

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ESTRUTURA JURÍDICA DOS TIPOS E CONTROLE JUDICIAL – UMA PERSPECTIVA DOGMÁTICA PARA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alberto Jorge C. de Barros Lima¹

Manoel Cavalcante de Lima Neto²

RESUMO

O presente artigo analisa a estrutura penaliforme dos tipos de improbidade administrativa descritos na lei brasileira de improbidade (Lei 8.429/92), legislação que se consolida como instrumento de combate a corrupção contra as instituições públicas em todas as esferas no Brasil. O objetivo dos autores – ambos trabalhando empiricamente com a matéria – é não só desvendar a estrutura do tipo da improbidade, valendo-se e adaptando a teoria jurídica do crime, do direito Penal, para a improbidade, como também, fornecer elementos mais seguros para o controle judicial dos atos de improbidade administrativa. A importação e adaptação de institutos penais para esfera da improbidade administrativa revelam-se tanto mais técnica quanto com mais garantias ao(s) acusado(s).

Palavras-Chaves: Atos de Improbidade Administrativa. Estrutura normativa dos tipos . Estrutura penaliforme. Controle judicial no Brasil.

ABSTRACT

This paper analyzes the criminal alike structure of the legal descriptions of the acts of administrative misconduct described in the Brazilian Statute of Administrative Misconduct (Law n.º 8.429/92), legislation that consolidates itself as an tool for combating the corruption against public institutions at all levels in Brazil. The authors' objective - both working empirically with the matter - is not only to unveil the structure of the legal description of the misconduct, using and adapting the legal theory of the crimes, from the Criminal Law to the misconduct, but also, to provide safer elements to the jurisdictional control of the acts of administrative misconduct. The importation and the

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (1987), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1999) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2006). Atualmente é professor adjunto, nível II da Universidade Federal de Alagoas (graduação e pós-graduação), professor do Centro Universitário Tiradentes - UNIT e professor da Escola Superior da Magistratura no Estado de Alagoas. Foi Juiz de Direito Presidente do 2º Tribunal do Júri de Maceió - Poder Judiciário do Estado de Alagoas por 10 anos, atualmente é Juiz da 17ª Vara Cível de Maceió (Fazenda Pública Estadual). Integrou no biênio 2007/09 o Conselho Estadual de Segurança Pública, inclusive presidindo o referido órgão interinamente. Foi Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça de Alagoas por três biênios (2007/2008; 2009/2010; 2011/2012). Exerce, atualmente, a função de Desembargador Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas, na classe dos Juizes de Direito (biênio 2013/2015). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, Direito Constitucional Penal, Criminologia e Eleitoral, atuando principalmente nos seguintes temas: princípios constitucionais penais, hermenêutica penal, teoria do crime, legitimidade do Direito Penal nas sociedades contemporâneas, violência, homicídios, poder político e exclusão social na cidade de Maceió.

² Mestre (2000) e Doutor (2005) em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Atualmente é juiz de direito - Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, professor adjunto da Universidade Federal de Alagoas e Professor do Centro Universitário Tiradentes - UNIT. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Tributário.

adaptation of the criminal institutes to the sphere of the administrative misconduct reveal themselves both more technical and with more guarantees to the defendant(s).

Keywords: Acts of administrative misconduct. Normative structure of the legal descriptions. Criminal alike structure. Jurisdictional control on Brazil.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata de pesquisa realizada pelos autores, inclusive a partir da própria realidade por eles enfrentadas não só acadêmica, mas forense, especialmente no julgamento de ações de improbidade, concebida com a finalidade de formatar um itinerário destinado ao controle judicial dos atos de improbidade. A pesquisa primou pela análise, doutrinária e jurisprudencial, da estrutura penaliforme dos tipos de improbidade administrativa descritos na lei brasileira de improbidade (Lei 8.429 de 02 de junho de 1992), legislação que se consolida, em tempos tão emblemáticos, como instrumento de combate a corrupção contra as instituições públicas em todas as esferas no Brasil. O objetivo dos autores é não só desvendar a estrutura do tipo da improbidade, valendo-se e adaptando a teoria jurídica do crime, do direito Penal, para a improbidade, como também, fornecer elementos mais seguros para o controle judicial dos atos de improbidade administrativa. A importação e adaptação de institutos penais para esfera da improbidade administrativa revelam-se tanto mais técnica quanto com mais garantias ao(s) agente(s) acusado(s).

1. ESTRUTURA NORMATIVA PENALIFORME DOS TIPOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Os tipos de improbidade administrativa estão previstos na Lei nº 8.429/92 em três espécies: **a)** os atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º); **b)** os que causam lesão ao erário (art. 10) e, **c)** os que atentam contra os princípios da administração pública (art. 10). Na tipificação dos atos de improbidade administrativa a lei utilizou de dois modelos de técnica legislativa, empregando em primeiro plano uma tipologia aberta e em segundo plano uma tipologia fechada, notadamente a constante nos incisos dos artigos de cada espécie de improbidade, não obstante haja nos incisos, também, tipologia aberta.

No caput dos artigos de cada espécie de improbidade, a legislação prescreveu tipos abertos como: a) auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida, b) provocar lesão ao erário por qualquer ação ou omissão que enseje perda patrimonial; c) praticar qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. A abertura é salutar, pois sem olvidar que a infração é a lesão patrimonial ao erário ou moral ao serviço público em geral, permite amoldar o enquadramento de situações de fato em face da constante mudança de métodos de infrações aos princípios da administração pública, permitindo "flexibilidade normativa aos mecanismos punitivos, de tal modo a coibir manobras formalistas conducentes à impunidade" (OSÓRIO, 2010, P. 238).

