

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

TAMIRIS SCHUNCK SANTANA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA MODALIDADE
CULPOSA CONTIDA NO ARTIGO 10 DA LEI DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

**GUARAPARI - ES
2018**

**TAMIRIS SCHUNCK SANTANA
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA MODALIDADE
CULPOSA CONTIDA NO ARTIGO 10 DA LEI DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito das
Faculdades Doctum de Guarapari,
como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Msc. Umbertino
Antônio de Carvalho Neto.**

**GUARAPARI - ES
2018**

FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA MODALIDADE CULPOSA CONTIDA NO ARTIGO 10 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, elaborado pela aluna TAMIRIS SCHUNCK SANTANA foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Guarapari, 22 de junho 2018.

Prof. Umbertino Antônio de Carvalho Neto
Faculdades Doctum de Guarapari
Orientador

Prof. Antônio Ricardo Zany
Faculdades Doctum de Guarapari

Prof. Fabrício da Mata Corrêa
Faculdades Doctum de Guarapari

À minha família, pela compreensão, apoio
e amor incondicional.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA MODALIDADE CULPOSA CONTIDA NO ARTIGO 10 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Tamiris Schunck Santana¹

Umbertino Antônio de Carvalho Neto²

RESUMO

O presente estudo analisa a constitucionalidade da modalidade culposa contida na Lei de Improbidade Administrativa - LIA, em seu artigo 10. Tem por objetivo apreciar a desproporcionalidade entre o dano ao erário culposo e a sanção prevista na LIA. À luz do princípio da proporcionalidade, princípio este que limita o direito de punir do Estado, percebe-se que a culpa, em sentido estrito, não configura ato de improbidade administrativa, em especial, o ato culposo que gera prejuízo ao erário. A pesquisa é, quanto aos fins, do tipo descritiva, pois busca-se interpretar e analisar os dados sem que haja, no entanto, intenção de interferi-los ou manipulá-los. E, com relação aos meios utilizados e ao tratamento de dados, o estudo se centrou no tipo bibliográfico, com análise de livros e artigos indexados nas principais bases de conhecimento disponíveis.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Culpa. Princípio da Proporcionalidade. Inconstitucionalidade.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo, o homem tem buscado aprimorar as formas de organização social e a dinâmica da Administração Pública. Da mesma forma, a tipificação de atos contrários ao funcionamento da máquina pública também sofreu modificações sensíveis, a fim de garantir maior lisura à atividade estatal administrativa, impedindo uma atuação imoral dos agentes públicos.

Uma vez que o Poder Público é orientado por princípios constitucionais do Direito Administrativo brasileiro, como o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, entende-se que os agentes políticos não podem

¹ Graduanda em direito. E-mail: tamiris.schunck@hotmail.com.

² Mestre em segurança pública, Especialista em Direito Médico e em Políticas Públicas. E-mail: carvalho_netto156@yahoo.com.br.

atuar de forma pessoal, isto é, defendendo interesses particulares, devendo seus atos serem restritos ao preceito legal.

Com base nesse contexto, o estudo em comento, tem como objetivo principal analisar os atos de improbidade administrativa praticados pelos agentes públicos, em específico, no que se refere à modalidade culposa prevista no artigo 10 da Lei nº 8.429/1992.

No que tange os aspectos metodológicos, a pesquisa tem por fins metodológicos o caráter descritivo, isto é, visa retratar características do objeto estudado, através da abordagem qualitativa e da análise bibliográfica, permitindo um amplo e detalhado conhecimento acerca do problema e do objeto de estudo.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Improbidade administrativa

2.1.1 Conceito

Embora caracterizado em normativa própria – Lei nº 8.429, de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA) – o ato ímprobo não encontra única formulação conceitual, nem legal nem doutrinária, variando de acordo com os autores e o resgate etimológico.

De acordo com Rocha (2008, p.141), “a palavra ímprobo é derivada do latim *improbus*, tendo o sentido mau, perverso, corrupto, desonesto. Já a palavra improbidade, também do latim *improbitas*, significa má qualidade, malícia, no sentido de conduta administrativa corrupta”. Por outro lado, Oliveira (2017, p. 978), mencionando a dificuldade em se conceituar a improbidade, traz o termo como sendo derivado do “latim *improbitate*, que significa imoralidade, desonestidade”.

