

A PROBLEMÁTICA DA CULPA DO ARTIGO 10, CAPUT DA LEI Nº 8.249/1992 JUNTO À DISTINÇÃO ENTRE A IMPROBIDADE E A INABILIDADE, SUPERADA PELA LEI Nº 14.230/2021

Laura Furtado Pigoni¹

Prof. Me. Alexandre Sormani²

Trabalho de Conclusão de Curso de Direito³

Resumo

Trata-se de trabalho acerca do elemento contido no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, haja vista este prever a modalidade culpa, pois seguindo a jurisprudência bem como a doutrina pátria, é necessariamente grave. Assim, considerando as noções etimológicas da palavra improbidade, e todo o seu contexto histórico, percebeu-se a imperiosa distinção entre a improbidade e a inabilidade administrativas. Estudar o elemento normativo contido no artigo 10 de modo a dimensionar a denominada culpa grave. Classifica-se a pesquisa como qualitativa e será abordada fazendo-se o uso do método hipotético dedutivo partindo de premissas gerais para premissas particulares. Aos procedimentos técnicos a pesquisa é classificada como: bibliográfica, com base em conteúdos já analisados e publicados, incluindo artigos publicados em revistas jurídicas, doutrinas, jurisprudência e legislações nacionais cujo texto é constitucional, bem como infraconstitucional. Nas considerações finais, o presente foi concluído positivamente.

Palavras-chave: Improbidade. Inabilidade. Culpa grave. Dolo.

INTRODUÇÃO, 2 APONTAMENTO GERAL SOBRE A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LIA), 2.1 Princípios constitucionais da Administração Pública, 2.2 Improbidade versus Inabilidade Administrativas – a conduta (ím) proba do agente público, 3 ATOS QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO, 3.1 Elemento normativo, culpa (grave) do artigo 10 da LIA, 3.2 Julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 3.3 *De lege ferenda*. CONCLUSÃO, REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

¹Discente no curso de Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM); estagiária de Direito no escritório de advocacia Marinho Sociedade de Advogados.

²Mestre em Direito. Docente no curso de Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM); Magistrado Federal na 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária em Marília, Seção Judiciária de São Paulo.

³Trabalho de Conclusão de Curso em Direito apresentado à Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília, para obtenção do grau de bacharel em Direito.

O presente trabalho elegeu como objetivo genérico desta pesquisa: estudar o elemento normativo culpa (grave) contido no artigo 10, caput da lei de improbidade administrativa. Do mesmo modo, como objetivo específico foi ressaltado estudar a dimensão da denominada culpa grave, em liame com a distinção entre a improbidade e a inabilidade.

Insta dedicar-se à resolução do que é considerado culpa grave, haja vista a impossibilidade (inviável) punição do agente público por inabilidade – encontrada apenas no artigo 10 da LIA em virtude da modalidade culpa.

Em verdade, como se deve melhor aplicá-lo para não causar prejuízos à própria Administração Pública e aos seus agentes e, conseqüentemente à sociedade. E não se está a inovar quando se menciona que o Poder Judiciário está inflamado com demandas judiciais movidas em face dos agentes da Administração Pública, fenômeno que se deve à crescente preocupação com a corrupção e má-gestão dos últimos anos.

No decorrer da presente pesquisa, no entanto, adveio a nova lei de improbidade nº 14.230/2021, a qual alterou o artigo 10 da LIA – e outros dispositivos, excluindo de vez a modalidade culpa. Então diante dessa (in) esperada alteração, tomou-a como solução para a problemática desta pesquisa. Pois bem.

No primeiro capítulo, delineou-se de forma genérica a respeito da lei a fim de facilitar a compreensão de suas noções históricas e hodiernas. Fez-se percurso em cada um dos princípios constitucionais da Administração, pois a partir do momento em que há o desvio de um ou mais destes por parte do agente público percebem-se os primeiros resquícios do caminho à improbidade; assim elucidou-se a distinção entre a improbidade e a inabilidade.

Em relação ao capítulo segundo, foram apontados os atos que causam prejuízo ao erário de modo que se expuseram as noções introdutórias sobre a culpa, até chegar-se ao elemento normativo da culpa, no qual está presente o juízo de valor; chegou-se à considerada culpa grave (consciente) e foram mencionados casos práticos a fim de corroborar a tese.

Após há a exposição e comentário específico sobre um caso prático, julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Selecionado porque explicita muito bem duas questões chaves que envolvem o presente trabalho, quais sejam, a dimensão da culpa grave em sua distinção entre a inabilidade e a improbidade administrativas. Ademais enriquece-o tendo em vista a possibilidade de observar a construção teórica juntamente a uma espécie de estudo de caso, em apartado.

Ademais, discorreu-se brevemente acerca da *de lege ferenda* (lei nº 14.230/2021), a qual alterou o artigo 10 da LIA, trazendo à baila mudanças pertinentes a este trabalho.

Por fim, com o uso do método hipotético dedutivo, as considerações finais foram positivas pois o objetivo específico almejado foi alcançado, bem como com a alteração na legislação resultou em solução à problemática deste trabalho.

2. APONTAMENTO GERAL SOBRE A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LIA)

A lei nº 8.249/91 – lei de improbidade administrativa, vulgarmente conhecida como LIA, emergiu no cenário pátrio a fim de coibir agentes públicos (servidores ou não), cuja conduta não se encontra alinhada aos princípios norteadores da Administração Pública.