A tipologia aberta serve para o "enquadramento do infindável número de ilícitos passíveis de serem praticados, os quais são frutos inevitáveis da criatividade e do poder de improvisação humanos" (GARCIA; ALVES, 2011, p. 279). O modelo reforça o papel do Poder Judiciário a quem compete decidir sobre a aplicação das sanções por improbidade e que irá concretizar nos casos em julgamento os conceitos abertos, observados os parâmetros legislativos e administrativos de integração. A outra técnica adotada na lei prescreve de forma mais específica, menos indeterminada, portanto, os tipos legais, a exemplo de "receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado" (art. 9º, X); "conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie" (art. 10, VII); e "frustrar a licitude de concurso público" (art. 11, V).

Não é possível objetar sobre a abertura cognitiva dos tipos em face de uma suposta insegurança jurídica. Mesmo em matéria de direito penal, onde em jogo está a liberdade humana – diferente, portanto, das sanções por improbidade –, existem tipos abertos (v.g. em geral os tipos culposos). Não se deve mais admitir os discursos utópicos, por vezes interessado, de um fechamento normativo quando trabalhamos com interpretação de textos (no plural mesmo), de fatos e da subsunção. O ser humano, asseverou Nietzsche (1983, p. XII), está destinado à multiplicidade, e a única coisa permitida é sua interpretação.

Abrindo um parêntese diga-se que a filosofia do conhecimento nega a possibilidade da verdade, e o faz demonstrando, em um primeiro momento, o abismo existente entre os eventos e as ideias que fazemos deles e, em segundo, entre nossas ideias e a sua comunicação através das expressões. O aparato cognoscente do ser humano jamais poderá conhecer a totalidade do evento, ainda que se valha dos instrumentos tecnológicos postos ao seu dispor. As ideias permitem, tão só, uma aproximação com os eventos, nunca uma compreensão totalizadora. Quanto às expressões, por mais sofisticadas que sejam, não conseguem exprimir exatamente as ideias, pois estas possuem uma dimensão infinitamente mais ampla que aquelas (ADEODATO, 2002, p. 288-94). Somos, assim, seres limitados por estes abismos intransponíveis, mas isso não nos leva à impossibilidade absoluta do conhecimento, já que podemos contar com a certeza, a qual, diferentemente da verdade, é um estado de consciência que nos afasta, de certo modo, das dúvidas e nos conduz a possibilidade do consenso.

Mesmo na física e na química a moderna teoria da ciência leva em conta, não mais a descoberta de leis sólidas universais e permanentes, todavia a um modelo de saber científico mais relativo e inacabado, a um saber provisório, aberto (vide PRIGOGINE, 1996). Não trata mais de causas, senão de outros tipos de conexões menos exigentes, como variáveis, fatores, correlações etc., tudo isso porque o ser humano, na lição de Figueiredo Dias e Costa Andrade (1997, p. 90), "transcende a causalidade com a sua intersubjetividade", porque é sujeito do conhecimento, e, sua conduta, sempre enigmática, corresponde a razões complexas e incertas.

Habermas (2004, p. 255) assevera que as pretensões de verdades levantadas para determinado fato estão presas no preenchimento das condições de verdade para esse fato, ou seja, a única maneira de verificarmos a verdade de algo é mediante a argumentação. Não podemos, portanto, fugir do plano discursivo. Habermas, advirta-se, não pretende atingir uma verdade para além do discurso, mas, pensa que é fundamental um conceito de verdade para a estabilidade do **mundo da práxis**, mesmo que esta verdade possa se

alterar no futuro. Não sabemos se o que temos por verdade, nos dias de hoje, será a verdade de amanhã, no entanto, para fins da práxis, “esse mesmo provincianismo condena nosso espírito finito a se contentar com a aceitabilidade racional como **uma prova suficiente da verdade**”.

Assim, para uma “prova suficiente da verdade”, a **certeza**, temos, inegavelmente, a necessidade da menor imprecisão possível, é o que podemos alcançar, só.

Na forma como posta na LIA (=Lei de Improbidade Administrativa) "existe uma autonomia funcional do *caput* dos textos com relação aos incisos e vice-versa" (OSÓRIO, 2010, p. 217), com complementação subsidiária entre eles. Comumente se revela o caráter exemplificativo do rol dos tipos, em especial pela menção a "notadamente" que consta no *caput* dos arts. 9º, 10 e 11. A referência é válida no sentido de que os tipos específicos dos incisos não esgotam a possibilidade de enquadramento de condutas ímprobas, mas elas precisam ser reconduzidas ao *caput*. É que o direito sancionatório convive com tipos em linguagem aberta, mas não com a ausência normativa de tipos, sendo certo que a "necessidade de prévia estipulação da conduta vedada é uma das principais funções do tipo, presente em qualquer atividade sancionadora" (OLIVEIRA, 2009, p. 251), fora do tipo não há qualquer conduta punível³.

A concretização dos tipos abertos abre uma importante perspectiva no campo da improbidade administrativa que se reporta à forma de sua integração. Como visto, muitos tipos carecem de complementação e remetem para outras leis (*stricto sensu*) – complementação homogênea –, ou para atos administrativos – complementação heterogênea. Aqui, também, deve-se valer da técnica que em Direito Penal é conhecida por “lei penal em branco” e se destina a colmatar por outras normas (homogêneas e heterogêneas) o tipo aberto. Há quem defenda que a intermediação legislativa ocorre em todos os tipos da lei de improbidade e são "complementados por legislações setoriais, instituindo regras que se sistematizam e se incorporam aos princípios" (OSÓRIO, 2010, p. 218-19).

