

# **ELEMENTOS PARA CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

**Edgar Guimarães**

Advogado; Pós-Doutor em Direito pela Università del Salento (Itália). Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP; Professor de Licitação nos cursos de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar e da Universidade Positivo; Consultor Jurídico (aposentado) do Tribunal de Contas do Estado do Paraná; Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo; Membro dos Institutos Brasileiro de Direito Administrativo, do Instituto dos Advogados do Paraná e do Conselho Científico do Instituto Romeu Felipe Bacellar. Árbitro da Câmara de Arbitragem e Mediação da FIEP/PR. Conselheiro da OAB/PR. Autor de livros e artigos jurídicos.

(*Curriculum* na Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4279678597567440>)

## 1. Introdução

A improbidade administrativa faz parte do grupo de inovações normativa que a Constituição de 1988 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro. Embora a proteção à probidade administrativa já fosse uma preocupação presente em alguns dispositivos penais e em diplomas que disciplinavam a atividade dos agentes públicos, não havia, antes do novo cenário constitucional, um dispositivo que tratasse de um regime específico de combate à improbidade administrativa.

A Constituição de 1946 foi a primeira a prever a edição de lei que tratava do sequestro e do perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, decorrente do abuso de cargo ou função pública. Em cumprimento ao comando constitucional, foi publicada a Lei 3.164/57 que regulava o procedimento de sequestro e perda de bens adquiridos pelo servidor público em virtude da influência ou abuso da função pública. Na sequência, a Lei 3.502/58 disciplinou o sequestro e o perdimento de bens nas hipóteses de enriquecimento ilícito oportunizado pela influência ou pelo abuso do cargo público.

A Constituição de 1967 também previu, no art. 150, § 11, a possibilidade de perdimento de bens por danos causados ao erário ou nos casos de enriquecimento ilícito obtido no exercício da função pública. O enriquecimento ilícito teve o seu escopo ampliado pelo § 11 do art. 153 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, ao dispor que o perdimento

de bens se daria por danos ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito ocorrido no exercício de cargo, função, ou emprego na Administração Pública direta ou indireta.

Mas foi somente com a Constituição Federal de 1988 que a proteção à probidade da conduta dos agentes públicos ganhou contornos de destaque. Além de consagrar o princípio da moralidade expressamente em seu texto, a Constituição ainda previu a instituição de um regime específico de combate à improbidade administrativa em seu art. 37, § 4º, cuja redação dispõe que: *“Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em Lei, sem prejuízo da ação penal cabível”*.

Contudo, como qualquer instituto jurídico inovador, a compreensão do conceito e dos limites da improbidade administrativa incitaram dúvidas tanto na doutrina quanto na jurisprudência, mesmo após a edição da Lei 8.429/92, que regulamentou o comando constitucional e previu as modalidades de atos de improbidade administrativa. Uma destas controvérsias consiste nos elementos necessários à configuração dos atos de improbidade administrativa.

## **2. Improbidade Administrativa na Lei nº 8.429/92**

A Lei nº 8.429/92, popularmente conhecida como Lei de Improbidade Administrativa - LIA, surgiu para dar materialidade ao comando contido no artigo 37, § 4º, da Cons-

tituição Federal. Seu corpo de normas além de estabelecer a forma de imposição e gradação das sanções aplicáveis aos agentes públicos ímprobos, também fixou um sistema tripartite contemplando três modalidades de atos de improbidade administrativa.

O art. 9º da Lei 8.429/92 trata dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito do agente público, no exercício da função pública. O tipo geral, disposto no *caput* do artigo, consiste em “*auferir vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade*” nas entidades arroladas no art. 1ª da Lei. A tipicidade prevista no *caput* é esmiuçada nos 12 incisos seguintes em que se descrevem condutas específicas de enriquecimento ilícito no exercício da função pública.

O art. 10º do diploma legal diz respeito aos atos que resultam em prejuízo ao erário. O *caput* do artigo prevê o tipo geral da improbidade composto por “*qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres*” das entidades indicadas no art. 1ª da Lei de Improbidade. Na sequência, o dispositivo elenca 21 tipos específicos de condutas ímprobos lesivas ao erário.

Ainda na seara da modalidade de improbidade que resulta em dano ao erário, incumbe registrar que Lei Complementar nº 157/2016, que acrescentou o art. 10-A à Lei 8.429/92, previu uma nova hipótese desta modalidade de

improbidade. O novo dispositivo aduz que: “*constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõe o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116/2003*”.

O art. 8-A da Lei Complementar nº 116/2003 fixa uma alíquota mínima de 2% ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, e veda a possibilidade de concessão de qualquer forma de isenção, incentivo ou benefício tributário ou financeiro que resulte em aplicação de alíquota inferior à de 2%, excetuando-se os serviços previstos na própria legislação complementar.

Apesar da nova disposição ter sido incluída em artigo apartado das demais hipóteses do art. 10 da Lei de Improbidade – como se fosse uma nova modalidade de improbidade – em verdade ela prevê apenas mais um tipo específico de ato ímprobo que resulta um dano ao erário. A concessão de isenção, incentivo ou benefício tributário ou financeiro fora das exceções previstas na legislação complementar, diminuirá a arrecadação tributária, o que configura uma lesão aos cofres públicos.

Por fim, o art. 11 da Lei 8.429/92 institui atos de improbidade que atentem contra os princípios da Administração Pública. Objeto de grandes controvérsias na doutrina e jurisprudência, este dispositivo prevê a modalidade de improbidade de maior abrangência, pois pode incidir sobre qualquer conduta que infrinja os princípios da Administra-

ção. Tanto o tipo geral disposto no *caput* quanto os tipos específicos, previstos nos sete incisos do artigo englobam condutas que afrontam “*os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições*”.

Embora os mencionados artigos da Lei 8.429/92 consignem as modalidades de improbidade administrativa e prevejam, expressamente, condutas ímprobas, a lei não fixou um conceito universal de ato de improbidade administrativa capaz de enquadrar todas as modalidades de improbidade arroladas no seu corpo normativo. Essa omissão legislativa decorre, em boa parte, da dificuldade em se oferecer uma proposta conceitual de ato de improbidade que possa, a um só tempo, gozar do alcance necessário para abranger todas as situações elencadas como atos de improbidade, sem excessos ou omissões injustificáveis.