A relembrar rapidamente, “os agentes públicos, são encontrados em quatro categorias ou espécies: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos e agentes delegados“ (MEIRELLES, 1990, p. 75).

Dessa forma, o seu desiderato principal não só foi como ainda o é, punir as práticas de atos de improbidade por parte de quaisquer dos agentes públicos. Ao encontro disso, “objetiva punir com severidade os desvios de conduta dos agentes públicos corruptos com relação aos “dinheiros públicos, danos ao erário e violação aos princípios da Administração” (ROSSI, 2020, s/n). Tem-se como improbidade:

[...] é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo ‘tráfico de influência’ nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos. (LAGO, 2001, s/n).

Isso se dá, pois exige-se que o agente público no exercício de suas funções para as quais foi designado aja de acordo com a honestidade, respeitando os princípios da ética, da lealdade e da boa-fé, além disso esteja atento aos princípios constitucionais que guardam a Administração Pública, em especial, o princípio da moralidade administrativa:

Ao que parece, quis o texto maior, na lição de Bandeira de Mello, ‘inibir que a administração se conduza perante o administrado de modo caviloso, com astúcia ou malícia preordenadas a submergir direitos ou embaraçar o exercício e, de modo reverso, impor-lhe um comportamento franco, sincero, leal’. (LAGO, 2011, s/n. *apud* MELLO, 1991, p.37)

Desse modo, à improbidade administrativa o agente público que é desonesto é aquele que destoa ou distorce os valores e princípios acima indicados, ou seja, é corrupto. Enquanto a

moral comum é orientada pela ética do bem e do mal, a moral administrativa remete à ideia do bom e do mau administrador, gestor e afins.

O artigo 37, caput da CF/88 possui redação na qual constam os princípios norteadores da Administração Pública, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e a eficiência.

Mais à frente, a previsão constitucional encontrada no §4º do artigo 37, tem-se *in litteris* “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”. Pontua-se que a norma constitucional não é exequível por si só.

Abre-se parênteses para mencionar que a maioria dos doutrinadores denomina essa espécie de ‘norma constitucional de eficácia limitada’, o ministro Celso de Mello, acentua em trecho de seu voto “[..] aplicabilidade depende, em consequência, da edição de ato legislativo que atue como requisito indispensável ao pleno desenvolvimento da normatividade do preceito constitucional em questão[...]”. Fecha-se parênteses.

Em síntese, busca-se estabelecer que a LIA, foi trazida à baila para regulamentar o quanto previsto não só no caput como igualmente no §4º, ambos do artigo 37 da CF/88 conforme já mencionado nas linhas pretéritas.

A lei de improbidade administrativa disciplina os atos de improbidade administrativa, cujas disposições estão respectivamente contidas no artigo 9º⁴ – atos de improbidade administrativa que causam enriquecimento ilícito, artigo 10⁵ – atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, artigo 10-A⁶ – atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e artigo 11⁷ - atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

⁴ “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”.

⁵ O artigo 10 da LIA será exposto mais à frente, em momento oportuno.

⁶ “Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003”.

⁷ “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”.

Quanto ao artigo 9º da LIA, o agente público neste incorre quando enriqueça ilícitamente, adquirindo para si ou outrem, bens que sejam “desproporcionais à evolução do patrimônio ou à renda do agente”, no exercício de seu cargo, função e afins (ROSSI, 2020, s/n).

Com o artigo 10, a mesma autora ensina “constitui conduta ímproba que causa danos ao erário quando o agente público permite ou facilita a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado”.

Ao artigo 10-A, ab initio deve-o compreender que a LC nº 116/2003, disciplina acerca do ISSQN – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (dos Municípios e do DF) e fixa no artigo 8º-A a alíquota mínima em 2%. Portanto, aquele que desrespeita o quanto disciplinado no caput e §1º do artigo 8º da Lei Complementar nº 116/2003, incorre no ato de improbidade do artigo 10-A da LIA (ROSSI, 2020, s/n).

E por fim, no que concerne o artigo 11, todo aquele que violar um dos princípios da Administração Pública, incorre em ato de improbidade, frisa-se que Marino Pazzaglini Filho ao comentar a lei, entende ser este último artigo de caráter “residual”, ou seja, incorre o agente na tipificação deste artigo caso tenha sido excluída as hipóteses dos artigos anteriores (ROSSI, 2020, s/n).

Em atenção à assertiva do parágrafo anterior, pode entendê-la assertiva, em que pese, no entanto, não ser incomum que o agente incorra em uma determinada conduta de um dos demais artigos, cumulada ainda, com lesão a algum princípio.

Assim, adentra-se ao campo do elemento do tipo, este em regra, doloso, ou quando encontrar-se o agente público imbuído de má-fé; sendo assim, um destes deve ser constatado quando o agente público incorrer em uma das condutas passíveis de caracterizar a improbidade administrativa dos artigos 9º, 10, 10-A e ou 11 da lei de improbidade administrativa.

Em se tratando do artigo 10, o legislador ao mencionar a culpa, remete à ideia primária de que à ação ou à omissão do ato, em havendo negligência, imprudência ou imperícia, o tipo restará caracterizado, fazendo-se necessário que haja nexos de causalidade entre a conduta do agente e o resultado danoso; ou seja, a “lesão ao erário” (NEVES; OLIVEIRA, 2018, s/n). Nesse sentido, surge a importância deste estudo.