O tema tem todo o interesse para o julgamento das ações de improbidade administrativa. Convém enfatizar que as condutas dos agentes públicos, de regra, são formalizadas em atos administrativos que requerem o cumprimento de legislações próprias, de acordo com seu conteúdo, e da observância dos pressupostos de validade de competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Na maioria dos tipos específicos das modalidades de improbidade administrativa a definição sobre a incidência do ato como ímprobo passa pela antecedente aferição da legalidade ou pertinência à juridicidade do ato administrativo. Daí a correção da tese de que a integração depende da análise de outras leis que não a de improbidade e ainda da adequação normativa do ato administrativo subjacente. Para mostrar a relevância dessa questão extrai-se de decisão do STJ no REsp nº. 617.851/MG, em que foi relatora a Min. Eliana Calmon, o comando no sentido de que:

³ “A garantia é uma das funções que a generalidade da doutrina atribui ao tipo” notadamente na área penal, mas mesmo para além dela, e em especial na seara da improbidade, caracterizada como de direito constitucional sancionatório, segue-se que ao lado dos tipos definidos em lei e fora deles não existe conduta punível (vide VARGAS, 2000, p. 46-7).

não é possível o julgamento de ação civil pública, em que se pugna pelo reconhecimento de ato de improbidade, sem que haja pronunciamento sobre a legalidade ou ilegalidade do ato administrativo questionado, o que configura omissão no julgado.

Por outro enfoque, da análise dos tipos previstos nos incisos dos arts. 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92 colhe-se que existem tipos que, de regra, podem ser aplicados diretamente sem necessidade de integração (art. 9º, IV, V; art. 10, XIII; art. 11, III, VII). Para contemplar a necessidade de integração em todos os casos é preciso pensar na linha de que todas as condutas da lei representam uma infração a um dever do agente público, o que de fato acontece.

O sistema tripartite de improbidade detém uma conexão entre eles, de modo que todo ato de improbidade já revela uma lesão aos princípios da administração (art. 11) (OSÓRIO, 2010, p. 218), antes de poder ser classificado como lesão ao erário (art. 10) ou enriquecimento ilícito (art. 9º). É comum nas ações de improbidade a desclassificação do ato imputado na petição inicial para outro. O STJ, no Resp. 842428, da relatoria da Min. Eliana Calmon, já firmou entendimento de que não "infringe o princípio da congruência a decisão judicial que enquadra o ato de improbidade em dispositivo diverso do indicado na inicial, eis que deve a Defesa ater-se aos fatos e não à capitulação legal", é a chamada *emendatio libelli*⁴.

A lei de improbidade não trata do **concurso de infrações** como existente no Direito Penal (**concurso de crimes**). Embora seja possível a prática de atos ímprobos em concurso material e formal, com a forma atualmente positivada não se pode transpor para a seara cível a técnica adotada no Direito Penal para determinar que os responsáveis, em múltiplas ou única ação, sejam condenados nas penas do artigo 12, em regime de cumulação, ou que lhes seja imposto qualquer exasperação sancionatória (OLIVEIRA, 2009, p. 292). Na hipótese de concurso real ou ideal de infrações a tipos diversos aplica-se um parâmetro destinado a resolver o **conflito aparente de normas**, o princípio da **subsidiariedade**, permanecendo, sempre e somente, a norma de nível punitivo mais elevado, relegando-se a subsidiária uma espécie de norma punitiva de reserva, se não tipificada a principal está pode subsistir. Nesse desiderato, pondera-se que presente a coexistência do art. 11, seja com o art. 9º, seja com o art. 10, será por qualquer deles afastado, dado que qualificados pela maior extensão material, isto é, pela projeção de seus efeitos, para além do mero confronto conduta/dever. Não há, pois, concorrência, mas prevalência da **norma principal**, para fins sancionatórios⁵.

A improbidade administrativa importa na responsabilização de agente público (e eventualmente um terceiro) por matriz normativa de sede constitucional (art. 37, § 4º) e concretização legislativa (Lei nº 8.429/92) com conteúdo sancionatório em que impera a análise do elemento subjetivo da conduta (**dolo** ou **culpa**) para possibilitar a punição. Exige-se dolo para os atos dos arts. 9º e 11 e dolo ou culpa para os do art. 10. O STJ, no

⁴ Na *emendatio libelli*, o juiz, no momento da decisão, comprovada que a tipificação não corresponde aos fatos narrados na inicial, poderá, *ex officio*, julgar por sua precisa definição jurídica. Assim, na *emendatio* os fatos provados estão contidos na exordial que os descreve.

⁵ Como consignado, entendemos pertinente para o caso o princípio da **subsidiariedade**, entretentes há autores que, equivocadamente, apontam para o princípio da consunção ou absorção (vide JÚNIOR, 2012, p. 129).

AgRg no REsp nº. 20.747/SP em que foi Relator o Min. Benedito Gonçalves, consolidou sua jurisprudência na direção de que:

para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.

2. O ELEMENTO SUBJETIVO DOS TIPOS

Por não atentar criteriosamente para a doutrina penal o dolo na improbidade é visto como o *dolus malus* dos romanos, há nele a consciência da ilicitude. Mas, na verdade, dolo não é outra coisa senão o conhecimento do que se faz (**elemento cognitivo**), a vontade de realizar o tipo (**elemento volitivo = propósito**) e o emprego de uma **conduta** (comissiva ou omissiva), mais ou menos dominável (nem impossível de realizar o tipo, tampouco absoluta em realiza-lo, já que não é dado ao ser humano plena capacidade sobre os fatos), destinada a este fim.

O dolo, sob uma perspectiva mais geral, não deixa de ser a utilização de uma estratégia de que se vale o autor para realização do tipo, ou seja: um “propósito objetivado” (PUPPE, 2004, p. 132), pouco importando se o agente quer diretamente a realização do tipo ou se ele, embora sem o pretender finalisticamente, age admitindo sua realização⁶ (dolo direto e indireto).