Além da origem etimológica, em linhas gerais, há autores que conceituam a probidade administrativa a partir da sua relação com a moralidade administrativa, o que não significa convergência de entendimento. Nesse sentido, pondera Di Pietro (2014, p. 899):

Não é fácil estabelecer distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a

ideia de honestidade na Administração Pública. Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

De modo elucidativo, Carvalho Filho (2017, p. 599) menciona que, apesar de alguns autores entenderem serem distintos os sentidos das expressões e outros considerarem que o sentido de probidade é mais amplo que o de moralidade,

De um lado, é indiscutível a associação de sentido das expressões, confirmadas por praticamente todos os dicionaristas; de outro, parece-nos desnecessário buscar diferenças semânticas em cenário no qual foram elas utilizadas para o mesmo fim – a preservação do princípio da moralidade administrativa. Decorre, pois, que, diante do direito positivo, o agente ímprobo sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade.

Assim, a improbidade administrativa está intimamente vinculada com o princípio da moralidade administrativa, princípio contido no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, o qual vincula a Administração Pública Direta e Indireta, (MAZZA, 2013). Da mesma forma, a improbidade administrativa procede tanto da desonestidade e da deslealdade, quanto da inidoneidade ou da incompetência do agente público no desempenho de suas tarefas funcionais.

Avença Di Pietro (2014) que a previsão constitucional do princípio da moralidade administrativa refletiu a preocupação com a ética na Administração Pública, bem como o combate à corrupção na esfera pública. Outra preocupação latente foi a impunidade dos agentes públicos, isto porque a inserção do princípio da moralidade estendeu a abrangência da improbidade administrativa, a qual passou a punir demais infrações, não apenas o enriquecimento ilícito, além de ampliar o rol de sujeitos às demais categorias de servidores públicos, e não apenas os agentes políticos.

Com efeito, enquanto a moral comum é orientada por uma distinção puramente ética, entre o bem e o mal, distintamente a moral administrativa é orientada por uma diferença prática entre a boa e a má administração (MOREIRA NETO, 2014). Através do princípio da moralidade, cabe aos agentes políticos, observar a legalidade de seus atos, ajustar suas condutas em conformidade com os preceitos morais e éticos, bem como agir com honestidade e boa-fé (MARTINS JUNIOR, 2011).

Portanto, o agente político deve servir a administração pública com honestidade, exercendo sua função sem se aproveitar do poder ou facilidade que dela decorram para proveito pessoal ou de quem queira favorecer, isto se define por ser a “probidade administrativa”, que consiste no não cumprimento do ato negativo que é impregnado de desrespeito, este caracteriza a improbidade administrativa, que é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao desonesto (MARTINS JUNIOR, 2011).

Para Neves e Oliveira (2014) os atos de improbidade administrativa e o princípio da juridicidade estão intimamente relacionados, uma vez que, presentes os requisitos contidos na Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 a violação de princípio jurídico, pode configurar ato ímprobo.

Neste sentido, compreende-se a improbidade administrativa como o ato ilegal contrário aos princípios basilares da Administração Pública – sobretudo a legalidade e moralidade – cometido por agente público, durante o exercício de função pública ou em sua decorrência.

2.1.2 Tipologia da Improbidade Administrativa

O texto constitucional de 1988, em seu artigo 37, §4º, apresenta as penalidades a serem aplicadas à prática de ato ímprobo, quais sejam, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

Para tanto, tal norma tornou-se juridicamente aplicável através da promulgação da Lei nº 8.249, de 02 de junho de 1992, a Lei da Improbidade Administrativa, a qual delineou as sanções previstas na norma constitucional, bem como concretizou o princípio da moralidade administrativa (MAZZA, 2014).

A Lei de Improbidade Administrativa, de forma ampla, apresentou um rol exemplificativo de condutas que configuram os atos de improbidade administrativa, demonstrando que a inteligência da norma em questão está no resultado das ações, e não no simples enquadramento verbal. Nesse sentido, Neves e Oliveira (2014, p.74) explica que a referida lei utiliza-se da “expressão ‘notadamente’, o que demonstra que outras condutas também podem ser enquadradas nos referidos tipos de improbidade”. Da mesma forma, Di Pietro (2014, p. 916) sustenta que, “embora a

lei, nos três dispositivos, tenha elencado um rol de atos de improbidade, não se trata de enumeração taxativa, mas meramente exemplificativa”.

Não obstante, o art. 52 da Lei 10.257/2001- Estatuto da Cidade prevê punição aos prefeitos pela prática dos seguintes atos de improbidade:

Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando:

- I – (VETADO)
- II – deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no § 4º do art. 8º desta Lei;
- III – utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei;
- IV – aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei;
- V – aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no § 1º do art. 33 desta Lei;
- VI – impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei;
- VII – deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei;
- VIII – adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado.

