidade administrativa.

Diante da análise conceitual de improbidade, percebe-se a imprescindibilidade de analisar o conceito de culpa para entender as razões para a inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa às condutas culposas dos agentes públicos. De Plácido e Silva (2002, p. 233) faz essa definição: "Derivado do latim culpa (falta, erro cometido por inobservância ou por imprudência), é compreendido como a falta cometida contra o dever, por ação ou por omissão, procedida de ignorância ou negligência".

Nesse contexto, José Náufel (2002, p. 135) leciona que: "culpa é toda e qualquer falta de diligência ou negligência, sem propósito de lesar, mas de que resultou dano a outrem ou ofensa de direitos alheios; distinguindo-se do dolo, neste existe o propósito de lesar."

Diante dessa análise conceitual, depreende-se que improbidade não combina com culpa, sendo possível notar a incongruência de improbidade decorrente de condutas culposas.

3.2 A posição da Doutrina e dos Tribunais acerca da Improbidade Administrativa

A Jurisprudência do nosso país tem avançado no que tange ao reconhecimento da inexistência de improbidade culposa. Nesse sentido destaca a ementa do acórdão do TJMG:

> Ação Civil Pública- Ex-Prefeito - Procuração Outorgada ao Vice-Prefeito – **Ausência de má-fé do administrador – não configuração de Improbidade Administrativa**. O ato que, embora ilegal, não foi praticado pelo Chefe do Executivo Municipal com desonestidade, imoralidade ou em detrimento do erário público, mas, sim, em virtude de inabilidade do administrador, não gera punição com base na Lei 8.429/92, principalmente se inexistente, danos à Administração. Negaram provimento ao recurso.[1]

O Des. Eduardo Guimarães Andrade, no AC 313217-2, j. 11.11.03 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais enfatiza:

> Como bem destacou a ilustre Sentenciante, não se vislumbra pelos documentos que instruem os autos a intenção dos apelados em lesar o erário, inclusive, a caracterização de má-fé, apesar dos apontamentos de irregularidades formais na condução do procedimento licitatório (fls. 762 a 774).

A jurisprudência mais recente revela essa incongruência da Lei:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITO ADMINISTRATIVO - ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AGENTE PÚBLICO - AUSÊNCIA DE PROVAS DA MÁ-FÉ - PEDIDO IMPROCEDENTE. Não se afigura crível punir agente público, ou equiparado, quando o ato acoimado de improbidade é, na verdade, fruto de inabilidade, de gestão imperfeita, ausente o elemento de 'desonestidade', ou de improbidade propriamente dita. Em reexame necessário, confirmam a sentença.[2]

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO, DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO, DOLO E/OU MÁ-FÉ DO AGENTE PÚBLICO - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. A má-fé é premissa do ato ilegal e improbo. 2. A ilegalidade, por isso mesmo, só adquire status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvada pela má-fé do administrador. 3. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, incomprovada nos autos. 4. Apelo improvido. [3]

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE BAGÉ. **IMPROBIDADE** ADMINISTRATIVA. OFICIAL DE JUSTIÇA. PAGAMENTOS FEITOS POR MEIO DE DEPÓSITO EM CONTA CORRENTE. AUSÊNCIA DE DOLO. O ato de **improbidade**, a ensejar a aplicação da Lei nº 8.429/92, não pode ser identificado tão somente com o ato ilegal. A incidência das sanções previstas na lei carece de um plus, traduzido no evidente propósito de auferir vantagem, causando dano ao erário, pela prática de ato desonesto, dissociado da moralidade .. [4]

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE DIÁRIAS. **ART. 10, CAPUT, DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. MÁ-FÉ. ELEMENTO SUBJETIVO. ESSENCIAL À CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE. SANÇÕES. DOSIMETRIA. CUMULATIVIDADE.** PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE (ART. 12, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 8429/83). VIOLAÇÃO AO ART. 535. INOCORRÊNCIA. STJ - RESP 980706 – Relator Luiz Fux . Julgamento 03/02/2011 – Primeira Turma – Publicação 23/02/2011 (grifos nossos)

Nota-se que a jurisprudência mais recente tem reconhecido a referida incongruência entre culpa e improbidade, o que é salutar, pois contribuirá para evitar demandas infundadas e condenações injustas, já que apenas quando existe dolo é que se pode falar em improbidade administrativa.