Na improbidade, portanto, é necessária, também, a prova da **culpabilidade**, vale dizer, não comete improbidade, por exemplo, um servidor que lesa o erário quando estava acometido de esquizofrenia (**inimputabilidade = incapacidade de responsabilização**), ou o indivíduo que o faz para pagar o resgate de seu filho sequestrado por bandidos sanguinários (**inexigibilidade de conduta diversa = coação moral irresistível lato sensu**), muito menos aquele que **não** tem **potencial consciência da ilicitude** (ausência de possibilidade de conhecimento da significação ilegítima do comportamento = **erro**), ou seja, aquela pessoa que no momento da conduta não tinha nenhuma possibilidade de saber se errado o que fazia por ter certeza que era absolutamente correto (= **erro sobre a ilicitude do fato**). É claro que a consciência da ilicitude verifica-se, consoante Mezger, na “valoração paralela do autor na esfera do profano” (TOLEDO, 1994, p. 262 e DIAS, 2000, p. 208-18)⁷, não precisa, pois, que o agente saiba sequer da existência da lei (*ignorantia legis neminem excusat*), basta que ele – observado sob a perspectiva de seu meio, de tudo com que convive e assiste, das suas potencialidades –, possa vir a desenvolver tal consciência.

⁶ A professora alemã, aproximando-se da teoria da probabilidade discorre acerca das várias teorias do dolo havidas no Brasil na simplificação entre teoria (no singular) da vontade e teoria (no singular) da representação. Não alcança, entretanto o objetivo deste trabalho a exposição das diversas vertentes teóricas, notadamente, porquanto, uma preocupação com está muito mais associada aos problemas específicos do Direito Penal.

⁷ Figueiredo Dias (2000), entretanto, defende a consciência da ilicitude como consciência ética (“manifestação de um valor suprapessoal na própria pessoa”).

Quanto à culpa (=culpa *stricto sensu*), ela carece de três elementos para se caracterizar: ● **primeiro** é a **quebra de um dever objetivo de cuidado**. A quebra de um dever de cuidado pode ocorrer das mais variadas formas, embora em sede de improbidade essa objetivação seja mais clara, porquanto os deveres de servidores públicos e de particulares para com a administração estão especificados em normas e regulamentos legais. Porém, a abertura do tipo culposo pode abranger maneira de se comportar que traduzam incúria ou desatenção (negligência), açodamento (imprudência), falta de preparo técnico para exercício de específico ofício (imperícia) que escapa ao detalhamento existente nas leis e em atos administrativos, pois que fruto de uma infinita possibilidade de comportamento que possui o ser humano. A abertura, portanto, é pertinente, só e tão só, ao modo em que o agente realiza a conduta.

O **segundo elemento** do tipo culposo é o **nexo causal** entre a quebra do dever de cuidado e a existência de um resultado que, em matéria de improbidade, traduz-se, por exemplo, em perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades descritas no artigo 1º da LIA (União, Estados etc.).

E, por fim, o **terceiro** e último elemento é a **prognose do resultado em lei**. No caso e aproveitando o exemplo acima, temos a previsão do resultado no artigo 10 caput da LIA o que caracteriza a tipicidade do fato.

A culpa, como elemento subjetivo para ato ímprobo, recebe algumas contestações. Uma primeira do próprio papel do legislador na concretização do comando constitucional para dizer-se que foi além do que deveria com ofensa à proporcionalidade e à razoabilidade pela inclusão da culpa (FIGUEIREDO, 2010, p. 82) e, uma segunda, para afirma-se que "não se pode conceber a ideia de que alguém atue com desonestidade ou de maneira corrupta, com desvio de caráter, simplesmente por negligência, imprudência ou imperícia, que são modalidades culposas" (FIGUEIREDO, 2010, p. 127).

Não merece prosperar, no entanto, as objeções. A palavra probidade tem sua origem etimológica no latim *probus* (CUNHA, 1987, p. 636), significando, exatamente, de caráter íntegro. Íntegro quer dizer correto, inteiro, reto (HOUAISS, 2013, p. 423). O serviço público não pode admitir desídia, incúria, desatenção, desleixo que comprometa a coisa pública. Tanto há improbidade pelo comportamento incorreto, fragmentado, desviado, como se exige uma sanção compatível e, portanto, proporcional que é a prevista na LIA. É que, como cediço, a legalidade nesta matéria é agir rigorosamente consoante o preconizado na lei. Evidentemente, como vamos observar mais a frente, para haver tipicidade tanto na culpa e, por vezes, no próprio dolo, é necessária a significância do comportamento com fundamento no princípio da ofensividade, mas esta é outra questão.

A Constituição Federal, para além, não definiu normativamente o conceito de improbidade deixando para o legislador ordinário que o fizesse, consoante se observa com facilidade no próprio texto do § 4º, do artigo 37:

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

3. TIPOS REFERENTES AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Os tipos que traduzem enriquecimento ilícito estão previstos no art. 9º, da Lei nº 8.429/92:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

A norma do art. 9º caput não apresenta uma tipificação específica, porém aberta para abarcar a conduta que importe em enriquecimento ilícito por aferição de "qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida" em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade pública. Desse modo, o "caput serve à função de tipo subsidiário, porque forma de enriquecimento ilícito não colhida pelos dispositivos é reconduzível à norma geral, na atividade de subsunção" (OLIVEIRA, 2009, p. 251).

Os incisos trazem um modelo mais fechado em sua tipificação para prescrever condutas que representam: a) o recebimento de vantagem econômica indevida (art. 9º, I, II, IV, V, IX); b) a utilização particular de bem público e a incorporação deles ao patrimônio privado (art. 9º, IV, XI, XII); c) a ostentação de patrimônio particular desproporcional à renda do agente público ou patrimônio a descoberto; e d) a atuação em conflito de interesses públicos e privados por prestar consultoria ou assessoramento a pessoa física ou jurídica com interesses nas atividades públicas exercidas pelo agente (art. 9º, VIII). As hipóteses previstas, de ordinário, visualizam o enriquecimento ilícito do próprio agente público, exceto no art. 9º, incisos I e VII, que incluem a vantagem indevida ou aquisição de patrimônio "para outrem".

O reconhecimento do enriquecimento ilícito não importa necessariamente na produção de dano ao erário. Algumas figuras típicas refletem o dano ao erário (art. 9º II, III, IV, VI, XI e XII) e outras não exigem o dano (art. 9º, caput, I, V, VII, VIII, IX e X).