2.1 Princípios constitucionais da Administração Pública

O artigo 37, caput da CF/88, prevê os princípios que circundam a Administração Pública, “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Destacam-se ab initio dois princípios que se encontram intimamente interligados, quais sejam, a moralidade e a legalidade, pois esta, ainda que observada, dependerá daquela para fins de aprovação do ato administrativo, bem como à validação.

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública. (MORAES, 2014, p. 342)

A assertiva é tão verdadeira, que no inciso LXXIII do artigo 5º há o controle judicial da moralidade administrativa, com o qual tem-se que qualquer cidadão poderá propor ação que vise anular ato administrativo que viole este princípio, ora relembra-se o brocardo *non omne quod licet honestum est* – nem tudo o que é legal é honesto.

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa. (DI PIETRO, 2019, s/n)

A Administração Pública ao atribuir competência para que os seus agentes pratiquem determinados atos administrativos, torna lícito através da lei exigir que:

[...] o uso da prerrogativa legal se dê em consonância com a moralidade administrativa, requisito este que, descumprido, ensejará a nulidade do ato, passível de proclamação por decisão judicial ou pela própria administração [...]” (DE DEUS, 2018, s/n) (grifado no original).

A partir disso, vez que se compreendeu a indispensabilidade e conexão existente entre ambos os princípios, passa-se a delinear brevemente acerca do primeiro supracitado; o princípio da moralidade administrativa, não é somente estar condizente com os valores éticos comuns, pois sobretudo tem em si um conjunto adstrito ao interior da Administração Pública (MEIRELLES, 1995, p. 82 *apud* MORAES, 2014, s/n).

Em vista disso, tem-se, “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” (NETO, 2009, p. 105 *apud* NEVES; OLIVEIRA, 2018, s/n). É imperioso que o administrador atenda à expectativa moral de seus administrados, ou seja, do interesse público.

Entende-se que o agente há de estar imbuído também da moral ordinária, por óbvio, no entanto, e sobretudo, há de estar completamente preenchido da moral administrativa, a qual o conduzirá à boa administração, pois caso contrário, por certo poderá incorrer em improbidade administrativa e estará sujeito às medidas judiciais cabíveis.

Segue-se o raciocínio “A conduta do administrador público em desrespeito ao princípio da moralidade administrativa enquadra-se nos denominados atos de improbidade, previstos pelo artigo 37, § 4º, da Constituição Federal” (MORAES, 2018, s/n).

Em atenção ao princípio da legalidade, é puramente constitucional, pois encontra a sua base legal logo no inciso II do artigo 5º da CF/88, o qual preconiza “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Nessa linha, todavia, esse texto é aplicável tão somente aos indivíduos particulares, não o sendo porquanto aplicável à Administração Pública. Quer-se dizer que esta, e o princípio da legalidade, possuem laços bem mais estreitos, de modo que aquela só poderá fazer aquilo que a lei e as demais espécies normativas, expressamente autorizarem o seu fazimento.

[...] inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitida a realização de tudo que a lei não proíba. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de *executor* do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica. (MORAES, 2014, s/n.)

Nesse sentido, enquanto qualquer indivíduo particular pode fazer tudo o que a lei não o proibir, exercendo assim, a sua vontade subjetiva, a assertiva não ocorre quando se trata da Administração Pública, haja vista esta possuir o dever de zelar pelo interesse público; “a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei”, faltando-lhe, pois, a “autonomia da vontade” (DI PIETRO, 2019, s/n).

Não bastasse, é até mesmo instrumento que garante direitos individuais dos cidadãos frente à Administração Pública, pois obstaculiza que esta aja a seu bel prazer e satisfação, “a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei” (DI PIETRO, 2019, s/n).

Com o princípio da impessoalidade, vê-se com a doutrina que há dois desdobramentos possíveis para fins de interpretação, o primeiro é a finalidade pública, com a qual diz-se que a atividade administrativa deve objetivar um fim, não favorecendo uma ou mais pessoas (DI PIETRO, 2019, s/n).

O sentido outro é que a Administração Pública não possui um rosto, isto é, no desenvolvimento de projetos, programas, obras e afins não se pode haver a promoção pessoal do agente público, pois não é este e sim a entidade (DI PIETRO, 2019, s/n).

O agente público é “um executor do ato, que serve de veículo de manifestação da vontade estatal, e, portanto, as realizações administrativo-governamentais não são do agente político, mas sim da entidade pública em nome da qual atuou” (MORAES, 2014, s/n).

Com o princípio da publicidade retorna-se à ideia da ‘democratização’ do acesso ao controle dos atos da Administração, pois devem submeter-se à publicidade por meio do Diário Oficial ou edital permitindo, “conhecimento do público em geral e, conseqüentemente, início da produção de seus efeitos, [...], permitindo-se os competentes recursos administrativos e as ações judiciais próprias” (MORAES, 2014, s/n).

O último é o princípio da eficiência, inserido pela EC 19/1998, referindo-se à qualidade do serviço prestado, quer-se dizer que não basta seja atividade ou serviço prestado nos moldes da legalidade, moralidade e restantes, deve-se atentar ainda à eficiência se satisfatório ao público.

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Há vários aspectos a serem considerados dentro do princípio, como a produtividade e economicidade, qualidade, celeridade e presteza e desburocratização e flexibilização, como acentua estudioso sobre o assunto. (RODRIGUES, 2012, 91-99 *apud* CARVALHO, 2018, s/n).