Os artigos 9º à 11 da Lei de Improbidade Administrativa trazem previsão quanto aos atos ilícitos que configuram improbidade administrativa, os quais foram divididos em três tipos, conforme a seguir:

2.1.2.1 *Atos que importam enriquecimento ilícito*

Os atos que importam enriquecimento ilícito previstos no artigo 9º, da Lei 8.249/1992, são aqueles que consistem no recebimento de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades pública.

Preceitua Carvalho Filho (2017, p. 604) que “não há objeção a que o indivíduo se enriqueça, desde que o faça por meios lícitos. O que a lei proíbe é o enriquecimento ilícito, ou seja, aquele que ofende os princípios da moralidade e da probidade”. Em sendo assim, havendo observância aos princípios que regem a Administração Pública, não há que se falar em enriquecimento ilícito por parte do agente público.

Havendo o recebimento de vantagem patrimonial indevida, ainda que não haja dano ao erário, há a configuração do enriquecimento ilícito. No entanto, a promessa de recebimento ou o recebimento de vantagem sem o caráter patrimonial, não caracterizam enriquecimento ilícito (NEVES e OLIVEIRA, 2014). Portanto, a promessa de recebimento não é punível uma vez que não houve a consumação do ato ímprobo do enriquecimento ilícito. Ademais, a vantagem percebida deve possuir condão patrimonial, conforme própria redação contida no dispositivo legal em questão, o qual resulta em condição sem a qual não haveria consumação do ato de improbidade.

É importante, também, que se faça a devida distinção entre enriquecimento ilícito e o enriquecimento sem causa. A principal diferença refere-se a ocorrência do ato ilícito, uma vez que, no enriquecimento sem causa, o sujeito ativo acresce seu patrimônio em decorrência de dano suportado pelo sujeito passivo, o que nem sempre gera prejuízo à máquina pública.

No que se refere à natureza do tipo, a conduta do enriquecimento ilícito é comissiva, uma vez que é incabível o recebimento de vantagem indevida, pelo agente, de forma omissiva (CARVALHO FILHO, 2017).

Desta forma, o recebimento, em caráter patrimonial, de vantagem indevida configura ato de improbidade que importa enriquecimento ilícito pelo agente público, o qual decorre, comumente, do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade pública.

2.1.2.2 Atos que causam prejuízo ao erário

Os atos que causam prejuízo ao erário previstos no artigo 10º, da Lei 8.249/1992, são aqueles que ensejam perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres da Administração Pública.

Para tanto, é preciso distinguir as condutas que compõem o caput do artigo 10, da Lei de Improbidade. A perda patrimonial refere-se à lesão, em sentido amplo, do patrimônio, ao passo que o desvio refere-se ao inadequado direcionamento dos bens ou haveres. Já a apropriação concerne à indevida transferência da propriedade. O malbaratamento está relacionado ao desperdício, à venda com prejuízo, enquanto a dilapidação faz alusão à destruição dos bens (CARVALHO FILHO, 2017).

Nesse tipo de ato ímprobo, ainda que, eventualmente, haja enriquecimento ilícito do agente, a ilicitude do ato se concretiza com prejuízo aos cofres públicos (MAZZA, 2014).

Os atos que causam prejuízos ao erário podem ser praticados culposamente, ainda que a regra seja o dolo do agente público ou do terceiro (OLIVEIRA, 2017). Assim, diferentemente dos atos que importam enriquecimento ilícito, os atos que acometem o erário admitem condutas omissivas e comissivas (CARVALHO FILHO, 2017).

Portanto, o ato de improbidade administrativa que importa prejuízo ao erário decorre de condutas que venham a lesionar, diretamente, os cofres públicos, bem como de atos que direcionam e transferem, inadequadamente, do patrimônio público. Necessário considerar, ainda, que o desperdício e a malversação dos bens e haveres, também possuem a capacidade de lesionar o erário.

2.1.2.3 Atos que atentam contra os princípios da Administração Pública

Os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública previstos no artigo 11, da Lei 8.249/1992, são aqueles que violam os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições que, dada sua complexidade, atinge diversos atos administrativos (DI PIETRO, 2014). Nesta premissa, pontua Neves e Oliveira (2014, p. 83):

O pressuposto essencial para configuração do ato de improbidade, no caso, é a violação aos princípios da Administração Pública, independentemente do enriquecimento ilícito do agente ou de lesão ao erário. Exemplo: contratar servidor público, sem concurso público, salvo nas hipóteses constitucionais em que a regra é afastada, tal como ocorre com os ocupantes de cargos em comissão, os servidores temporários, dentre outras exceções.

Ademais, a violação aos princípios deve ser conjugada com a comprovação do dolo do agente e o nexo de causalidade entre a ação/omissão e a respectiva violação ao princípio aplicável à Administração.