Cabe evidenciar que certos tipos trazem a necessidade de exame do ato administrativo onde se deve identificar a ofensa à legalidade ou juridicidade para integrar a norma sancionatória (art. 9º, II, III, VI, X).

No elemento subjetivo a conduta para se enquadrar no art. 9º requer dolo e a consciência de ilicitude pelo agente. Dado a dificuldade de análise nesse tema sugere-se que o

elemento subjetivo seja aferido consoante as circunstância de cada caso concreto, examinando-se a cognição do agente sobre os fatos e suas consequências, “o grau de discernimento exigido para a função exercida e a presença de possíveis escusas, como a longa *repetitio* e a existência de pareceres embasados na técnica e na razão” (GARCIA 2011, p. 331).

Rechaça-se a culpa como elemento subjetivo para o enriquecimento ilícito, já que a “conduta de auferir vantagem patrimonial indevida em razão da função pública não pode ser fruto de atuação culposa” (OLIVEIRA, 2009, p. 275), da quebra de um dever objetivo de cuidado por negligência, imprudência ou imperícia.

4. TIPOS QUE PRESCREVEM A CAUSAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO

Os tipos que prescrevem prejuízo ao erário estão contidos no art. 10, da Lei nº 8.429/92:

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

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005).

A norma do art. 10 *caput* expõe um tipo aberto que abarca ação ou omissão, dolosa ou culposa que cause lesão ao erário por perda, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação do patrimônio das entidades protegidas. A diretriz do artigo é "fornecida pela compreensão da noção de perda patrimonial, que é o efeito do ato comissivo ou omissivo do agente e se expressa na redução ilícita de valores patrimoniais (JÚNIOR, 2009, p. 249). Aqui também se faz alusão ao caráter exemplificativo dos tipos (DECOMAIN, 2007, p. 109 e JÚNIOR, 2009, p. 249-51). Adverte-se, no entanto, que

na realidade, o que se tem, segundo a linguagem normativa, é uma conduta genérica na cabeça do artigo e padrões específicos da mesma natureza nos incisos, numa relação de especialização e não meramente exemplificativa. Acaso ocorra prejuízo ao patrimônio público e o comportamento do agente não venha a se adequar a qualquer dos incisos, mas vier a amoldar-se ao *caput*, essa

modalidade de ato de improbidade estará configurada (BERTONCINI, 2007, p. 202).

As condutas especiais dos incisos do art. 10 podem ser agrupadas a partir de dados comuns e que não estão na norma geral e outros que são reflexos de sua especificação, como: a) o enriquecimento ilícito de terceiro (art. 10, I, II, III, XII, XIII); b) as fraudes em licitações (IV, V); c) a desídia na concessão de benefícios e na arrecadação tributária (VII, X) e, d) a gestão irregular de recursos e negócios públicos (VI, IX, XI) (BERTONCINI, 2007, p. 202).

Registra-se controvérsia doutrinária sobre o conceito de **lesão ao erário** prevista no art. 10, caput. Uma corrente doutrinária afasta a interpretação literal da norma que se refere a "lesão ao erário que enseje perda patrimonial" para reclamar uma interpretação teleológico-sistemática que insere o conjunto de prescrições da própria Lei nº 8.429/91 e a dicção dos arts. 1º, 5º, 7º, 8º, 10, 16, 17, § 2º e 21, I. Conclui que a "expressão perda patrimonial, também constante do referido dispositivo, alcança qualquer lesão causada ao patrimônio público, concebido este em sua inteireza" (GARCIA e ALVES, 2011, p. 310/11). Com tal interpretação o conceito engloba "não apenas o Tesouro Nacional e os bens públicos, mas também o patrimônio ambiental, histórico, artístico, estético, turístico, etc." (SARMENTO, 2002, P. 92). Outra corrente aponta que a diretriz constitucional tem endereço certo para os bens jurídicos tutelados pelo art. 37, § 4º quando menciona erário e a lei "fala em bens ou haveres (art. 10, caput), bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades tuteladas (art. 10, I, II), tributo ou renda (art. 10, X), verba pública (art. 10, XI)" (GARCIA e ALVES, 2011, p. 309). A posição restringe o alcance de patrimônio público para situá-lo apenas no plano do conceito de erário com dimensão econômico-financeira dos entes públicos protegidos.

O STJ possui jurisprudência cristalizada com o entendimento, sedimentado no REsp nº. 11511884/SC da Relatoria do Min. Castro Meira, de que o ato de improbidade administrativa disposto no artigo 10 da LIA carece da comprovação do dano ao erário. Requer-se, assim, a existência de prejuízo patrimonial efetivo, o que se confirma pela necessidade de ressarcimento integral do dano previsto no art. 12, II para o caso do art. 10 e nas demais hipóteses o ressarcimento integral do dano, quando houver (GARCIA e ALVES, 2011, p. 309). Em que pese a prevalência jurisprudencial dessa posição é de se registrar que esse entendimento afasta o denominado "dano presumido". Na defesa da lesão presumida pondera-se que nas hipóteses do art. 10 da Lei nº 8.429/92, tais quais a do art. 4º da lei nº 4.717/65, existe presunção de lesividade, cabendo ao agente provar a regular aplicação do dinheiro "em face da ausência de formalidades no empenho das verbas públicas. Nesse sentido, conforme determinação do inciso I do art. 21 da LIA, não será necessário a demonstração efetiva do prejuízo sofrido pelo erário, sendo este presumido" (JÚNIOR, 2009, p. 252). No STJ a orientação, fixada com ênfase no REsp nº. 1038777/SP, da relatoria do Min. Luiz Fux, é de exigir-se o dano efetivo,⁸ tendo havido divergência pela manutenção do dano presumido.⁹

⁸ Neste julgado o Min. Fux destacou que "o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8.429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido".