É preciso que se compreenda que ao falar-se nos princípios constitucionais da Administração Pública, não se intenta remeter aos atos de improbidade previstos no artigo 11 da LIA, mas sim auxiliar na compreensão de que é a partir do desvio de tais princípios pelo agente público, que surgem os primeiros traços de improbidade.

Esse desvirtuamento (dos princípios e valores) que devem circundar a Administração Pública, é o caminho pelo qual percorre o agente público até chegar à desonestidade e, conseqüente, improbidade administrativa. Assim, os citados princípios é que fazem o liame necessário à coerção da improbidade e à punição do agente público.

2.2 Improbidade versus inabilidade, administrativas – a conduta (ím) proba do agente público

Em via de regra, uma vez aviltado o princípio da moralidade administrativa, emergirá a improbidade, contudo ante à conduta do agente público, é indispensável que seja analisada sob a ótica de institutos que são um “apenso” que apesar de similares, são demasiados distintos, a improbidade e a inabilidade administrativas.

Sem receio de incorrer em tautologia, é preciso começar do início, atentando-se às origens etimológicas da palavra para melhor compreender, (NEVES; OLIVEIRA, 2018, s/n), pois bem, “o vocábulo “probidade”, do latim *probitate*, significa aquilo que é bom, relacionando-se diretamente à honradez, à honestidade e à integridade.

A improbidade, ao contrário, deriva do latim *improbitate*, que significa imoralidade, desonestidade”. Em verdade, a improbidade e a moralidade administrativas caminham em linhas paralelas uma à outra.

A conceituação de improbidade é tema que ainda se encontra submerso por divergência doutrinária no sentido que, há autores que entendem que se trata de um subprincípio da própria moralidade administrativa; já outros, entendem que a moralidade se trata de princípio constitucional que, quando aviltado, resulta na improbidade (NEVES; OLIVEIRA, 2018, s/n).

Um apontamento é certo, com vistas à indispensabilidade de o agente público agir de forma proba no exercício de sua função, haja vista a supremacia do interesse público, vê-se o encontro íntimo da moral com a figura do “bom administrador” (NEVES; OLIVEIRA, 2018, s/n), cujo qual é capaz de discernir entre a conduta lícita e a ilícita, justa e aquela que não o é; e ainda, em suma, a boa e a má administração.

Nessa toada, ao se pensar em boa e má administração, há o instituto da improbidade como também há a inabilidade⁸. Ora, a administração pode ser boa ou má no sentido antônimo à palavra probidade, pela presença de desonestidade, configurando a improbidade; como pode sê-la inábil, significando a ausência de habilidade técnica suficiente ao desenvolvimento de determinada função pública, isto é, a inaptidão do agente público, hipótese na qual tem-se a inabilidade.

Quando deparada com o julgamento do RESP 1.797.363 SE (2019/0040853-9)⁹, a ministra relatora do Superior Tribunal de Justiça, Regina Helena Costa apontou em trecho de seu voto:

⁸ Característica, particularidade ou condição de inábil; que não possui habilidade; inaptidão.

⁹ Trata-se de decisão monocrática, na qual a ministra relatora, quando se deparou com caso de suposta improbidade administrativa, no qual o Tribunal anterior havia conhecido a apelação interposta pelo ministério público e negado o seu provimento. Em síntese, no mérito não foi provido o recurso, visto que não restou caracterizado o ato de improbidade administrativa.

Outrossim, é cediço que o ato administrativo eivado de improbidade é aquele no qual se verifica uma grave imoralidade administrativa, qualificada pela potencialidade lesiva a bens e valores públicos tutelados pelo ordenamento jurídico, ocasionando enriquecimento ilícito, danos ao erário, ou a violação aos princípios que compõem o regime jurídico administrativo pátrio. Desse modo, a Lei n. 8.429/92, por força, sobretudo, de seu caráter punitivo, não pode ser aplicada a simples condutas de má administração ou meramente irregulares, conforme os precedentes.

Para melhor compreensão, é válido raciocinar da seguinte forma, a própria etimologia da palavra improbidade remete à ilicitude, à desonestidade; enquanto a inabilidade remete à pura ausência de técnica à realização de algo.

Em sendo assim, devem as conceituações serem rigorosamente apartadas a fim de que não se promova a responsabilização em massa de agentes públicos, pois nem tudo é improbidade, por vezes o agente público é só desprovido de determinada capacidade técnica ou inábil a algum serviço. Isto ainda se reafirma quando analisado o caráter punitivo da lei.

Em virtude do elemento culpa contido no artigo 10 da LIA é que surgem os institutos da inabilidade e improbidade administrativas, no entanto a jurisprudência e doutrina dominantes entendem que a primeira ocorre quando não for verificada a culpa grave, isto é, quando diante do caso concreto não a restar demonstrada.

Assim pretende-se deixar em hialino que se o agente público incorrer na considerada inabilidade administrativa não há que se falar em sua responsabilização por ato de improbidade, justamente pela ausência da denominada culpa grave, repisa-se.

Para que não emerjam óbices esclarece-se que a inabilidade administrativa é impossível de aparecer nos demais artigos (9º, 10-A e 11) em virtude do elemento subjetivo dolo.

3 DOS ATOS QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO (ARTIGO 10, LIA)

Em que pese haja 4 (quatro) artigos que disciplinem os tipos de atos de improbidade, para não muito delongar e esvair-se do objeto do presente trabalho, até única e exclusivamente ao artigo 10, caput, que dispõe acerca dos atos que causam prejuízo ao erário *in litteris*¹⁰. O referido traz extenso rol com inúmeras hipóteses.