Nesse sentido é relevante ressaltar a sábia opinião de Aristides Junqueira Alvarenga:

> Assim, a conduta de um agente público pode ir contra o princípio da moralidade, no seu estrito sentido jurídico-administrativo, sem, contudo, ter a pecha de improbidade, dada à ausência de comportamento desonesto – atributo, esse, que distingue a espécie (improbidade) do gênero (imoralidade).
> Se assim é, torna-se difícil, se não impossível, excluir o dolo do conceito de desonestidade e, conseqüentemente, do conceito de improbidade, tornando-se inimaginável que alguém possa ser desonesto por mera culpa, em sentido estrito, já que ao senso de desonestidade estão jungidas as idéias de má-fé, de deslealdade, a denotar presente o dolo (ALVARENGA, 2001, p. 89). (grifos nossos)

O doutrinador ainda ressalta:

> Estando excluída do conceito constitucional de improbidade administrativa a forma meramente culposa de conduta dos agentes públicos, a **conclusão inarredável é a**

> **de que a expressão "culposa", inserta no caput do art. 10 da lei em foco, é inconstitucional** (ALVARENGA, 2001, p. 89). (grifos nossos)

Nesse âmbito, para caracterizar improbidade administrativa é indispensável a existência de má-fé, ou seja, a intenção do agente público em lesar o erário. Mas vale ressaltar que se trata de assunto divergente na doutrina e jurisprudência, por essa razão deve ser demonstrada a incoerência da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa às condutas culposas.

É relevante destacar algumas opiniões no sentido de acatar a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa às condutas culposas:

Marino Pazzaglini Filho ressalta:

> A improbidade lesiva ao patrimônio público culposa dá-se quando o resultado lesivo ao Erário involuntário, mas previsível, decorreu de comportamento voluntário do agente público contrário a seu dever funcional de boa gestão administrativa, de prudência e de atenção no trato dos bens e haveres públicos. (PAZZAGLINI FILHO, 2005, p. 79).

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais declara a possibilidade de configuração de ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, em função da prática de ações dolosas ou culposas do agente público.

> Ação civil pública. Improbidade administrativa. Ressarcimento. O art. 5º da Lei nº 8.429/92 impõe o ressarcimento do dano ao agente que, mediante ação ou omissão, dolosa ou culposa, cause lesão ao patrimônio público. A Administração Pública exige do agente que seja honesto, leal e eficiente. Em ação civil pública, verificado que os elementos produzidos demonstram que o réu, no exercício do mandato de Prefeito, atuou em prejuízo do patrimônio do Município, ao realizar doações de bens públicos para o atendimento de objetivos particulares e eleitoreiros, mantém-se a sentença condenatória de ressarcimento. Nega-se provimento ao recurso.[4]

Percebe-se que a inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa em função de culpa e conseqüentemente a inadequação do termo conduta culposa previsto na referida Lei, está sendo reconhecida, apesar de existirem decisões que acata a existência desse tipo de improbidade.

Mas expressiva parte da jurisprudência, principalmente nos últimos anos sabiamente tem reconhecido a inexistência de improbidade culposa.

---

[4] TJRS, Recurso nº. 70019438761, Ponente Nelson Antônio Pacheco, Terceira Câmara Cível, j. 09/10/2008.
[4] TJMG, Processo nº 1.0647.00.012569/001(1), Rel. Almeida Melo, j. 23/02/2006.

Diante de todo o exposto, é importante perceber que o enquadramento de conduta culposa como improbidade administrativa é uma incongruência; e essa impropriedade já tem sido notada.

Vale ressaltar que se trata de um assunto ainda divergente e polêmico na doutrina e jurisprudência merecendo uma atenção maior dos juristas e aplicadores da Lei no sentido de evitar prejuízos e injustiças em razão dessa mencionada inadequação existente na Lei de Improbidade Administrativa.