Com a efetivação dos princípios administrativos, surgem tipos legais relacionados à violação destes, configurando, assim, a improbidade administrativa por ofensa ao princípio da legalidade (CARVALHO FILHO, 2017). Não obstante, a inobservância aos demais princípios aplicáveis à Administração Pública, pode constituir ato de improbidade administrativa (DI PIETRO, 2014).

Isto posto, deve-se destacar que diversos são os princípios que regem a Administração Pública. Logo, a inobservância de quaisquer destes princípios constitui ato de improbidade administrativa, uma vez que a previsão contida no dispositivo legal mencionado trata-se de rol exemplificativo.

2.1.3 Sujeitos da Improbidade Administrativa

Como visto anteriormente, ao trazer os atos que importam em improbidade, a norma distintiva deixa evidente que o fim a que se propõe é a proteção da Administração Pública, na acepção mais abrangente possível. Desse modo, importa demonstrar quem a lei identifica como sujeito passivo do ato violador e, por outro lado, quem está submetido às sanções pela sua prática.

Inicialmente, verifica-se que os sujeitos do ato ímprobo, seja o ativo ou o passivo, possuem um liame, isto porque o ato de improbidade administrativa se configura com a prática do ato danoso pelo sujeito ativo, em face do sujeito passivo (OLIVEIRA, 2017).

O artigo 1º da Lei nº 8.249/1992, apresenta o rol de sujeitos passivos dos atos de improbidade como sendo a Administração Pública direta ou indireta (União, estado, município, território, Distrito Federal e Autarquia) ou pessoa jurídica de direito privado (Empresa Pública, Sociedade de Economia Mista, empresa com envolvimento de capitais públicos), além das entidades que recebem subvenção, benefício ou incentivo de origem público, bem como aquelas cuja criação ou custeio o erário concorra.

Com relação aos sujeitos ativos, os artigos 2º e 3º da LIA elencam os agentes públicos e o terceiro, respectivamente, como possíveis autores ímprobos. Para tanto, o legislador define a figura do agente público através do agente político, o servidor público e os militares – uma vez que estes não compõem, didaticamente, o rol de servidor público –, além dos particulares que cooperam com o Poder Público (DI PIETRO, 2014).

Sobre a responsabilização dos particulares, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, informando que não poderão configurar no polo passivo de forma isolada, exigindo-se que haja a presença de um agente público, conforme a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. AUSÊNCIA DE INCLUSÃO DE AGENTE PÚBLICO NO PÓLO PASSIVO. **IMPOSSIBILIDADE DE APENAS O PARTICULAR RESPONDER PELO ATO ÍMPROBO**. PRECEDENTES. 1. Os particulares que induzam, concorram, ou se beneficiem de improbidade administrativa estão sujeitos aos ditames da Lei nº 8.429/1992, não sendo, portanto, o conceito de sujeito ativo do ato de improbidade restrito aos agentes públicos (inteligência do art. 3º da LIA). 2. Inviável, contudo, o manejo da ação civil de improbidade exclusivamente e apenas contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda. 3. Recursos especiais improvidos. (STJ - REsp: 1171017 PA 2009/0242733-1, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 25/02/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/03/2014). (grifo nosso)

Da mesma forma, em que pese a existência de discordância doutrinária – e não é o intento desta pesquisa –, o STJ (2011)³ também já decidiu no sentido de considerar passível das sanções da LIA os membros da Magistratura, pois não estão no rol de sujeição da Lei nº 1.079/50 (Lei dos Crimes de Responsabilidade). Na mesma esteira, Di Pietro (2014, p. 911) demonstra que “os membros da Magistratura, do Ministério Público e do Tribunal de Contas incluem-se também como sujeitos ativos, sejam eles considerados servidores públicos, como querem alguns, ou agentes políticos, como preferem outros”.

Desse modo, verifica-se que o legislador, de forma minuciosa, tornou o rol de sujeitos ativos da LIA bastante amplificado, de modo a contemplar as demais categorias de agentes públicos, não apenas o agente político, para que a Administração Pública pudesse resguardar-se perante seus agentes.

2.2 Elemento subjetivo e a lei de improbidade administrativa

A Lei de Improbidade Administrativa, com intuito de regular a previsão constitucional contida no artigo 37, § 4º, preceitua nos artigos 9º a 11 da Lei nº 8.429/1992 os atos de improbidade administrativa (AMARAL, 2009). Não obstante o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, consagrar a responsabilidade objetiva do Estado, o dispositivo também prevê a responsabilidade subjetiva do agente público, trazendo o direito de regresso nos casos de dolo e culpa (LAUREANO, 2015).

³ STJ - REsp: 1133522 RN 2009/0065469-4, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 07/06/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/06/2011.