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.

¹⁰ Os incisos VIII, XIX e XX sofreram modificações, por essa razão manteve-se os atuais e vigentes, os anteriores foram excluídos.

Trata-se de redação que preconiza os atos realizados por ação ou omissão que, de alguma forma, resultam em prejuízo patrimonial ao erário, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1^o¹¹.

O texto ainda é certo ao apontar os seus elementos expressamente, quais sejam, dolo e culpa, esta considerada “grave” pela jurisprudência e doutrina pátrias. O ponto principal do artigo é justamente a lesão ao erário na forma quanto descrita, fazendo-se despciendo eventual enriquecimento ilícito e ou princípios da Administração Pública aviltados (NEVES; OLIVEIRA, 2018, s/n), e ainda:

O pressuposto central para tipificação do ato de improbidade, no caso, é a ocorrência de lesão ao erário, sendo irrelevante o eventual enriquecimento ilícito do agente público ou do terceiro. Exemplo: agente público que realiza operação financeira de grande risco, sem autorização legal, causando perda financeira aos cofres públicos. Além da ocorrência da lesão ao erário, o ato de improbidade tipificado no art. 10 da LIA exige a comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) do agente e o nexo de causalidade entre sua ação/omissão e o respectivo danos ao erário.

Em suma, ao falar-se do artigo 10 remete-se aos atos de improbidade que causam dano patrimonial ao erário cometidos pelo agente público, de modo que, a responsabilização dependerá da comprovação do elemento, o qual, por meio da culpa deve-a ser “grave”; ademais o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado lesivo.

3.1 Elemento normativo, culpa (grave) do artigo 10 da LIA

Em se falando de elementos do tipo em que há a presença de dolo e culpa, percebe-se certa proximidade da LIA com alguns aspectos da constituição da improbidade administrativa com a seara do direito penal, quer queiram ou não, caminham lado a lado.

Para que seja possível proceder com aprofundada análise acerca do elemento contido no artigo 10, deve-se estudar os elementos estruturais do tipo, os quais subdividem-se em síntese, normativo e subjetivo.

¹¹ Art. 1º da LIA. “Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei”. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos”.

O elemento normativo demanda que haja um juízo de valor no caso concreto por parte do julgador, pois o mero levantamento cognitivo sobre aquele se faz ineficiente, assim sendo quer-se dizer que estão presentes as modalidades da culpa (BITENCOURT, 2012, s/n).

Lado outro, os elementos subjetivos são aqueles interligados à teoria finalista da ação, assim analisam qual *animus agendi* está presente, pois “é necessário também analisar o conteúdo dessa vontade, isto é, sua relevância típica”, nestes há a presença das espécies de dolo (BITENCOURT, 2012, s/n).

Conforme já mencionado alhures, o artigo 10 da LIA contém o elemento culpa grave. Para melhor compreender a priori faz-se necessário conceituá-la:

É o elemento normativo da conduta. A culpa é assim chamada porque sua verificação necessita de um prévio juízo de valor, sem o qual não se sabe se ela está ou não presente. Com efeito, os tipos que definem os crimes culposos são, em geral, abertos (vide adiante), portanto, neles não se descreve em que consiste o comportamento culposos [...] A culpa, portanto, não está descrita, nem especificada, mas apenas prevista genericamente no tipo. (CAPEZ, 2018, s/n)

Pois bem, sabe-se até o momento que a culpa é um elemento normativo em razão de haver a necessidade do juízo de valor a ser realizado pelo julgador. A partir disso, o elemento normativo possui quatro espécies: culpa consciente ou com representação, culpa inconsciente ou sem representação, culpa imprópria por assimilação ou culpa própria.

Na presente pesquisa focar-se á nas duas espécies principais, quais sejam, culpa consciente ou com representação e culpa inconsciente ou sem representação.

Repisa-se, à culpa consciente ou com representação, o agente conhece o risco de praticar determinada conduta, isto é, sabe que se praticá-la – por sê-la perigosa, poderá obter um resultado que não espera que se verifique, mas ainda assim o faz (BITENCOURT, 2012, s/n).

Noutro giro a culpa inconsciente é aquela na qual o agente age com descuido e desinteresse, tanto que nem mesmo previa que a sua conduta era perigosa e que obteria determinado resultado, assim tem-se que o agente age com puro desleixo e desatenção (BITENCOURT, 2012, s/n), advém da negligência, imprudência e imperícia.

Compreendida então que a culpa é um elemento normativo em virtude do juízo de valor que se subdividirá entre culpa consciente e culpa inconsciente, destarte cabe ainda buscar compreendê-la na figura de grave.

Nesse sentido de culpa grave, faz-se interessante salientar que é uma área pouco explorada tanto pela doutrina brasileira, quanto pelos tribunais pátrios, diz-se isso, pois percebe-se que ao falar-se daquela, muito pouco se aprofunda ou a encontra nada especificada, geralmente somente é indicada.