A falta de um conceito legal de improbidade administrativa cria para o operador jurídico uma grande dificuldade para se identificar os elementos constitutivos do ato de improbidade. Na tentativa de solucionar esta omissão legal e oferecer uma noção adequada de improbidade administrativa, Pedro Roberto Decomain aponta para a tendência de boa parte da doutrina de associar o conceito indeterminado disposto no art. 37, § 4º, da Constituição com a ideia de moralidade administrativa<sup>1</sup>. É o caso, por exemplo, de Luís Octavio Sequeira de Cerqueira:

---

1 DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007. p. 22.

“A improbidade administrativa constitui uma violação ao princípio constitucional da moralidade, princípio basilar da Administração Pública, estabelecido no *caput* do art. 37 da CF. Assim, a improbidade pode ser classificada como uma imoralidade administrativa qualificada, na medida em que somente as condutas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA podem ser consideradas atos de improbidade administrativa”<sup>2</sup>.

Marcelo Figueiredo segue caminho semelhante ao defender que a noção de improbidade administrativa constitui uma espécie do gênero “moralidade administrativa”:

“Entendemos que a probidade é espécie do gênero ‘moralidade administrativa’ a que alude, v.g., o art. 37, *caput* e seu § 4º, da CF. O núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade administrativa; verdadeiro norte à Administração em todas as suas manifestações. Se correta estive a análise, podemos associar, como faz a moderna doutrina do direito administrativo, os atos atentatórios à probidade como também atentatórios à moralidade administrativa. (...) A probidade é, portanto, corolário do princípio da moralidade administrativa”<sup>3</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, leciona que, enquanto princípios, moralidade e probidade signifi-

---

2 SEQUEIRA DE CERQUEIRA, Luis Otávio. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 40.

3 FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6ª edição, atualizada e revisada. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47-48.

cam praticamente a mesma coisa. Todavia, quando pensada como ato ilícito, a improbidade tem uma compreensão muito mais ampla que a moralidade, pois abarca atos que vão além do meramente desonesto ou imoral. Nesse sentido, propugna que:

“quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos e imorais, mas também e principalmente atos ilegais”<sup>4</sup>.

Importante ressaltar que a ilegalidade a que a autora faz referência quando trata dos atos ilegais, não diz respeito à legalidade estrita. A legalidade aqui compreendida é a legalidade em sentido amplo, que abarca não só a obediência à lei, mas também a observância dos princípios e valores que estão na base do ordenamento jurídico. Assim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conclui que o ato de improbidade não resulta apenas da lesividade ao princípio da moralidade, mas decorre de qualquer conduta do agente público que contrarie a legalidade considerada em sentido amplo:

“Vale dizer que a lesão ao princípio da moralidade ou a qualquer outro princípio imposto à Administração Pública constitui uma das modalidades de ato de improbidade. Para ser ato de

---

4 ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 29ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Forense, 2016. p. 975.

improbidade, não é necessária a demonstração de ilegalidade do ato; basta demonstrar a lesão à moralidade administrativa. Concluindo: a legalidade estrita não se confunde com a moralidade e a honestidade, porque diz respeito ao cumprimento da lei; a legalidade em sentido amplo (o Direito) abrange a moralidade, a probidade, e todos os demais princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico”<sup>5</sup>.

Nota-se que enquanto Marcelo Figueiredo e Luís Octavio Sequeira de Cerqueira associam o conceito de improbidade a noção de moralidade administrativa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro vai além e conceitua o ato de improbidade como qualquer conduta que afronte um dos princípios regentes da Administração Pública, o que denota a existência de uma divergência na doutrina sobre o significado do termo improbidade administrativa.

Mateus Bertoncini retrata a existência de, ao menos, cinco concepções empregadas pela doutrina para compreender a ideia de improbidade administrativa<sup>6</sup>. A primeira, identificada como “substantiva”, reconhece o ato de improbidade como sendo qualquer violação ao princípio da moralidade administrativa. A segunda, chamada de “legalista ou formal”, quando o ato de improbidade deriva de uma violação à estrita legalidade.

---

5 ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 29ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Forense, 2016. p. 991-992.

6 BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 70

A concepção mista, os atos de improbidade resultam da violação simultânea dos princípios da legalidade estrita e da moralidade administrativa. Ou seja, para que o ato se constitua como ímprobo, ele deve ser, ao mesmo tempo, ilegal e imoral. O autor ainda elenca as concepções principiológica restrita e principiológica ampla ou da juridicidade. A primeira “entende o ato de improbidade como violação dos princípios do art. 37, caput, da CF”<sup>7</sup>. Já, a segunda, define o ato de improbidade como “violação de todos os princípios da Administração Pública ou como atentado à juridicidade ou à legalidade em sentido amplo”<sup>8</sup>.

Do exposto, é perceptível que a noção de “improbidade” lança suas estruturas com base nos deveres éticos impostos aos exercentes de funções públicas de pautar suas condutas na mais clara, absoluta e inquestionável moralidade. A improbidade, nesse cenário, constitui o desprezo pelos valores principiológicos (entre eles os de ordem moral) que devem presidir a atuação desempenhada em nome da coisa pública.

Contudo, como muito bem ressalta Marcelo Figueiredo, a proximidade dos conceitos de probidade e moralidade administrativa não resulta em uma identidade completa, pois a probidade é um aspecto, peculiar

---

7 BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 70

8 BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 70

e específico, da noção de moralidade administrativa<sup>9</sup>. Marcio Cammarosano segue a mesma linha ao destacar que a improbidade representa uma imoralidade tipificada legalmente como tal, notadamente pelo disposto na Lei 8.429/92. Vejamos:

“improbidade é a imoralidade administrativa especialmente qualificada, que a relação é entre conteúdo e continente, de sorte que toda improbidade constitui ofensa à moralidade administrativa, mas não basta que haja ofensa a esta para que, *ipso facto*, se tenha como caracterizada aquela.”<sup>10</sup>

A improbidade administrativa também não se configura com a mera ilicitude da conduta praticada pelo agente público. Cesar Asfor Rocha ressalta que os atos de improbidade administrativa devem ser compreendidos de forma apartada dos atos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa<sup>11</sup>. A ilicitude administrativa tem um campo compreensivo muito mais amplo do que o âmbito da improbidade administrativa, sendo o ato ímprobo uma conduta ilícita permeada por outros elementos configuradores da improbidade.

---

9 FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6ª edição, atualizada e revisada. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 48.

10 CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 109.

11 ASFOR ROCHA, Cesar. **Breves reflexões críticas sobre a ação de improbidade administrativa**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 52.

Nesta esteira, não basta que haja ofensa à moralidade ou à legalidade administrativa para que se configure um ato ímprobo, é necessário que a conduta do agente público preencha outras condicionantes dispostas na Lei de Improbidade Administrativa.