Aqueles que entendem ser possível que uma conduta culposa configure ato de improbidade administrativa partem do pressuposto de que inexiste a necessidade de intenção do agente de provocar dano ao erário. Assim, nessa linha, o agente que agir sem o cuidado e zelo necessário no que tange ao bem público, e em razão disso provocar dano ao erário, deve ser responsabilizado de acordo com a previsão ao artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

Edilson Pereira Nobre Júnior (2003, p. 13) aponta duas correntes acerca da previsão do artigo 10 da LIA, sendo que a primeira corrente composta por Aristides Junqueira Alvarenga, conforme já citado, Benedito Pereira Porto Neto e Pedro Paulo Rezende Porto Filho defende a necessidade do dolo para a configuração de improbidade administrativa, sendo esta incompatível com a culpa; e a segunda corrente composta por José Jairo Gomes, Nicolau Dino de Castro e Costa Neto e George Sarmento manifesta a possibilidade de ocorrer improbidade culposa. Ele lembra a posição de Juarez Freitas, que defende a possibilidade da improbidade se dá em função de dolo ou culpa grave.

Nesse contexto, após destacar os posicionamentos dos ilustres juristas, Nobre Júnior (2004, p. 13) se posiciona salientando que a improbidade consiste na moralidade qualificada , sendo indispensável à desonestidade . Na opinião do autor a presença do dolo é indispensável. A culpa grave não é suficiente para configurar um ato de improbidade administrativa.

Tal posição coaduna com nosso entendimento. De fato para configurar improbidade administrativa a má-fé, a desonestidade, ou seja, o dolo deve estar presente. Nessa seara, o fato do artigo 10 da Lei 8.429 trazer expressamente a modalidade culposa como possibilidade de configuração de ato de improbidade administrativa, não é suficiente para enquadrar os agentes públicos nessa conduta, uma vez que a culpa e improbidade são termos antagônicos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei de Improbidade Administrativa é um diploma normativo de extrema relevância

editado no Ordenamento Jurídico Brasileiro reforçando e regulando a previsão contida no artigo 37 da Constituição da República de 1988.

A improbidade administrativa ocorre, devido à desonestidade, ausência de ética e decoro de diversos agentes públicos que objetivam interesses privados em detrimento dos interesses da coletividade ou interesses públicos que não condizem com o objetivo da Administração Pública.

Conforme a Lei de Improbidade Administrativa, os atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito e os que violam os princípios da Administração Pública, somente se configuram com a existência de dolo e os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário podem ocorrer tanto com a existência de dolo, como de culpa.

Mas foi possível notar que culpa não condiz com o termo improbidade que enseja desonestidade, má-fé, não sendo possível desta forma, que o agente público seja desonesto por culpa. Sendo assim, a partir da análise dos termos culpa e improbidade é possível salientar que somente a conduta dolosa do agente público caracteriza ato de improbidade administrativa, uma vez que culpa e improbidade são termos antagônicos.

Depreende-se que o ato praticado pelo agente público, prejudicial à Administração Pública que provoca dano ao erário em função da inabilidade, do despreparo não configura ato de improbidade administrativa. Esse agente deve ser responsabilizado, mas não com as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Os agentes públicos têm que ressarcir os danos provocados ao erário.

Nesse enfoque, cumpre-se salientar que os agentes públicos que ao executarem atos da Administração Pública, causem enriquecimento ilícito, danos ao erário ou agridam os princípios da Administração Pública têm que ser penalizados. Se agirem com dolo, má-fé deve ser aplicada a Lei de Improbidade Administrativa; mas se cometerem deslizes em função de culpa, devem ser responsabilizados, mas não pelas sanções da mencionada Lei, pois ninguém pode ser considerado desonesto por culpa.

Cumpre-se destacar que aqueles agentes que agem com lisura, com boa-fé, mas mesmo com essa conduta é consumado ato prejudicial ao erário, não devem ser responsabilizados por ato de improbidade administrativa, aplicando-lhes, entretanto, o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal.