Para o presente trabalho, buscou-se romper essa superfície, trazendo à baila entendimento externado por Sérgio de Andréa Ferreira, nobre acadêmico do campo do direito administrativo¹²:

Em sentido semelhante, Sérgio de Andréa Ferreira afirma que a culpa referida no art. 10 da Lei 8.429/1992 é a denominada “culpa consciente”, não sendo suficiente a “culpa inconsciente” para configuração da improbidade administrativa. Enquanto a culpa inconsciente é aquela que deriva da negligência, imprudência e imperícia, a culpa consciente é aquela em que o agente prevê o resultado, mas achou que o mesmo não iria acontecer. (FERREIRA, 2005, p. 1.098 *apud* NEVES; OLIVEIRA, 2018, s/n).

Consoante se vê, nos dizeres de Sérgio de Andréa Ferreira, a culpa grave é aquela na qual o agente público extrapola os limites da negligência, imprudência e imperícia, age com desleixo e sequer tem consciência de sua conduta. O agente adentra na culpa consciente com a qual antevê que a sua conduta é perigosa e poderá resultar no tipo previsto e, mesmo não querendo que o resultado se verifique, assim o faz. Há, portanto, indícios dolosos.

Em verdade, ousa-se dizer que a culpa grave (culpa consciente) promove indícios de dolo. Entretanto, imperioso frisar que na melhor técnica não há que se confundir culpa consciente com dolo. Quer-se dizer, tão somente que há meros e iniciais indícios em razão de o agente antever a periculosidade de sua conduta.

A fim de demonstrar (na prática) a tese acima adotada, qual seja, de que a culpa grave é a culpa consciente, optou-se por trazer o julgado abaixo, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cuja relatoria foi da desembargadora Ana Paula Caixeta, escolhido pois bem corrobora com a tese em comento.

Este cuidou-se de embargos infringentes com o intuito de obter a reforma do v. acórdão que deu parcial reforma ao recurso do Ministério Público do Estado de Minas Gerais nos autos da ação de improbidade administrativa movida em face de Adalberto Luís da Costa, Anilton de Oliveira, João Adalberto de Andrade e Júlio César Fernandes de Souza¹³.

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE VERÍSSIMO. CONTRATAÇÃO ILEGAL DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA JURÍDICA E CONTÁBIL. INEXISTÊNCIA DE CONDUTA DESONESTA POR PARTE DOS RÉS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. MANUTENÇÃO DA

¹² Professor titular aposentado de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Desembargador federal aposentado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Patrono do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro. Autor, dentre outros, dos livros *Comentários à Constituição Federal de 1988*, *As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Estado*.

¹³ Em síntese, a discussão sobre a ocorrência ou não de conduta caracterizadora de improbidade administrativa deu-se em razão de serviços técnicos advocatícios e contábeis contratados sem licitação (inexigível por tratar-se de serviços especializados, segundo o entendimento da Corte Superior e há entendimento no mesmo sentido da Corte Suprema). Por maioria, foram acolhidos os embargos infringentes.

SENTENÇA. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS. Para configuração do ato de improbidade, nas hipóteses descritas nos artigos 9º e 11 da Lei nº 8,249/92, se faz necessária a comprovação do elemento subjetivo, qual seja, o dolo genérico. Por outro lado, para os atos descritos no artigo 10, necessária a efetiva comprovação do dano ao erário e do dolo ou culpa grave por parte do agente público. “O ato de improbidade administrativa pela própria articulação das expressões refere-se às condutas não apenas ilegais, pois ao ato ilegal é adicionado um plus que, no caso concreto, pode perfazer ou não um ato de improbidade. Daí que arte da doutrina, bate-se por perquirir o elemento subjetivo capaz de identificar não qualquer culpa praticada pelo agente público, mas necessariamente, um campo de culpa inconsciente, grave, denotando indícios de conduta dolosa. (RESP 879.040/MG, Rel. Ministro Fux, primeira turma, julgado em 21/08/2008, DJe: 13/11/2008). Conduta ilegal à contratação de serviços de assessoria jurídica e contábil sem a realização de processo licitatório ou concurso público, não evidenciado o alegado prejuízo ao erário, nem que os requeridos agiram imbuídos de excesso ou desvio de poder, descabe falar-se em ato de improbidade administrativa. Embargos infringentes acolhidos. V.V. EMENTA: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROCESSO LICITATÓRIO. DISPENSA INDEVIDA. SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS. NATUREZA SINGULAR. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. AUSÊNCIA. DOLO GENÉRICO. Para que se considere a inexigibilidade de licitação na contratação de serviços técnicos especializados, é necessária a comprovação da singularidade dos serviços que serão prestados, além da notória especialização técnica do contratado. 2. Comprovado o dolo genérico no descumprimento da norma legal, com a dispensa irregular do processo licitatório, está caracterizada a improbidade administrativa. (TJMG – EI 10701110031476003 MG, Rel. Ana Paula Caixeta, data de julgamento: 09/08/2016, data de publicação: 23/08/2016).

Extrai-se o seguinte trecho do acórdão da relatora: “[...] Registre-se que, ainda que seja possível a aplicação de penalidade na modalidade culposa, na linha da melhor doutrina, somente a culpa grave (ou culpa consciente) é que pode dar ensejo ao ato de improbidade”.

É capaz de verificar-se que ao analisar a conduta dos agentes públicos, buscando desvendar se estes haviam ou não incorrido em improbidade administrativa, foi apontado ainda o entendimento externado no RESP 879.040/MG¹⁴, no qual a culpa grave foi reafirmada como sendo a culpa consciente, pois o ministro adotou o mesmo entendimento do tribunal anterior.