### **3. Os Elementos Configuradores do Ato de Improbidade Administrativa**

A definição de elementos gerais configuradores de todas as modalidades de atos de improbidade é tema tormentoso e que gera grandes controvérsias. A falta de um conceito geral de ato de improbidade administrativa aliado à discrepância existente entre as três modalidades de improbidade previstas na Lei 8.429/92 leva a doutrina, na maioria das vezes, a optar por analisar os requisitos de cada uma de forma individualizada, sem enfrentar o tema de maneira ampla. Não obstante, pensamos ser possível elencar ao menos seis elementos essenciais para a configuração das três modalidades de ato de improbidade.

O primeiro requisito essencial é a existência de uma ação ou omissão infringente do ordenamento jurídico. A improbidade depende da ilicitude da atuação ativa ou manifestação omissiva do agente supostamente ímprobo. Não parece ser crível que um ato totalmente em sintonia com o arcabouço normativo possa dar ensejo a uma improbidade administrativa. Nesse sentido é o pensamento de Marcelo Harger:

“Há quem afirme que a existência de atos legais, porém eivados do vício de improbidade. Diante do conceito de improbidade já exposto, é forçoso refutar essa afirmação. Os atos legais jamais poderão ofender a lei de improbidade. A improbidade depende de ilicitude, mas nem todos os atos ilícitos serão passíveis de punição por improbidade”<sup>12</sup>.

Cabe salientar que o conceito de ilicitude mencionado não se identifica com a concepção de legalidade estrita. O ato ímprobo pode decorrer de uma conduta que não viola a lei, em sentido estrito. É o caso, por exemplo, das situações em que um agente público recebe propina para praticar um ato que é, de fato, de sua competência ou na hipótese em que é agraciado patrimonialmente por um terceiro para que promova a dispensa de licitação em situação na qual ela realmente não era obrigatória. Nestes casos, não se configura uma transgressão a lei.

Ocorre que, nestes exemplos, a conduta do agente poderá ser enquadrada como improbidade pelo fato de afrontar os princípios e valores que regem a função administrativa. A ilicitude deve ser pensada por meio do conceito de legalidade em sentido amplo, constituindo-se não só quando o ato viole a lei, mas também quando afronte os princípios e valores incidentes sobre a atividade administrativa. Assim, para a configuração da improbidade administrativa, é imprescindível que a conduta comissiva ou omissiva

---

12 HARGER, Marcelo. **Improbidade Administrativa: comentários à lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 16.

do agente seja ilícita, isto é, contrarie um comando normativo disposto em uma regra ou princípio incidente sobre a função administrativa.

Entretanto, conforme assentado no primeiro ponto deste trabalho, a mera ilicitude da conduta do agente público não constitui automaticamente um ato de improbidade administrativa. É necessário também que a conduta se enquadre em um dos tipos normativos arrolados nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.492/92. Estes três dispositivos são compostos por um tipo geral de improbidade – descrito no *caput* – e tipos específicos dispostos nos incisos de cada artigo.

O art. 9º traz em seu *caput* o tipo geral da modalidade que importa em enriquecimento ilícito, prevendo como critério material a conduta “*auferir vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades*” arroladas na lei.

O art. 10, por sua vez, prevê como núcleo do tipo as ações ou omissões, dolosas ou culposas, que ocasionem “*perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades*” objeto da Lei de Improbidade.

Já o núcleo do tipo geral previsto no *caput* do art. 11 consiste em “*ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições*”.

Uma eventual conduta ilícita cometida no exercício da função pública só poderá ser elevada à categoria de improbidade administrativa se dela resultar (i) uma vantagem patrimonial indevida; (ii) um dano ou lesão patrimonial à Administração Pública; ou (iii) uma infração aos deveres inerentes à atividade administrativa. Se do ato ilícito não decorrer nenhuma destas consequências, então se estará diante de uma mera ilicitude, reprimível com outras censuras que não as dispostas na Lei de Improbidade Administrativa.

Da premissa acima fixada é forçoso concluir que a tipicidade aparece como um elemento essencial para configuração do ato de improbidade administrativa. Francisco Octavio de Almeida Prado adota conclusão semelhante ao ressaltar que a exigência de tipicidade revela-se mais intensa em relação aos atos de improbidade administrativa do que para a configuração de outras faltas administrativas, especialmente pela gravidade das sanções passíveis de serem impostas aos agentes ímprobos<sup>13</sup>. No mesmo sentido é o pensamento de César Asfor Rocha que assim assinala:

“o terceiro elemento é a tipicidade entendida esta como o enquadramento perfeito da conduta pessoal do agente em algum dos itens positivados nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sem o que não se terá configurada a improbidade, embora se possa até falar na presença de alguma forma de ilegalidade”<sup>14</sup>.

---

13 PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 59.

14 ASFOR ROCHA, Cesar. **Breves reflexões críticas sobre a ação de**

Outro requisito essencial para a configuração das modalidades de ato de improbidade administrativa arroladas nos arts. 9º a 11 da Lei 8.429/92 é o sujeito passivo. A Lei de Improbidade, no seu art. 1º, indica como sujeitos passivos dos atos de improbidade a *“administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.*

Já o parágrafo único acrescenta ainda as entidades que recebem *“subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual”*. Nota-se que o diploma legal inseriu um grande número de entidades no campo de incidência da Lei de Improbidade, objetivando, com isso, como muito bem ressalta Francisco Octavio de Almeida Prado, proteger *“fundamentalmente o dinheiro público, onde quer que ele se encontre”*<sup>15</sup>.

Compõem, portanto, o catálogo de sujeitos passivos da improbidade administrativa todos os órgãos integrantes da Administração Direta e Indireta da União, dos Estados,

---

**improbidade administrativa.** Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 53.

15 PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade administrativa.** São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 59.

do Distrito Federal, dos Municípios e dos territórios, bem como os órgãos dos Poderes Judiciário e Legislativo de todos os entes federados. Somem-se a elas as empresas que não foram criadas por lei, como as empresas públicas, mas que, por alguma razão, foram incorporadas ao patrimônio público por intermédio da aquisição de ações ou quotas, e as entidades nas quais o Poder Público tenha concorrido para a criação ou custeio, ou que ainda concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.