⁹ Destaca-se passagem do voto da Min. Eliana Calmon, no REsp nº. 621.415/MG. "De referência à primeira questão, é importante frisar que não se exige, para a configuração do ato de improbidade, a existência de dano ou prejuízo material. Aliás, desde a época em que surgiu no direito brasileiro a ação popular, tenta-se ligar a ideia de prejuízo ou dano à perda do erário, deixando à margem o imenso prejuízo que pode ser

Refletindo questionamento já realizado no tocante à necessidade de **avaliação do ato administrativo** em que ocorrida a imputada improbidade para certificar de sua efetiva ocorrência, nas tipificações do art. 10, e seus incisos, registram-se posições doutrinárias a atestar que todas "traduzem ilegalidade ou desvio de finalidade do ato administrativo, implicando prejuízo ao patrimônio" (SARMENTO, 2002, p. 92) e de que de modo algum é possível "afastar a nota da ilegalidade dos atos praticados no exercício da função pública, claramente configurada em todos os tipos. Não há aqui possibilidade de improbidade sem cometimento de ilegalidade no exercício da atividade funcional" (OLIVEIRA, 2009, p. 260).

No elemento subjetivo a conduta para se enquadrar no art. 10 e seus incisos pode ser dolosa ou culposa. Dentre as três espécies de atos de improbidade administrativa somente os que provoquem lesão ao erário admitem a conduta culposa para autorizar a sanção. É que o "despreparo para o cargo, o desleixo com a coisa pública, a conivência com os desmandos de superiores hierárquicos ou a desídia na gestão dos recursos estatais fazem com que o funcionário, no exercício de suas atribuições, provoque prejuízos ao erário" (SARMENTO, 2002, p. 92).

5. TIPOS QUE PRESCREVEM OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO

Os tipos que prescrevem ofensa aos princípios da administração pública estão contidos no art. 11, da Lei nº 8.429/92:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

causado ao meio ambiente, às artes, à moralidade ou até mesmo ao patrimônio histórico e cultural da nação, nem sempre mensurável em dinheiro. O equivocado raciocínio está hoje inteiramente superado porque na ação civil pública, acertadamente, a expressão "**atos lesivos**", constante do art. 1º da Lei 4.717/65, (ação popular), foi substituída pela expressão "**danos morais e patrimoniais**", o que deixa clara a intenção político-legislativa de sancionar não somente os atos danosos aos cofres públicos, mas também as improbidades geradoras de danos imateriais, visto que tais atos atingem a moralidade, requisito que hoje está explicitado na Constituição Federal como princípio da administração pública. Assim, é possível haver lesão presumida, na medida em que a moralidade passou a ser, por princípio, dever do administrador e direito público subjetivo. Esse entendimento encontrava respaldo em julgados desta Corte, mas hoje há consenso, diante da prevalência de julgado recente na Seção, quanto à necessidade imperiosa de prova da lesão. Sobre esse entendimento guardo reserva".

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

A norma do art. 11 *caput* prescreve um tipo aberto que engloba ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. A lei usou da mesma técnica legislativa adotada para os arts. 9º e 10, fixando uma norma geral no *caput* com especificações de condutas nos incisos, mantendo uma relação de complementação entre elas, ou seja, "o tipo geral (art.11, *caput*) também exerce a função de *tipo subsidiário*, porque certa conduta funcional, ilegal, desleal e parcial não tipificada nos incisos poderá ser subsumida na norma indicada" (OLIVEIRA, 2009, p. 266), ou exerce a função de **norma de reserva**, já que "ainda que a conduta não tenha causado danos ao patrimônio público ou acarretado o enriquecimento ilícito do agente, será possível a configuração da improbidade sempre que restar demonstrada a inobservância dos princípios regentes da atividade estatal" (GARCIA e ALVES, 2011, p. 318). Conjugam-se o dever de observância dos agentes públicos quanto aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade expostos no artigo 4º, com os deveres que expressam o princípio da moralidade de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições do artigo 11.

A posição mais corrente é a de que a norma do art. 11 alcança os princípios da administração de modo amplo e não apenas aqueles literalmente citados nos arts. 37, da Constituição Federal e 4º da Lei nº 8.429/92. Declara-se que "o enunciado do art. 11 alude aos princípios administrativos como um todo, não apenas aqueles gravados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal" (JÚNIOR, 2012, p. 300) ou que a enumeração legal dos princípios é mera exemplificação, já que revelam de forma ampliada a preocupação com a violação ao princípio da moralidade ((JÚNIOR, 2009, p. 283). Nessa visão, destaca-se que a improbidade fica associada à violação do princípio da juridicidade (GARCIA e ALVES, 2011, p. 318).

Como concretização do princípio da moralidade defende-se que os valores morais devem ser extraídos das pautas de conduta previstas no sistema jurídico, não se aceitando a posição de que as regras morais já juridicizadas estejam fora desse sistema (FIGUEIREDO, 2003. p. 100). Em posição similar, com relevantes complementos, assevera-se que o controle de legalidade em sentido estrito e da moralidade efetiva-se no mundo jurídico, vale dizer, controlar a moralidade implica na análise constante da adequação dos atos administrativos aos influxos dos "princípios explícitos e implícitos presentes na Constituição e na legislação infraconstitucional, notadamente a simetria com o dever de boa administração e com a efetividade do bem comum" (SARMENTO, 2002, p. 117).

As condutas especiais dos incisos do art. 11 reproduzem especialização do princípio da legalidade (I, II, III, IV, V, VI); também do princípio da eficiência (I, II) e da publicidade (IV)

e ainda da moralidade dependendo do caso em apreciação (GARCIA e ALVES, 2011, p. 318). A conduta para se enquadrar nos referenciados atos de improbidade não precisa causar dano ao erário.¹⁰ Os tipos do art. 11 e seus incisos exigem o dolo, que na interpretação do STJ é o “dolo genérico”¹¹, não obstante o dolo não comportar mais tal divisão, porquanto o elemento volitivo do dolo está voltado para a realização da totalidade do tipo objetivo.