Como preconizado pelo caput do artigo, a ação ou omissão do agente tem que ser dolosa ou culposa. Contudo, deve-se atentar para a adequada interpretação do elemento subjetivo do tipo, quando a conduta for culposa, pois há que se ter em mente não qualquer culpa, mas uma culpa consciente, capaz de causar danos ao erário. [...]. Ora, o ato de improbidade administrativa pela própria articulação das expressões refere-se a condutas não apenas ilegais, pois ao ato ilegal é adicionado um plus que, no caso concreto, pode perfazer ou não um ato de improbidade. Daí que parte da

¹⁴ O Ministério Público interpôs recurso especial em face de v. acórdão prolatado perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no qual restou improvido o recurso de apelação, restou com a seguinte ementa: “ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VENCIMENTO DE SERVIDORA MUNICIPAL OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO DE SECRETÁRIA MUNICIPAL DE SAÚDE MAIOR AO FIXADO AOS DEMAIS SERVIDORES DAS OUTRAS SECRETARIAS MUNICIPAIS (PERÍODO DE JUNHO DE 1995 A DEZEMBRO DE 1996). AUTORIZAÇÃO DO PREFEITO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DO NÃO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. SENTENÇA QUE DEIXOU DE TIPIFICAR AS CONDUTAS DOS REÚS EM ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DEIXANDO DE APLICAR AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS CORRESPONDENTES. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE APLICADO NA SENTENÇA. RECURSO DESPROVIDO”. (RESP 879.040/MG, relatoria do ministro Fux, primeira turma, julgado em 21/08/2008, DJe: 13/11/2008).

doutrina se bate pela perquirição do elemento subjetivo capaz de identificar não qualquer culpa praticada pelo agente público, mas necessariamente, um campo de culpa consciente, grave, denotando indícios de conduta dolosa. Não se trata de culpa leve, característica do agente inábil, aquela que conduz o administrador no erro interpretativo em busca do significado mais correto da aplicação da lei”. (Acórdão prolatado no processo de origem nº 10267059304977)¹⁵ GN

Resta, pois, devidamente entendido, e devidamente corroborado pelo exposto supra, que a culpa se trata de um elemento normativo e que, a culpa grave, é a mesma que a chamada culpa consciente na qual há indícios dolosos na conduta do agente.

Não sendo demais sobressaltar que, conforme visto, em se considerando o artigo 10 da LIA em sua modalidade culposa, a punição¹⁶ do agente público dar-se-á somente se restar inequívoca a culpa grave, pois se constatada culpa leve, não há que se falar em ato de improbidade, mas sim, de mera inabilidade.

3.2 Julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

A exemplo do exposto acima, de modo a corroborá-lo, foi selecionado v. acórdão do Tribunal Regional federal extraído do processo nº 0000928-90.2013.4.03.6105 – segredo de justiça, cuja relatoria foi da desembargadora federal Diva Malerbi.

Tratou-se de ação movida pelo Ministério Público Federal em face de pessoa jurídica – Fundação Instituto Tecnológico de Logística – FITEL e pessoa física, Valter Célio Boscatto, cujo intuito era a responsabilização do agente público; a petição inicial foi rejeitada na r. sentença e, com fulcro no artigo 19 da lei nº 4.717/1965¹⁷ sofrera reexame necessário. Veja-se a ementa colacionada infra:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965. INABILIDADE, INCAPAC/IDADE E /DESPREPARO DO AGENTE PÚBLICO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO CONFIGURADO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPROVAÇÃO INEQUIVOCA DO DOLO OU DA CULPA GRAVE DO AGENTE PÚBLICO. INDISPENSÁVEL. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO, NÃO PROVIDAS. 1. Decisão submetida à remessa oficial, consoante a jurisprudência assente do C. Superior Tribunal de Justiça e deste E. Tribunal Regional Federal, aplicando-se por analogia a Lei nº 4.717, de 1965, a qual prevê, em seu art. 19, que "a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição". 2. Cinge-se a

¹⁵ O ministro Fux em sua decisão não conheceu do recurso especial, e colacionou diversos trechos do v. acórdão prolatado perante o Tribunal de Justiça para reafirmar o quanto já havia sido externado pelos julgadores anteriores.

¹⁶ Abre-se parênteses para registrar, ainda que o agente público não incorra em culpa grave para sofrer sanção do artigo 12 da LIA, a depender do caso poderá, sem prejuízo, responder civil ou penalmente.

¹⁷ “Art. 19 da lei nº 4.717/1965, “A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo”.

controvérsia em apurar se os réus, diante das irregularidades relatadas na inicial, em face da execução de Convênio firmado com o Ministério da Educação, para a construção do Centro de Logística de Transportes, cometeram ato de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429, de 1992. 3. Não se pode estender o alcance da norma ou alargar a conduta descrita na lei. A improbidade vai além da ilegalidade e da irregularidade. A improbidade é ato voluntário desonesto, desprovido de boa-fé, no qual a vontade do agente é praticá-lo mesmo sabendo de sua antijuridicidade, ou seja, com objetivos escusos, contrário aos princípios que informam a Administração Pública. 4. O agente público inábil ou incapaz não deve ser punido pela prática de ato de improbidade administrativa, pois não age com má-fé, desonestidade ou deslealdade. 5. A Lei nº 8.429, de 1992 foi editada para punir o desonesto, o corrupto, aquele absolutamente desprovido de lealdade para com a Administração Pública e não o inábil, o despreparado tecnicamente. 6. A Administração Pública tem que treinar seus agentes para o exercício das funções de Estado que a ele pretende delegar ou, dar-lhe suporte técnico adequado, pois, em situação diferente disso, não se pode cogitar que a conduta do agente tenha ocorrido sequer com culpa simples, quanto mais com culpa grave ou dolo. 7. O elemento subjetivo, dolo ou culpa grave, é indispensável a caracterizar a intencionalidade exigida pela lei para a configuração do ato ímprobo, situação não caracterizada nos presentes autos. 8. Nega-se provimento à remessa oficial e à apelação do Ministério Público Federal, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos. (MALERBI, Diva, 2018, p. 1)