Os últimos sujeitos passivos são as entidades que recebem algum tipo de aporte financeiro dos cofres públicos por meio de subvenção, benefício, incentivo fiscal ou crédito, ou que o ente público tenha contribuído com qualquer valor inferior a 50% do patrimônio ou da receita anual. Essas entidades arroladas pelo parágrafo único do dispositivo legal merecem um tratamento diferenciado, pois manuseiam tanto aportes públicos quanto recursos privados.

Considerando que a finalidade da Lei de Improbidade é zelar pela aplicação correta do dinheiro público, não parece fazer sentido aplicar as disposições do diploma da improbidade em situações nas quais estas entidades estejam fazendo uso somente de recursos privados. Isso significa dizer que estas entidades que recebem recursos financeiros oriundos do erário, mas que também manuseiam receitas privadas, somente se submetem à Lei de Improbidade nas situações em que manuseiam verbas públicas. Esse é o entendimento de Marcelo Harger, assim encontrado:

“É necessário esclarecer que as entidades de direito privado que recebam recursos públicos, subvenções, benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios recebem apenas parcial proteção da lei de improbidade. Isso ocorre porque essas entidades manuseiam recursos privados e públicos. Não há sentido em submeter os recursos privados que essas entidades receberem ao regramento destinado a proteger o patrimônio público. Isso significa dizer que a lei de improbidade somente se aplica quando estas entidades manusearem recursos públicos”<sup>16</sup>.

Ainda no tocante aos requisitos essenciais para configuração de improbidade, a Lei 8.429/92 identifica os sujeitos ativos do ato de improbidade administrativa. O art. 1º considera como sujeito ativo o agente público, assim conceituado pelo art. 2º como sendo *“todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função”* nas entidades mencionadas no art. 1º da aludida lei.

O conceito de agente público engloba servidores estatutários, empregados públicos, agentes políticos e particulares colaboradores que, no exercício da função pública, pratiquem qualquer tipo de ato ilícito tipificado na Lei de Improbidade. Há que se reconhecer também, por força do disposto no art. 1º da LIA, que integram a

---

16 HARGER, Marcelo. **Improbidade Administrativa: comentários à lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 100.

categoria de agente público previsto os empregados de pessoas jurídicas de direito privado que recebam receitas, subvenções, benefícios e incentivo fiscal ou crédito do Poder Público.

Além dos agentes públicos, o art. 3º da Lei 8.429/92 inclui como sujeitos ativos do ato de improbidade administrativa qualquer particular que induza ou concorra para a prática da improbidade, ou se beneficie dos seus efeitos de forma direta ou indireta. Tanto pessoas físicas quanto pessoas jurídicas podem vir a ser responsabilizadas pelo cometimento de uma improbidade, mas, para que isso ocorra, é necessário que haja um ato de um agente público. Não é possível que os particulares, desprovidos de *mínus* público, materializem, isoladamente, um ato de improbidade. É preciso, para sua responsabilização, que eles induzam, concorram ou, ao menos, se beneficiem dolosamente da conduta ímproba cometida por um agente público.

Sobre esta última hipótese, é importante ressaltar que o particular de boa-fé, em nenhuma circunstância poderá ser responsabilizado, mesmo que venha a se beneficiar, direta ou indiretamente, dos efeitos oriundos do ato de improbidade administrativa. A aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/92 sobre os particulares prescinde do elemento subjetivo dolo na conduta da pessoa física ou jurídica.

Em verdade, a culpabilidade do sujeito ativo é exigida em qualquer hipótese de improbidade administrativa, con-

sistindo no quarto requisito essencial para materialização do ato de improbidade. A exigência da verificação da culpabilidade do sujeito ativo é característica da modalidade da responsabilidade subjetiva, que se contrapõe a modalidade objetiva que dispensa a análise do plano da subjetividade do sujeito ativo.

A responsabilidade subjetiva constitui verdadeira garantia individual positivada na Constituição que impede que o Estado faça uso da sua competência sancionatória ou punitiva para reprimir o indivíduo sem que se atente para o seu plano subjetivo. Como afirma José Roberto Pimenta Oliveira, o princípio da culpabilidade é requisito constitucional de legitimação para edição de qualquer medida sancionatória estatal, inclusive as sanções previstas para os atos de improbidade administrativa<sup>17</sup>.

Compõem o plano de subjetividade do sujeito os elementos do dolo e da culpa. O dolo consiste na vontade consciente do agente em realizar a sua conduta em contrariedade a uma vedação normativa. No plano penal, a doutrina o divide em dolo direto, quando a vontade do agente é dirigida à realização do fato típico, e o dolo eventual, que se dá nas hipóteses em que o agente não almeja diretamente a realização do tipo, mas tem consciência de que a sua conduta pode caracterizá-lo, assumindo, com isso, os riscos da produção do resultado.

---

17 PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 215.

A culpa, por sua vez, consiste na violação do dever de cuidado inerente à atividade realizada, configurando-se nas situações que o agente age de forma imprudente, negligente ou imperita em que se produz um resultado típico. O enquadramento do elemento subjetivo nas hipóteses de improbidade administrativa tem sido objeto de grande discussão na doutrina, especialmente em virtude da previsão do art. 10 de que a conduta culposa pode dar ensejo à improbidade administrativa. Em razão dessa divergência doutrinária, o elemento subjetivo será tratado em um tópico próprio a seguir disposto.

#### **4. O elemento subjetivo na formação do ato de improbidade**

O elemento subjetivo da conduta cumpre um papel fundamental na configuração da improbidade administrativa. É somente após a sua análise que a ação ou omissão típica do agente público ou do particular materializará uma improbidade administrativa. O problema que se constrói por trás do seu enquadramento na Lei 8.429/92 é o de saber se a configuração de um ato de improbidade exige dolo do agente ou pode restar caracterizada nas hipóteses em que a conduta supostamente ímproba é fundada em mera culpa ou inaptidão funcional.

Ao tomar como referência as disposições legais que presidem a matéria, atentando-se para a interpretação literal dos seus termos, desde logo parece possível afirmar que

as condutas descritas no art. 10 da Lei 8.429/92 abrangem atos de improbidade tanto nos casos de dolo quanto nos casos de culpa do agente. Isso se deve ao fato de que a regra legal alude expressamente que, uma ação ou omissão dolosa ou culposa que dê ensejo a prejuízo ao erário consistirá em ato de improbidade.

Em contrapartida, os casos tratados nos arts. 9º e 11 não fazem remissão à modalidade culposa, o que leva a crer que as situações de fato neles descritas somente se constituem se houver a demonstração do dolo do agente na realização da conduta típica. Contudo, no plano da doutrina, a questão ganha maior complexidade, na medida em que há autores que defendem a impossibilidade da caracterização de ato de improbidade decorrente de culpa do agente, e autores que entendem ser possível a modalidade culposa, inclusive em hipóteses previstas além do art. 10 da Lei 8.429/92.