Para tanto, a configuração do ato ímprobo depende da análise do elemento subjetivo deste ato, qual seja, o dolo ou a culpa do sujeito ativo. De modo geral, sem adentrar na especificidade, neste momento, do que se percebe na LIA, a doutrina deixa claro que é essencial a análise dos elementos dolo ou culpa para a responsabilização, sob pena de incorrer na responsabilidade objetiva do agente, que não se admite no sistema jurídico pátrio (CARVALHO FILHO, 2017).

Assim, segundo Capez (2011, p. 223), dolo conceitua-se como “a vontade e a consciência de realizar os elementos constantes do tipo legal. Mais amplamente, é a vontade manifestada pela pessoa humana de realizar a conduta”. Não obstante, além da vontade e da consciência do agente, é preciso que este tenha conhecimento da conduta positiva ou negativa que está concretizando, bem como do seu liame com o resultado típico. É “a vontade livre e consciente dirigida ao resultado ilícito, ou mesmo a mera aceitação do risco de produzi-lo” (GARCIA; ALVES, 2011, p. 401). Portanto, o dolo reclama pelo volitivo de realizar a ação e efetivar o resultado.

Em relação à culpa, esta se refere à inobservância do dever de diligência. Trata-se da obrigação de adotar medidas de forma a não lesionar terceiros, o que se traduz no dever objetivo de cuidado (JESUS, 2011). Nesse sentido, Garcia e Alves (2013) conceituam a culpa como resultado ilícito decorrente da ausência de atenção e zelo na prática de um ato voluntário. Para realizar a adequação típica, Capez (2011, p. 230) defende que é “imprescindível que se proceda a um juízo de valor sobre a conduta do agente no caso concreto, comparando-a com a que um homem de prudência média teria na mesma situação”.

Desse modo, ainda que a conduta praticada seja ilegal, será necessário verificar a presença de culpa, dolo ou má-fé que comprovem a desonestidade do ato praticado. Isto porque, a rigidez das punições demonstra que o objetivo é penalizar condutas gravosas ao patrimônio público, em sentido *lato sensu*, ou que beneficiem indevidamente agente ou terceiros. (DI PIETRO, 2014). Para tanto, a Lei nº 8.429/1992 exige do sujeito ativo a conduta dolosa para a concretização dos atos de improbidade previstos nos artigos 9º e 11 da Lei nº 8.429/1992, e, ao menos, a conduta culposa para a configuração dos atos contidos no artigo 10 da mencionada lei.

3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Com relação aos procedimentos metodológicos, a pesquisa possui abordagem qualitativa visando à compreensão e a interpretação do fenômeno pesquisado. Esse tipo de método visa descrever e analisar a pesquisa de forma ampla, desenvolvendo-se de forma flexível e interativa, proporcionando assim uma relação direta do pesquisador com o seu objeto de estudo (GIL, 2002).

Quanto aos fins, o estudo proposto melhor se enquadra na pesquisa descritiva, pois se busca interpretar e analisar os dados sem que haja, no entanto, intenção de interferi-los ou manipulá-los, a fim de compreender o objeto de interesse em determinado contexto temporal e espacial (Selltiz, Cook e Wrightsman, 1987).

No que tange ao tratamento de dados, foi adotada a pesquisa bibliográfica. Esse tipo de pesquisa é desenvolvido a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Cuida-se de pesquisa desenvolvida exclusivamente a partir de fontes bibliográficas, com a contribuição de diversos doutrinadores renomados sobre o assunto (GIL, 2002). Para tanto, foram utilizadas doutrinas, artigos científicos e jurisprudências que abordam o assunto. Ademais, considerando a “ampla disseminação de materiais bibliográficos em formato eletrônico” (GIL, 2002, p. 68), foram utilizadas plataformas de indexação de artigos científicos e de dissertação e teses relacionadas ao âmbito jurídico.

4 RESULTADOS E DISCUSSÃO

4.1 DA MODALIDADE CULPOSA NOS ATOS ÍMPROBOS QUE LESIONAM O ERÁRIO

Ao analisar os atos de improbidade administrativa, contidas Lei nº 8.429/1992, verifica-se que os artigos 9º e 11, os quais se referem, respectivamente, ao enriquecimento ilícito e à violação aos princípios que regem à Administração Pública, abordam apenas a conduta dolosa do sujeito ativo, ao passo que, o artigo 10, admite a conduta dolosa ou culposa para a consumação dos atos que causam prejuízo ao erário.

No que concerne ao artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, verifica-se controvérsias – doutrinárias e jurisprudenciais – quanto à modalidade culposa prevista no mencionado dispositivo.