Deve-se viabilizar a conscientização dos aplicadores da Lei, no sentido de que improbidade não combina com culpa, e que o termo “conduta culposa” está inserido de forma inadequada no texto da Lei. Muitos juristas aplicam a Lei de Improbidade aos agentes públicos que praticam condutas culposas ao executar os atos da Administração Pública, pelo

simples fato de estar previsto no texto legal, sem ao menos buscar entender os conceitos de culpa e improbidade e perceber a incongruência existente.

É possível salientar que a edição de súmula prevendo a não aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes públicos que praticam condutas culposas, em qualquer das hipóteses trazidas pela Lei como prática de improbidade administrativa, seria uma solução viável para o problema.

Nesse enfoque, pode-se dizer que a supressão do termo conduta culposa existente no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, é a maneira mais eficaz de evitar demandas judiciais e consequentemente condenações por improbidade administrativa provenientes de culpa do agente público, já que a referida Lei deve ser aplicada somente às práticas dolosas.

É válido destacar a satisfação pelo fato da jurisprudência está sendo modificada no sentido de reconhecer a inexistência de improbidade culposa, contribuindo dessa forma, para evitar demandas infundadas e condenações injustas.

O que se observa é que a população não está preparada para exercer a democracia, dessa forma deve existir um trabalho de conscientização realizado pela parcela da população mais consciente e participativa e pelos órgãos públicos, preparando e instigando a participação da outra parcela da população nas questões sociais, políticas, estimulando dessa forma, a cidadania e consequentemente a democracia participativa.

Nessa seara, vale salientar que a sociedade, bem como os aplicadores da Lei, não podem ficar estáticos, inertes, diante da ocorrência de atos de improbidade administrativa, mas a ação dos mesmos deve se justa no sentido de buscar a aplicação da referida Lei aqueles que realmente praticaram atos de improbidade administrativa, sendo para isso, indispensável a presença do elemento dolo.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito brasileiro. In: **Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do**. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL, **Lei nº. 8.429, de 02 de junho de 1992**. Define as sanções a serem aplicadas aos agentes públicos.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito Administrativo**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro. Improbidade Administrativa: Aspectos materiais e processuais. In: **Improbidade Administrativa**: 10 anos da Lei n. 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **HABERMAS e o Direito Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2008.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. Responsabilidade do administrador público. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, ano 4, n. 15, p. 126-139, jul./set. 2002.

DELGADO, José Augusto. O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. **Revista Ciência Jurídica**, Salvador, n. 44, p. 58-74, mar./abr. 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno**: novos paradigmas do direito administrativo a partir da relação entre o estado e a sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos:** Comentários, artigo por artigo, da Lei nº. 8.429/92 e do DL 201/67. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. Responsabilidade por ato de improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens de diretor-presidente de companhia estatal. Desproporcionalidade da medida. Necessidade do Devido Processo Legal. Arbitrariedade da Medida. Considerações acerca da Lei 8.429/92. **Revista Interesse Público**, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 91-100, jan./mar 2000.

FIGUEIREDO, Marcelo. Responsabilização por atos de improbidade. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 38-44, jul./set. 1999.

FREITAS, Juarez. Direito Fundamental à boa administração pública e o direito administrativo brasileiro do século XXI. **Del Rey Jurídica**, Ano 10, nº. 19, p. 5-7, 2º semestre, 2008.

GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública e os tribunais de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. V.II, 2.ed. tradução; Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles, FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 3.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Ives Granda da Silva Martins, NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2001.
MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NÁUFEL, José. **Novo Dicionário Jurídico Brasileiro**. 10 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2002.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa: alguns aspectos controvertidos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 235, p. 61-91, jan./mar. 2004.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Revista atualizada por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROSA, Alexandre Morais da, GHIZZO NETO, Affonso. **Improbidade Administrativa e Lei de Responsabilidade Fiscal: conexões necessárias**. Florianópolis: Habitus, 2001.