Francisco Octávio de Almeida Prado caminha no sentido da impossibilidade de se caracterizar o ato de improbidade com base em uma conduta culposa. Na concepção do autor, todos os dispositivos tipificadores dos atos de improbidade requisitam dolo para a sua configuração, mesmo os casos estabelecidos no art. 10 da Lei 8.429/92. Vejamos:

“Observa-se, portanto, que os atos de improbidade administrativa, ao contrário do que sucede com as faltas disciplinares, encontram-se muito mais no domínio do dolo que da simples culpa. A ideia 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. (...).

A previsão do art. 10, quando alude à forma culposa, não admite que esse elemento subjetivo possa configurar o ilícito em todas as hipóteses elencadas, de atos de improbidade que causam lesão ao erário. É que muitas hipóteses, por sua própria formulação, deixam evidente a essencialidade do dolo. Isso ocorre, aliás, com a maioria das hipóteses, convindo lembrar que o vocábulo 'improbidade', constante da formulação constitucional, repele a possibilidade de sancionar, como ímprobos, atos que não evidenciem um desvio ético, uma desonestidade, uma transgressão consciente a preceito de observância obrigatória.<sup>18</sup>

Marcelo Harger vai além ao defender a inconstitucionalidade do art. 10 da Lei de Improbidade, no trecho em que consagra a culpa como elemento suficiente para configuração de ato de improbidade. Na visão do autor, a improbidade pressupõe quebra/ruptura do dever de honestidade. Essa honestidade, por sua vez, não admite sua formação por meio de uma conduta culposa do agente, mas somente através de uma conduta dolosa<sup>19</sup>.

---

18 PRADO. Francisco Octavio Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 37-38.

19 HARGER, Marcelo. **Improbidade Administrativa: comentários à lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 21.

Fabio Medina Osório adota opção diversa ao sustentar a constitucionalidade dos atos de improbidade culposos. No seu entender, a própria Constituição da República já autoriza a materialização de atos de improbidade fundados exclusivamente em comportamentos culposos, na medida em que reforçou a proteção dos valores “eficiência” ou “economicidade”, vinculando-os à moralidade administrativa e aos princípios constitucionais da Administração Pública<sup>20</sup>.

Referido autor também sustenta que a improbidade nos seus tipos culposos não engloba os simples erros cometidos pelos agentes públicos no exercício das suas funções. Não se poderia utilizar a Lei de Improbidade para punir qualquer defeito na conduta dos agentes públicos. Todavia, na sua visão, isso não exclui a possibilidade de se constituir atos de improbidade decorrentes de comportamentos profissionais gravemente culposos<sup>21</sup>.

Com base nestas premissas, MEDINA OSÓRIO aponta para a constitucionalidade da previsão da improbidade culposa do art. 10 da Lei 8.429/92 e vai além ao sustentar que alguns tipos específicos de improbidade arrolados nos incisos do art. 11 da Lei também admitem a forma culposa. Pela sua concepção, o tipo geral previsto no *caput* do art.

---

20 OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 231.

21 OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 231-232.

11 da Lei de Improbidade só contempla modalidades dolosas, mas as situações indicadas nos incisos do dispositivo admitem condutas culposas. Vejamos:

“Entendemos que o *caput* do dispositivo constante do art. 11 a LGIA efetivamente contempla, a título de cláusula geral, apenas condutas dolosas. A transgressão ali descrita conduz, razoavelmente, a essa assertiva. É natural que assim seja, em busca de limitações mais rígidas ao direito punitivo. Porém, os incisos desse mesmo bloco normativo admitem várias condutas culposas, dentro de uma ideia de excepcionalidade e fragmentariedade, respeitadas as peculiaridades sancionatórias da cada tipo setorial e também a perspectiva de colaboração das legislações extravagantes, com inserções pontuais de condutas tipificáveis no universo do art. 11 da LGIA.”<sup>22</sup>

José Roberto Pimenta Oliveira, por sua vez, também sustenta ser possível a configuração de improbidade administrativa fundada em conduta culposa, mas somente na modalidade prevista no art. 10 da Lei 8.429/92<sup>23</sup>. Na sua concepção, a conduta tipificada no art. 9º - auferir vantagem indevida em razão da função pública – não pode decorrer de negligência, imprudência ou imperícia.

---

22 OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 221

23 PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 275-276.

Ademais, a garantia constitucional da tipicidade não permite que o intérprete estabeleça modalidades de improbidade que fujam ao texto legal. Tal premissa afasta também a possibilidade de configuração de atos ímprobos previstos no art. 11 com base em conduta culposa. Todavia, no caso de lesão ao erário, entendido como zelo a coisa pública, o mencionado autor entende ser possível a materialização de improbidade administrativa baseada em conduta culposa do agente público, tendo o legislador optado por incluir essa hipótese no art. 10 da Lei de Improbidade<sup>24</sup>.

Marçal Justen Filho adota posicionamento semelhante no sentido de que as hipóteses descritas nos arts. 9º e 11 não comportam a improbidade culposa, ao passo que, excepcionalmente, a modalidade de improbidade prevista no art. 10 da lei pode se constituir mediante a culpa grave do agente<sup>25</sup>.

Todavia, JUSTEN FILHO ressalta que a maioria dos tipos específicos arrolados nos incisos do art. 10 exigem a presença de dolo para a configuração da improbidade<sup>26</sup>.

---

24 PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 276.

25 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1139.

26 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1140

É o caso, por exemplo, do inciso VIII, o qual dispõe que constituirá improbidade aquele que “*frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente*”.

Na visão do autor, a hipótese em apreço pressupõe o dolo, pois a frustração da “licitude” do certame somente se configurará mediante uma conduta consciente e intencional do agente. A partir disso, conclui que a modalidade culposa de improbidade administrativa só poderá se configurar nas hipóteses que a própria redação legal assim o dispuser, como é o caso do inc. X do art. 10: “*agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda*”. E mesmos nestes casos, a improbidade só restará configurada se a infração culposa do agente público produzir efeitos danosos extraordinários:

“A improbidade não se configura pela mera atuação defeituosa do agente – o que não significa reconhecer a regularidade jurídica de ações e omissões culposas. (...) Para que se configure a improbidade, é necessário que a infração produza efeitos danosos sérios e relevantes. Se a infração não prejudicar, de modo consistente, interesses, bens ou direitos da Administração, não se configura improbidade”<sup>27</sup>.