A intenção do legislador é a punição dos atos culposos que importam prejuízo ao erário, uma vez que estes são tão gravosos quanto aos dolosos, o que torna possível a aplicação das punições. Isto porque, determinadas condutas culposas, devido à repercussão que geram, têm maior gravidade que determinados atos que são praticados dolosamente (CARVALHO FILHO, 2017).

Desse mesmo raciocínio compartilha Decomain (2007), ao ponderar que o despreço pela coisa pública caracteriza imoralidade, uma vez que o agente deixa de agir com dedicação e, por esta razão, não protege o Erário de eventuais danos.

Em circunstância na qual o agente age de forma relapsa, o Superior Tribunal de Justiça, já se manifestou, informando que, o não agir do agente configura negligência, logo, improbidade administrativa, conforme ementa *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDUTA OMISSIVA QUANTO AO CUMPRIMENTO DE ACORDO, NA DEFESA DO MEIO-AMBIENTE. CARACTERIZAÇÃO DE ATO ÍMPROBO. ART. 10 DA LEI 8.429/1992. DOSIMETRIA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. No caso dos autos, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região entendeu configurado o ato de improbidade do art. 10 da Lei 8.429/1992, porque o recorrente, à época em que prefeito de Vila Velha/ES, por meio de conduta culposa, negligente, teria sido omissivo quanto à tomada de decisões necessárias ao cumprimento de acordo firmado antes mesmo do início de seu mandato eletivo, acordo necessário à defesa de área que se pretendia proteger ambientalmente. 2. Para a caracterização de atos de improbidade, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a conduta do agente deve ser dolosa para os atos descritos nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/1992; e dolosa ou culposa naqueles constantes do art. 10 da Lei 8.429/1992. 3. **Atentando-se para as premissas fáticas estabelecidas pelo Tribunal de origem, não há como se entender pela não configuração do ato de improbidade, uma vez que o não agir do prefeito, mesmo ciente da necessidade de ações para evitar maiores danos ambientais à área em questão, denota mesmo conduta negligente com a área que se queria preservada. [...].** 5. O acórdão recorrido registra que haveria omissão quanto à proteção da área da Lagoa do Cocal, o que permitiu ocupação irregular do terreno de marinha e, ainda, danos à flora, à fauna, ao solo e à água, tem-se por configurado o dano necessário à caracterização do ato ímprobo, uma vez que a negligência permitia a contínua degradação do patrimônio público, o que, em decorrência lógica, reflete no erário não só municipal, como federal. [...]. Recurso especial não conhecido. (REsp 1388405/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 12/02/2016). (grifo nosso).

Entendimento diverso possui Osório (1998), ao afirmar que através da culpa grave é possível a responsabilização de Parlamentares, Magistrados e membros do Ministério Público por danos causados ao erário em razão da inaptidão operacional destes, uma vez que seria ilógica a condenação justificada pela culpa simples. Assim, cumpre destacar que, a despeito das lesões suportadas pelo erário, a jurisprudência tem admitido condenações de atos ímprobos quando por culpa grave:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VÍCIOS FORMAIS NO PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE DESONESTIDADE NA CONDUTA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DOLO OU DA CULPA GRAVE DOS DEMANDADOS. - O Ministério Público Federal ajuizou a presente ação civil pública em face da Prefeitura Municipal de Paraibuna e da empresa Porto Vitória Ltda, sob a alegação da prática de condutas lesivas ao patrimônio público e violadoras da Lei n 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) - Embora a Lei nº 7.347/85 silencie a respeito, a r. sentença deverá ser submetida ao reexame necessário (interpretação analógica do art. 19 da Lei nº 4.717/65), conforme entendimento da 4ª Turma deste Tribunal e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - **Não se verifica a intenção manifesta de burlar a lei, tampouco a desonestidade na conduta, mas sim a inabilidade na gestão pública. Não configurado o dolo ou a culpa grave dos demandados, o afastamento da condenação é medida de Justiça** - Remessa oficial e apelação do Ministério Público Federal improvidas. (TRF-3 - Ap: 00062957720084036103 SP, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, Data de Julgamento: 07/02/2018, QUARTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA: 20/03/2018). (grifo nosso).

Destarte, deve-se ponderar que a gravidade da culpa refere-se à possibilidade do agente prever resultado e não à intenção do agente. Logo, se o dano suportado pelo erário for previsível ao homem médio, o sujeito incorrerá em ato de improbidade na modalidade de culpa grave.

4.1.1 Do Princípio da Proporcionalidade e a Responsabilização do Sujeito Ativo

A diferenciação de tratamento contida no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa gera divergências no meio jurídico. Para tanto, torna-se indispensável análise da conduta, seja ela dolosa ou culposa, de modo que haja proporcionalidade entre o dano e a sanção imposta.