A abertura expressa no tipo geral e nos incisos do art. 11 da Lei nº 8.429/92 e a desnecessidade para sua incidência de enriquecimento ilícito ou dano ao erário, abre amplo espectro para a sanção por improbidade e traz à tona a delicada questão da equiparação da ilegalidade à improbidade.¹² O STJ no AgRg no REsp nº. 1245622/RS, da relatoria do Min. Humberto Martins, expressou a interpretação de que a Lei nº 8.429/92 tem por escopo blindar os mais elevados princípios da administração pública contra corrupção, contra a imoralidade qualificada, contra “a grave desonestidade funcional, não se coadunando com a punição de meras irregularidades administrativas ou transgressões disciplinares, as quais possuem foro disciplinar adequado para processo e julgamento”.

Para a caracterização das condutas típicas que representam ofensa aos princípios é necessário o exame do ato administrativo onde se deve identificar a ofensa à legalidade ou juridicidade para integração da norma sancionatória (art. 11, I, II, III, IV, V, VI, VII). Não merece, de modo algum, recepção a crítica de que a postura do legislador tem que ser analítica e precisa na definição dos tipos e nem a que afasta a adoção da norma em branco.¹³ O legislador utilizou-se de técnica legislativa em que a indeterminação da norma geral está em sintonia com a indeterminação da regra constitucional sancionatória cuja “comprovação da ilegalidade da conduta assegura a *determinabilidade* do tipo” (OLIVEIRA, 2009, p. 263). Isso fica bem demonstrado na conduta prevista no art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429/92, que possui a seguinte redação: “praticar ato visando fim proibido em lei

¹⁰ No REsp nº. 604151/RS, cujo relator designado para lavra o Acórdão foi o Min. Teori Zavascki, o STJ evidenciou “não ser o dano aos cofres públicos elemento essencial das condutas ímprobadas descritas nos incisos dos arts. 9º e 11 da Lei 9.429/92”.

¹¹No REsp nº. 951389/SC, da relatoria do Ministro Herman Benjamin, ficou consignado que “o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico”.

¹² Criticando, neste ponto, a legislação, por abertura excessiva, Marcelo Figueiredo (2000, p. 104), diz que aqui “novamente a lei peca por excesso ao equiparar o ato ilegal ao ato de improbidade; ou por outra, o legislador, invertendo a dicção constitucional, acaba por dizer que ato de improbidade pode ser decodificado como toda e qualquer conduta atentatória à legalidade, lealdade, imparcialidade etc. Como se fosse possível, de uma penada, equiparar coisas, valores e conceitos distintos. O resultado é o arbítrio, em síntese, não pode o legislador dizer que tudo é improbidade”.

¹³ Marcelo Figueiredo (2003, p. 61-2) não acredita na “possibilidade jurídica de o legislador contemplar como ‘atos de improbidade’ condutas que não estejam textualmente contempladas na lei. É dizer, faz-se necessária a descrição analítica da conduta tida ‘por ato de improbidade’. Inaceitável, a nosso juízo, a descrição de alguns ‘tipos’ e em seguida a remissão a outros ‘similares’. Do mesmo modo, também não aceitamos a teoria das assim chamadas ‘normas penais em branco’ - onde os elementos componentes do tipo penal (ou administrativo) não vêm, todos eles, descritos no texto normativo, mas complementam-se mediante a remissão a outras normas legais. Não aceitamos que tais normas (suplementares) possam ser veiculadas, integradas, por norma de nível infralegal (decreto, portaria, ou ato administrativo de qualquer espécie)”. Essa posição radical, entretanto, desconhece que o ordenamento jurídico, eminentemente sistemático, se vale sempre da integração entre os vários subsistemas. As normas em branco, homogêneas e heterogêneas, são uma necessidade ante a complexidade do nosso tempo. Mesmo no Direito Penal, onde a liberdade individual resta ameaçada, é possível a utilização de atos administrativos para colmatar o tipo objetivo, como é o caso da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), por isso não há discussão e sequer problema quando a integração é homogênea.

ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência". A indeterminação que contém o texto normativo passa por um mecanismo de "determinação" pela necessária análise do ato administrativo. No julgamento de uma ação civil por improbidade administrativa, o juiz ou tribunal terá que examinar o ato administrativo efetuado e sua adequação com a lei regente da matéria que pode ser a lei de licitações, uma lei tributária, ou de outra modalidade, e ainda verificar a compatibilidade com os pressupostos de validade do ato. O recurso à integração é imprescindível, já que o tipo legal do art. 11, I, por si só, não oferece elementos para a identificação da improbidade.

6. CONTROLE JUDICIAL DO ATO DE IMPROBIDADE

No controle judicial dos atos de improbidade concluímos este trabalho com um itinerário de análise para auxiliar a metodologia das decisões¹⁴.

A questão primeira e que se avoluma em importância no controle judicial dos atos de improbidade é a verificação inicial, a cargo do magistrado, da significância do comportamento do(s) agente(s). A tipicidade da improbidade pode ser classificada, também seguindo as pegadas da doutrina penal, em: i) tipicidade de improbidade formal e ii) tipicidade de improbidade material. Em sede de tipicidade, só há improbidade administrativa, se para além do dolo e da culpa, bem assim da culpabilidade, se houver tipicidade formal e material.

Formalmente a tipicidade caracteriza-se com a subsunção da conduta do agente ao tipo descrito no texto da norma. Parafraseando Conde, é a qualidade que se atribui a um comportamento, quando é subsumível a hipótese de fato prevista nos textos legais (CONDE, 1988, p. 42).