---

27 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1126-1127

Considerando as posições doutrinárias anteriormente colacionadas, é passível de se concluir que a configuração do ato de improbidade admite a modalidade culposa, mas somente nos tipos previstos no art. 10 da Lei 8.429/92. Deste modo, a negligência, imprudência ou imperícia do agente no zelo com o patrimônio público poderá dar ensejo a configuração da improbidade administrativa.

Contudo, não será qualquer comportamento culposos que resultará em um ato de improbidade, ainda que tal conduta encontre previsão no art. 10 da Lei 8.429/92. Não se pode enquadrar os simples erros funcionais ou a mera inépcia do agente como conduta ensejadora de improbidade administrativa. A improbidade culposa deve estar fundada em uma conduta culposa grave, que extrapole os limites tolerados pelo caráter falível dos seres humanos. São comportamentos que demonstrem verdadeiro desdém com relação ao zelo e cuidados elementares exigidos dos agentes públicos.

Ademais, comungando do pensamento de Marçal Justen Filho, entendemos que a conduta gravemente culposa só ensejará uma improbidade administrativa se os efeitos danosos que dela decorrerem forem sérios e relevantes. Se a conduta culposa do agente não promover uma grave lesão à Administração Pública, deverá o agente recompor o erário na proporção do prejuízo a que deu causa e responder administrativamente pela sua conduta, sem que disso resulte uma punição por improbidade.

## 5. A controvérsia relativa ao elemento do dano

Alguns autores incluem como requisito geral para a configuração das três modalidades de improbidade administrativa o elemento do dano. É o caso de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Marcelo Figueiredo que sustentam não ser possível punir uma pessoa sem que do seu ato resulte algum tipo de dano ou lesão à Administração Pública.

A Lei de Improbidade Administrativa tratou da exigência ou não da ocorrência do dano para a configuração do ato ímprobo no inciso I, do art. 21, ao dispor que a aplicação das sanções previstas na Lei independe “*da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento*”. Nota-se que o dispositivo legal dispensou a demonstração da ocorrência de dano ao patrimônio público para as hipóteses do art. 9º e 11 da Lei, ressaltando apenas a modalidade de improbidade resultante de dano ao erário, na qual se terá que demonstrar a efetiva lesão ao patrimônio da Administração.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que o dispositivo mencionado, ao se utilizar da expressão “patrimônio público” fez referência ao sentido restrito do termo, que engloba somente o patrimônio econômico-financeiro da Administração<sup>28</sup>. Contudo, no seu entender, o instituto da improbidade administrativa visa proteger um sentido mais

---

28 ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 29ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Forense, 2016. p. 992

amplo do termo “patrimônio público”, que engloba a moralidade da Administração Pública.

Na visão da autora, além dos danos ao patrimônio econômico, a ação de improbidade administrativa também reprime condutas lesivas ao patrimônio moral da Administração Pública. Assim, a dispensa da presença de lesão ao patrimônio público, prevista no art. 21, I, da Lei 8.429/92, apenas autorizaria que o ato de improbidade administrativa pode se caracterizar sem a ocorrência de dano econômico-financeiro ao Poder Público, mas isso não quer dizer que a configuração da improbidade prescindiria do elemento dano. No seu entender, qualquer modalidade de improbidade administrativa exige que o ato seja danoso, mesmo que a lesão ocorra no patrimônio moral da Administração”<sup>29</sup>.

Marcelo Figueiredo adota posição semelhante no sentido de que seria um contrassenso punir o agente sem que houvesse qualquer tipo de prejuízo, mesmo moral<sup>30</sup>. De acordo com este autor, a Lei de Improbidade pune não somente atos dos quais decorram prejuízos materiais à Administração, mas também aqueles que resultem em alguma lesão ou violação à moralidade administrativa. Assim, ausente qualquer tipo de prejuízo ou lesão à Administração

---

29 ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 29ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Forense, 2016. p. 992

30 FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6ª edição, atualizada e revisada. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 239.

Pública, inexistiria interesse jurídico em reprimir a conduta do agente público<sup>31</sup>.

A existência de um dano como requisito para configuração da improbidade administrativa é questionada por Marcelo Harger. Na sua concepção a formação do ato de improbidade, independentemente da existência de dano, é possível nas hipóteses previstas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92, sendo o elemento dano exigido somente nos tipos de improbidade elencados no art. 10 do diploma”<sup>32</sup>.

Em que pese o respeito às posições mencionadas, entende-se que a ocorrência de dano só é exigível na modalidade prevista na art. 10 da Lei de Improbidade. O conceito amplo de patrimônio público incorporado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Marcelo Figueiredo parece se assimilar com a noção de ilegalidade, pois bastaria o mero enquadramento da conduta funcional em alguma das hipóteses de improbidade para que, de forma automática, a moralidade administrativa fosse lesada, numa espécie de dano presumido.

Ademais, os termos “dano à moralidade administrativa” ou “lesão ao patrimônio moral” não possuem um conceito claramente determinado, o que dificultaria sobremaneira o trabalho do operador jurídico na tipificação da conduta do agente público nas hipóteses de improbidade.

---

31 FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6ª edição, atualizada e revisada. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 238-239

32 HARGER, Marcelo. **Improbidade Administrativa: comentários à lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 116

De fato, seria extremamente dificultoso definir em que situações um ato tipificado como ímprobo viola ou não a moralidade administrativa., a não ser que se parta da premissa que a mera tipificação da conduta como ímproba já resulta em um dano à moralidade.

Nesse aspecto, nos parece mais acertado o entendimento de José Roberto Pimenta Oliveira e Fábio Medina Osório que fazem remissão, respectivamente, à relevância da ofensa ao bem jurídico tutelado e ao desvalor do resultado da ação. PIMENTA OLIVEIRA compreende não ser qualquer ofensa à probidade administrativa que configura um ato de improbidade administrativa. No seu entender, condutas ilegais tipificadas como ímprobadas podem não ser reprimidas pelo sistema de normas da Lei de Improbidade, se o seu nível de agressão aos bens jurídicos tutelados não for relevante<sup>33</sup>.

Fábio Medina Osório segue a mesma linha ao sustentar que o desvalor do resultado da conduta tipificada como ímproba constitui um fator determinante para a configuração da improbidade administrativa<sup>34</sup>. Na visão deste autor, a conduta do agente deve se submeter a uma valorização em que o operador jurídico analisará o contexto

---

33 PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 281-282.

34 OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 244.

fático que norteou o comportamento do agente, a fim de se extrair, por meio do postulado da proporcionalidade, o grau de reprovação da conduta tipificada como ímproba<sup>35</sup>.