Assim, o princípio da proporcionalidade, desempenha importante papel, uma vez que este princípio garante o equilíbrio entre os meios e os fins utilizados pela Administração Pública, conforme o caso concreto. Deste modo, a adoção de

medidas extremas pode ocasionar violação da legalidade e, conseqüentemente, à finalidade pública do ato (MARINELA, 2016). Para Mazza (2014, p. 103) “a proporcionalidade é um aspecto da razoabilidade voltado à aferição da justa medida da reação administrativa diante da situação concreta”. O que se pretende, portanto é evitar o descomedimento na atuação administrativa. .

Nesta perspectiva, Campelo (2016) defende que as críticas em torno da modalidade culposa dos atos administrativo se dão em razão das situações em que o agente atua de forma honesta, com a finalidade de alcançar o interesse público, porém, por inobservância dos trâmites legais, por exemplo, ocasiona lesão ao erário. Assim, considerando a ausência desígnio do agente em causar dano ao erário, a este não deveriam ser aplicadas sanções tão severas quanto àquelas aplicadas ao agente que age dolosamente, em sujeição aos princípios constitucionais da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade. Neste mesmo sentido, pondera Moyses (2012) de que o agente que, por incompetência, lesiona o erário deveria ser punido através do respectivo processo administrativo disciplinar e não por meio de sanções desproporcionais como aquelas contidas no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

Quanto à severidade das sanções previstas no texto constitucional, bem como na legislação infraconstitucional, Moyses (2012) argumenta, ainda, que a conceituação da improbidade administrativa não se limita à violação à ordem jurídica. É necessária ofensa à moralidade administrativa que tenha como consequência os atos previstos nos dispositivos legais 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Dessa forma, é desproporcional o emprego de sanção tão grave, como por exemplo, a suspensão de direitos políticos do agente que, por inaptidão, causou lesão ao erário. Isso porque se trata de ação atípica, uma vez que, a suspensão dos direitos políticos do sujeito, irá declará-lo como “não cidadão” (PINTO, 2011).

Não obstante, há argumentos de que a modalidade culposa contida no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa seria inconstitucional, tendo em vista que a mesma afronta a disposição contida no artigo 37, §4ª, da Constituição Federal de 1988, ao punir, não apenas o agente desonesto, como também aquele incapacitado. (NEVES, 2014).

Acepção semelhante possui Mattos (2005), ao considerar a locução “culposa” prevista no caput do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa inconstitucional, uma vez que ofende o texto constitucional contido no artigo 37, § 4º, já que as sanções às condutas ímprobas referem-se ao dolo, não havendo qualquer previsão quanto à análise da culpa daqueles atos.

Para que haja a configuração da culpa prevista no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária violação da boa-fé. Logo, a modalidade culposa não é compatível com o conceito normativo constitucional da espécie, uma vez que não há desonestidade do agente público (FERRAZ, 2017).

Por conseguinte, convincente se torna a afirmação de que a consumação do ato de improbidade administrativa culposo que importa prejuízo ao erário, e sua consequente condenação, afronta o princípio da proporcionalidade contido, implicitamente, na Constituição Federal de 1988, através do princípio do devido processo legal (STF,2012)⁴, haja vista não haver, no texto legal, distinção entre as sanções aplicáveis ao ato praticado dolosamente para àquele praticado de forma culposa, o que demonstra, manifestamente, a inconstitucionalidade da modalidade culposa prevista no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a alta complexidade de conceituar a improbidade administrativa, este artigo não buscou apenas apresentar conceitos e definições, mas, sobretudo, analisar a esfera jurídica e administrativa que permeia a improbidade sob à luz das doutrinas que embasam esse assunto e, assim, fornecer subsídios para novas pesquisas, além de proporcionar um olhar mais científico acerca do tema proposto.

Ao estudar as questões que versam sobre a Lei nº 8429/1992, verificou-se que a aplicação da mesma deve ser direcionada a todos que atuam de forma direta ou indireta na Administração Pública, não havendo qualquer distinção, uma vez que

⁴ STF - RE 374981 RS, Relator: Ministro CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 16/08/2012 – Pleno, Data de Publicação: 28/08/2012.

a corrupção é um mal que assola toda a sociedade, sem distinção de classes socioeconômicas, bem como dificulta o desenvolvimento de um país.

É importante ressaltar que a Lei nº 8.429/92 não define de forma concreta o termo improbidade administrativa, sendo assim, a lei define os atos que violam ou prejudicam a imparcialidade, a honestidade e legalidade, bem como os princípios constitucionais que se referem a probidade e a moralidade na esfera da Administração Pública. Neste sentido, a lei classificou os atos de improbidade em três tipologias distintas, a primeira que se refere aos atos que favorecem o enriquecimento ilícito; o segundo que abrange os atos que causam prejuízo ao erário; e, por último, os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, os quais estão, respectivamente, especificados nos artigos. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade.