Assim, para que haja tipicidade da improbidade formal é necessário observar: a) a adequação da situação de fato à previsão legal de violação aos princípios da administração (art. 11). Nessa tarefa cabe utilizar o recurso à integração das leis regentes do conteúdo da matéria e dos pressupostos de validade do ato administrativo (art. 2º da Lei nº 4.717/65 - lei da ação popular), já que a maioria dos tipos da lei de improbidade remetem para uma avaliação da ilegalidade do ato. Mesmo para aqueles que permitem um subsunção direta (art. 9º, IV e V) a conduta também deve ser avaliada no cotejo com os princípios da administração, pois, antes de implicarem enriquecimento ilícito a conduta é ofensiva a princípios da administração; b) Constatada a ilegalidade ou injuridicidade e classificada a conduta como ofensiva a princípio da administração deve-se avaliar se houve dano ao erário ou enriquecimento ilícito que motive eventual mudança de classificação jurídica da conduta para o art. 9º ou art. 10.

A tipicidade de improbidade material esta voltada com ênfase para a intolerabilidade da conduta tendo como critério norteador o parâmetro da significância/insignificância do comportamento.

¹⁴ O itinerário, que tem inspiração em modelo descrito por Emerson Garcia e Rogério Alves (2011, 347-52), planeia a sistematização dos julgamentos das ações de improbidade e é reflexo da nossa experiência em julgamentos de lide desta natureza.

Já observamos que a tipicidade não se esgota na relação de adequação da conduta humana ao tipo penal (tipicidade formal), mas exige, em cada caso, uma concreção da ofensa ao bem jurídico tutelado (tipicidade material). Inexistindo ofensa ao bem jurídico, ou mesmo sendo ela insignificante, por mais clara que seja a adequação entre a conduta e o tipo, não se pode falar mais em tipicidade e, portanto, em improbidade.

Qualificamos a insignificância, em vista da polissemia existente, como uma ferramenta interpretativa derivada dos influxos do princípio constitucional da ofensividade (BARROS LIMA, 2012, p. 87). Considerando a interpretação a partir do caso concreto, ou mesmo de um caso abstrato, mas sempre com referência a um caso, é possível aferir se a ofensa ao bem jurídico foi, efetivamente, significativa ou, ao revés, patenteou-se sem importância, de pouca monta, pela observação da realidade fática ou dos elementos disponíveis da hipótese.

Óbvio que em alguns tipos, de tão graves que se apresentam, sequer é necessária uma investigação acerca da significância do fato. Além do que não cabe ao intérprete a seleção dos bens jurídicos tuteláveis, já realizada pelos legisladores, todavia é impossível afastar a interpretação dos fatos haurida pelo juiz e, exatamente, nessa interpretação, ele está autorizado a verificar se, concretamente, a lesão revelou-se ou não, bem aquém daquela prevista *in abstracto* pelo legislador. Ora, abaixo de determinados limites qualitativo-quantitativos não há racional consistência da improbidade, menos ainda da sanção.

Na insignificância há, necessariamente, uma divergência proporcional entre o resultado lesivo e a imputação da conduta improba e é o juiz o aferidor dessa distância.

Existindo provas suficientes, o juiz sequer deve receber a inicial quando estiver patenteado o resultado insignificante. Evidentemente que a insignificância não pode surgir a partir de considerações isoladas, mas somente através dos fins perseguidos pelo ordenamento jurídico (ZAFFARONI, 1991, p. 475).

Na aferição da tipicidade da improbidade material tem-se por norte: a) análise da conduta sob a ótica da ofensa relevante aos bens jurídicos tutelados nos arts. 9º, 10 e 11, em concretização ao art. 37, da Constituição Federal. Prima-se aqui pela aferição do desvalor da ação e do desvalor do resultado no caso concreto para identificar-se a relevância material da agressão perpetrada pela conduta ilícita, de modo a incorporar ao ato de interpretação a constatação de que o elemento axiológico nela exibido está presente no caso e que autoriza a tipificação material (OLIVEIRA, 2009, p. 280); b) Na apreciação do caso concreto, como critérios para excluir a improbidade material, compete comprovar

a reduzida capacidade da ação em produzir ofensa ao bem jurídico tutelado tal qual postulada no tipo sancionatório incidente na espécie, a diminuta reprovabilidade da forma de atuação engendrada pelo responsável, a inexpressiva lesão jurídica perpetrada pela infração ético-jurídica (OLIVEIRA, 2009, p. 283).

O fato de ser insignificante o ato de improbidade pode gerar atipicidade da conduta ou uma tipificação consentânea com a pouca importância do seu comportamento fora do controle judicial, a ser apurada através das comissões existentes em cada uma das

repartições ou unidades públicas, puníveis com advertência, censura, ou outras sanções administrativas compatíveis com a natureza da conduta praticada.

O próximo estágio é a aferição do elemento subjetivo para averiguar-se se houve dolo ou culpa na conduta. Como já se firmou o dolo é exigido para os tipos do art. 9º, 10 e 11, e a culpa apenas para o art. 10. Cumpridas todas as etapas tem-se a caracterização do ato de improbidade.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica**, São Paulo, Saraiva, 2002.

BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. **Direito Penal Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987.

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

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manoel da Costa. **Criminologia – O Homem delinquente e a Sociedade Criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle da Moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Probidade Administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar**. São Paulo: Malheiros, 2000.

FIGUEIREDO, Isabela Giglio. **Improbidade Administrativa - Dolo e Culpa**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**. São Paulo: Loyola, 2004.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Sinônimos e Antônimos**. São Paulo: PubliFolha, 2013.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 1 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 1809-1873.

JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2009.

JÚNIOR, Waldo Fazzio. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Atlas, 2012.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Obras incompletas**. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. (**Os pensadores**) São Paulo: Abril Cultural, 1983.

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

PRIGOGINE, Ilya. **O Fim das Certezas: tempo, caos e as leis da natureza**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 1996.

PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

SARMENTO, George. **Improbidade Administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VARGAS, José Cirilo. **Do Tipo Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Derecho Penal – Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 1991.