Desse modo, a configuração das modalidades de improbidade administrativa irá depender do nível de reprovabilidade da conduta do agente público. Se a ponderação realizada sobre a conjuntura fática que permeou o comportamento do agente público demonstrar que a sua conduta, tipificada como improbidade pela Lei 8.429/92, não possui uma reprovabilidade extraordinária, então não se terá constituído o ato de improbidade administrativa.

Tal conclusão deriva diretamente do princípio da insignificância, que funciona como causa de afastamento da tipificação da conduta quando os seus efeitos forem irrelevantes para a entidade afetada. Assim, concluímos que a ocorrência de dano só constitui requisito essencial para a configuração da modalidade de improbidade administrativa disposta no art. 10 da Lei 8.429/92. O requisito geral configurador de todas as modalidades de improbidade administrativa é o grau de reprovabilidade da conduta do agente público.

Com isso, completa-se o rol de elementos configuradores dos atos de improbidade administrativa: (i) a conduta comissiva ou omissiva ilícita; (ii) a tipicidade; (iii) o sujei-

---

35 OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 245.

to passivo; (iv) o sujeito ativo; (v) o elemento subjetivo do dolo e, excepcionalmente, da culpa; e (vi) a reprovabilidade extraordinária da conduta do agente.

## **6. O entendimento jurisprudencial acerca dos elementos configuradores da improbidade administrativa**

Os requisitos essenciais para configuração dos atos de improbidade administrativa também têm sido objeto de ampla discussão no âmbito jurisprudencial. Nos últimos anos, o Superior Tribunal de Justiça tem realizado esforços no sentido de uniformizar um posicionamento acerca da improbidade administrativa e as suas modalidades previstas na Lei 8.429/92.

No julgamento da AIA 30/AM<sup>36</sup>, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavaski, a Corte Especial do Tribunal enfrentou a questão relativa à distinção entre atos meramente ilegais e atos ímprobos. A lide versava sobre a configuração de atos de improbidade, na modalidade prevista no art. 11 da Lei 8.429/92, praticados pela Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região quando da edição de Portarias que determinaram o afastamento sumário de juiz substituto do exercício regular de suas funções.

No julgamento, os Ministros, de forma unânime, entenderam que o Ministério Público Federal, então proponente da ação, não cumpriu com o ônus de demonstrar o

---

36 AIA 30/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavaski, Corte Especial, julgado em 21.09.2011, DJe 28.09.2011

elemento dolo na conduta praticada. Sem o elemento subjetivo, as condutas relatadas na ação constituíam apenas atos eivados de ilegalidade, o que afastava a incidência das prescrições da Lei 8.429/92.

A Corte entendeu que não é qualquer ato violador dos princípios constitucionais da Administração Pública que constitui uma improbidade administrativa. Para que a conduta ilegal seja elevada à categoria de ato ímprobo é imprescindível que estejam presentes todos os requisitos essenciais da improbidade. No que concerne ao elemento subjetivo, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que as hipóteses descritas nos art. 9º e 11 da Lei 8.429/92 prescindem do dolo do agente público, ao passo que a modalidade do art. 10 pode se materializar com base em um comportamento culposo grave.

No Recurso Especial nº 1.528.102/PR<sup>37</sup>, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, por exemplo, ressaltou-se que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 requer a demonstração de dolo, assim entendido como a simples vontade consciente de realizar a conduta que produzirá os resultados vedados pela norma jurídica ou a simples anuência aos resultados contrários ao Direito.

Outros precedentes que incluíram este raciocínio em sua fundamentação foram: AgRg no AREsp 297.450/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2. T., julgado em

---

37 Resp 1528102/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, 2. T., julgado em 02.05.2017, DJe 12.05.2017

16.05.2017, DJe 23.05.2017; AgInt no AREsp 848373/GO, Rel. Min. Herman Benjamin, 2. T., julgado em 04.04.2017, DJe 24.04.2017; AgInt no REsp 1624885/RS, Rel. Min. Og Fernandes, 2. T., julgado em 16.03.2017, DJe 24.03.2017; AgInt no AREsp 755082/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1. T., julgado em 27.10.2016, DJe 22.11.2016.

No caso dos atos de improbidade decorrentes de prejuízo ao erário, o Superior Tribunal de Justiça tem compreendido que a configuração da modalidade culposa só é possível quando fundada em uma culpa grave do agente. Na apreciação do AgInt no Resp 1580128/SP<sup>38</sup>, o Ministro relator Mauro Campbell Marques assentou como requisitos essenciais para configuração das condutas de improbidade arroladas no art. 10 da Lei 8.429/92 o prejuízo ao erário e o elemento subjetivo, consistindo no dolo ou na culpa grave.

Por sua vez, no AgRg no AResp 77103/PR<sup>39</sup>, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, a Corte manteve o acórdão do Tribunal *a quo* que condenou um ex-prefeito por improbidade administrativa fundada em culpa grave. No caso, o agente público ímprobo, enquanto exercente do mandato de Prefeito Municipal determinou a distribuição de 6.000 exemplares da Revista Comemorativa aos 60 anos do Município, na qual se dava amplo

---

38 AgInt no Resp 1580128/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2. T., julgado em 17.11.2017, DJe. 23.11.2016.

39 AgRg no AResp 77103/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1. T., julgado em 01.10.2013, DJe 24.03.2014.

destaque as suas gestões, fato que configurou propaganda eleitoral às custas do erário.

Diante desse quadro fático, a Corte concluiu que mesmo que não tenha havido a intenção dolosa do agente público de se promover com a distribuição das Revistas, a situação fática levava à conclusão de que a sua conduta foi fundada em, no mínimo, uma culpa grave.

No AgInt no AREsp 413498/DF<sup>40</sup>, de relatoria da Ministra Regina Helena Costa, a Primeira Turma do Tribunal delineou a culpa grave como sendo “*aquela que decorre de uma conduta anterior dolosa*”. Nota-se, portanto, que a compreensão quanto ao conceito de culpa grave se aproxima do elencado pela doutrina, no sentido de ser aquele comportamento que se aproxima, sobremaneira, de uma conduta dolosa.