Cumprido destacar, ainda, que dentre os dispositivos legais que abordam os atos de improbidade administrativa, apenas o artigo 10 da LIA prevê o tipo culposo, haja vista a essencialidade do dolo para consumação do ato ímprobo.

Portanto, são aplicáveis aos sujeitos que praticam atos ilícitos as sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992. No entanto, parte dos doutrinadores entende que a ausência de tratamento diferenciado entre as condutas culposas e dolosas tornam inconstitucional a modalidade por culpa, prevista no artigo 10 da mencionada lei, tendo em vista à violação ao princípio da proporcionalidade.

Desta forma, partindo da hipótese previamente estabelecida no projeto de pesquisa, restou-se confirmado que o melhor posicionamento é a inconstitucionalidade da modalidade culposa prevista no ato de improbidade que causa dano ao erário, haja vista afronta ao princípio constitucional infra citado.

THE (IN) CONSTITUTIONALITY OF THE CURIOUS MODE CONTAINED IN ARTICLE 10 OF THE LAW OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY

Tamiris Schunck Santana

Umbertino Antônio de Carvalho Neto

ABSTRACT

The present study analyzes the constitutionality of the culpable modality contained in the Law of Administrative Improbability - LIA, in its article 10. Its objective is to assess the disproportionality between the damage to the guilty treasury and the sanction provided in the LIA. In the light of the principle of proportionality, which limits the State's right to punish, it can be seen that guilt, strictly speaking, does not constitute an act of administrative impropriety, especially the wrongful act that causes harm to the treasury. The research is, as far as the ends, descriptive, because it seeks to interpret and analyze the data without, however, intending to interfere or manipulate them. And, with regard to the means used and the data processing, the study focused on the bibliographic type, with analysis of books and articles indexed in the main knowledge bases available.

Keywords: Administrative Improbability, Guilty, Principle of Proportionality, Unconstitutional.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Osternack. **O elemento subjetivo nas ações de improbidade administrativa:** uma análise do entendimento do STJ. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI79352,51045-O+elemento+subjetivo+nas+acoes+de+improbidade+administrativa+uma>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL, **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8429.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL, **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/leis_2001/L10257.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

CAMPELO, Vinícius Spíndola. **Considerações sobre a modalidade culposa de improbidade administrativa**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consideracoes-sobre-a-modalidade-culposa-de-improbidade-administrativa,55169.html>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)**. 15. ed. — São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo: Atlas, 2017.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. — São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAZ, Luciano. **Improbidade Administrativa e Dano ao Erário**. São Paulo: Enciclopédia Jurídica da PUCSP, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/108/edicao-1/improbidade-administrativa-e-dano-ao-erario>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. - São Paulo: Atlas, 2002.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 32. ed. — São Paulo: Saraiva, 2011.

LAUREANO, Leonardo Marcio. **Elemento Subjetivo dos Atos de Improbidade Administrativa: A (In)Aplicabilidade da Culpa e do Dolo**. Santa Catarina: Revista da Esmesc, 2015. Disponível em: <<https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/132>> Acesso: 12 maio 2018.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva 2011.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei n. 8.429/1992**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOYSES, Natália Hallit. **O art. 10 da Lei nº. 8.429/92: debates sobre a modalidade culposa de improbidade administrativa**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23072/o-art-10-da-lei-n-8-429-92-debates-sobre-a-modalidade-culposa-de-improbidade-administrativa/2>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção e Rafael Carvalho Rezende Oliveira. **Manual de improbidade administrativa**. 2.a ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev., atual. e ampl. — Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa: Observações sobre a Lei 8.429/92**. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

PINTO, Leonan Roberto de França. **Improbidade administrativa culposa: breve ensaio sobre o elemento “culpa” descrito no art. 10 da Lei nº 8.429/92**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9615&revista_caderno=4>. Acesso em: 06 jun. 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SELLTIZ, C.; COOK S. W.; WRIGHTSMAN, L. S. **Métodos de pesquisa nas relações sociais**. São Paulo: EPU, 1987

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1171017**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24973962/recurso-especial-resp-1171017-pa-2009-0242733-1-stj>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1388405/ES**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/122550234/stj-10-08-2016-pg-1431?ref=topic_feed>. Acesso em: 04 jun. 2018.

TRT-3, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Ap: 00062957720084036103 SP**. Disponível em: <<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/558022129/apelacao-civel-ap-62957720084036103-sp?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 07 jun. 2018.