Acerca dos sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, a Reclamação 2790/SC<sup>41</sup>, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, criou uma exceção ao conceito de agentes públicos descrito no art. 2º da Lei 8.429/92, ao assentar que os atos de improbidade administrativa praticados pelo Presidente da República não estão sujeitos às penalidades dispostas no diploma de improbidade. De acordo com o Tribunal, o inciso V, do art. 85, da Consti-

---

40 AgInt no AREsp 413498/DF, Rel. Min. Regina Helena Costa, 1. T., julgado em 16.03.2017, DJe 24.03.2017.

41 Rcl 2790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 02.12.2009, DJe 04.03.2010.

tuição Federal, classifica como crime de responsabilidade os atos praticados pelo Presidente da República contra a “probidade na administração”, o que remete à conclusão de que qualquer ato de improbidade cometido pelo Presidente se submeterá ao regime sancionatório dos crimes de responsabilidade, e não ao corpo de normas da Lei 8.429/92.

Outro ponto que mereceu análise do Superior Tribunal de Justiça foi o papel do dano na configuração das modalidades de improbidade administrativa. Nesse caso, o Tribunal construiu um entendimento no sentido de que o dano só é elemento essencial para a configuração da modalidade de improbidade prevista no art. 10 da Lei de Improbidade.

No julgamento do Recurso Especial 1412214/PR<sup>42</sup>, a Corte fixou a tese de que não há a necessidade de lesão ao patrimônio público em ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito. Entendeu-se, no caso, que a demonstração da incompatibilidade entre os vencimentos e o incremento patrimonial do acusado era medida suficiente para materializar o ato de improbidade, sendo dispensável a comprovação de eventual dano ao erário.

Da mesma forma, no Recurso Especial nº 1192758/MG<sup>43</sup>, a Primeira Turma do Tribunal entendeu que o art. 11 da Lei 8.429/92 dispensa a apuração de efetivo

---

42 Resp 1412214/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1. T., julgado em 08.03.2016, DJe 28.03.2016.

43 Resp 1192758/MG, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1. T., julgado em 04.09.2014, DJe 15.10.2014.

dano ao erário para a configuração da modalidade de improbidade ali prevista. No caso, a Corte concluiu ser incabível o não recebimento de ação de improbidade, fundamentada no art. 11 da Lei de Improbidade, com base no argumento de que não há indícios de prejuízo ao patrimônio público.

Por fim, cumpre ainda ressaltar que a reprovabilidade da conduta dos agentes ímprobos tem sido utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça como um elemento para a realização da dosimetria das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, e não para a configuração do ato de improbidade administrativa. Esse foi o posicionamento adotado no Recurso Especial 1130198/RR<sup>44</sup>, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que a Primeira Turma do Tribunal assentou que a pena do agente ímprobo deve levar em conta a lesividade e a reprovabilidade da conduta praticada.

## **7. Conclusões**

As considerações lançadas ao longo deste ensaio demonstram que a identificação de elementos gerais que se aplicam às três modalidades de improbidade administrativa descritas na Lei 8.429/92 não encontra calmaria no âmbito doutrinário. A falta de um conceito legal de ato de improbidade administrativa aliada às dessemelhanças das

---

44 Resp 1130198/RR, Rel. Min. Luiz Fux, 1. T., julgado em 02.12.2010, DJe 15.12.2010.

hipóteses de atos de improbidade, são fatores que colaboram para as divergências registradas neste trabalho.

Em que pese tal contexto, entendemos ser possível identificar ao menos seis requisitos essenciais para a configuração dos atos de improbidade administrativa, são eles: (i) conduta comissiva ou omissiva ilícita; (ii) tipicidade; (iii) sujeito passivo; (iv) sujeito ativo; (v) elemento subjetivo composto pelo dolo e, excepcionalmente, pela culpa grave e; (vi) a reprovabilidade da conduta.

Neste cenário, salientamos como os elementos que mais geram controvérsias na doutrina e na jurisprudência o elemento subjetivo e a reprovabilidade da conduta. A constitucionalidade da previsão do art. 10 da Lei de Improbidade que positivou a modalidade culposa da improbidade é questionada por parcela de estudiosos da matéria. Muitos autores aludem que abrir esta possibilidade significaria reprimir o simples erro funcional ou o defeito não intencional do agente público no exercício da sua função administrativa.

Balizados na corrente doutrinária majoritária e no entendimento jurisprudencial, concluímos que a modalidade culposa é admitida pela Constituição na hipótese de improbidade decorrente de dano ao erário, mas somente nas hipóteses em que a conduta do agente ímprobo estiver fundada em uma culpa grave que, além de se caracterizar como verdadeiro desleixo com o zelo do patrimônio público, também resulta em uma lesão séria e relevante à Admi-

nistração Pública. Se a conduta não gerar um dano grave ao erário, entendemos que seja o caso de punir o agente com outras medidas menos rigorosas que as sanções previstas na Lei de Improbidade.

Quanto à reprovabilidade da conduta, entendemos que a configuração das modalidades de improbidade administrativa irá depender do nível de reprovabilidade. Se a ponderação realizada sobre a conjuntura fática que permeou o comportamento do agente público demonstrar que a sua conduta, tipificada como improbidade pela Lei 8.429/92, não possui uma reprovabilidade extraordinária, então não se terá constituído o ato de improbidade administrativa.

Por fim, afastamos as posições doutrinárias que elencam o dano como um requisito geral de materialização dos atos de improbidade, por entendermos que o conceito amplo de patrimônio público adotado por esta corrente doutrinária para se defender a existência de lesão ao patrimônio moral da Administração em todas as modalidades de improbidade, identifica-se com a ideia de ilicitude. De acordo com essa concepção, o mero enquadramento da conduta do agente em algumas das hipóteses de improbidade já resultaria, automaticamente, em uma lesão ao patrimônio moral da Administração, numa espécie de dano presumido.

Ademais, a imprecisão dos termos “moralidade administrativa” ou “patrimônio moral da Administração” traria dificuldades ao operador jurídico no momento da verificação da subsunção do tipo à conduta supostamente ímproba

do agente, pois sem um conceito claro não haveria como constatar se a conduta do agente está ou não lesando a moralidade da Administração. Por essa razão, concluímos que o dano constitui um elemento essencial somente para configuração da modalidade de improbidade prevista no art. 10 da Lei 8.429/92.

### **Referência Bibliográficas**

ASFOR ROCHA, Cesar. **Breves reflexões críticas sobre a ação de improbidade administrativa**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6ª edição, atualizada e revisada. São Paulo: Malheiros, 2009.

HARGER, Marcelo. **Improbidade Administrativa: comentários à lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SEQUEIRA DE CERQUEIRA, Luis Otávio. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 29ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Forense, 2016.