A fim de compreender-se a síntese do *case*, seguindo a história narrada pela desembargadora relatora, foi informado pelo Ministério Público Federal que a FITEL havia firmado convênio com o Ministério da Educação para que fosse construído o Centro de Tecnologia em Logística de Transporte em Campinas/SP no prazo de 19 (dezenove meses), no valor de R\$3.055.471,00 (três milhões, cinquenta e cinco mil e quatrocentos e setenta e um reais).

Assim, no decorrer do procedimento, as irregularidades verificadas foram inúmeras, como ausência de publicidade do edital da licitação contratando a empreiteira, realização de aditivo contratual passando a ter 35 meses e o valor de R\$ 3.811.658,41, mau gerenciamento da conta bancária do convenio, que ocorreram pagamentos de serviços não realizados, bem como em monta mais elevada que era o devido dentre outras irregularidades constatadas.

No v. acórdão vê-se que a r. sentença rejeitou a petição inicial, e pela ausência de comprovação de qualquer dos elementos – dolo ou culpa na conduta, que teriam causado prejuízo ao erário; “Ressalta-se que o elemento subjetivo – dolo ou, no caso, o elemento culpa - são essenciais à caracterização da noção de improbidade administrativa, que está associada à noção de desonestidade, de má-fé do agente público”. – Grifado no original.

Ato contínuo, houve a interposição de recurso de apelação pelo Ministério Público Federal este aduziu no mérito que não foram verificadas meras irregularidades, mas sim “flagrante violação ao ordenamento jurídico pátrio” – apontou-se no v. acórdão, e que o objeto do convênio foi cumprido pelos caminhos “os mais tortuosos possíveis e aduz que é contra

esses procedimentos adotados para se chegar na finalização do objeto do convênio que esta demanda se insurge”.

Sustentou o Ministério Público quanto à consciência do ato de improbidade, o seguinte: “a ré reconhece que foram pagos serviços não executados e que isso é a prova suficiente do cometimento de ato de improbidade administrativa; sustenta que a prática dos atos de improbidade, de forma consciente e voluntária pelos apelados restou [...] provada”.

No ICP¹⁸ uma das irregularidades constatadas foi “Ausência de constituição de processo formalizado de licitação e de documentos importantes para o entendimento da seleção [...]”. Percebe-se que uma das irregularidades cingiu a desorganização do arquivamento da respectiva documentação, pois, “[...] os documentos referentes à licitação se encontram desordenados, em diversas pastas e sem numeração, o que, além de contrariar a legislação, dificultou a localização e análise dos mesmos”.

A desembargadora relatora, no mérito, discorreu que ante à desorganização da documentação referente ao processo licitatório com vistas ao ICP (relatório sob o nº 150.300) “[...] a questão está mais para a falta de organização e de expertise por parte dos técnicos e administradores, do que para a desonestidade, a deslealdade, a ilegalidade e a má fé que a LIA busca reprimir e punir.

Ato contínuo, o ICP (relatório sob o nº 161.479) ante à constatação dos serviços sendo executados em desacordo com o quanto contratado, a desembargadora relatora reafirma “Mais uma vez o que se observa é um comportamento quase que amador da instituição, em executar o Convênio firmado, tanto é assim, que as recomendações mais significativas foram dirigidas à SETEC/MEC e não à própria FITEL”.

Com o ICP (relatório sob o nº 181.539), foram verificadas irregularidades nos pagamentos de serviços que não foram executadas incorreções com compensação de cheques, má gerência de conta corrente e etc., a desembargadora relatora reafirmou o seu entendimento no sentido da inabilidade do agente público, assim: “todas as incorreções e irregularidades na execução do Convênio 125/2001/PROEP, decorrem da inabilidade e do despreparo técnico que vem desde aqueles que o elaboraram até aqueles que ficaram incumbidos de sua execução”.

A relatora desembargadora, por fim, pontuou que a LIA emergira no cenário pátrio como meio de obstaculizar e punir as práticas ímprobas do agente público que é desonesto, desleal com o interesse público, não aquele que só não possui a expertise necessária ao exercício de determinada função pública.

¹⁸ ICP nº 15/2011 (1.34.004.200035/2010-53), contendo 3 (três) relatórios.

[...] em perfeita sintonia com o C. STJ, tem entendido que a inabilidade e o despreparo do agente público, em face da desídia administrativa em fornecer-lhe o preparo técnico adequado para o desempenho de suas funções, não pode ser fator justificador de sua condenação pela prática de ato de improbidade administrativa. Não se pode estender o alcance da norma ou alargar a conduta descrita na lei. A improbidade vai além da ilegalidade e da irregularidade. A improbidade é ato voluntário desonesto, desprovido de boa-fé, no qual a vontade do agente é praticá-lo mesmo sabendo de sua antijuridicidade, ou seja, com objetivos escusos contrários aos princípios que informam a Administração Pública”. (MALERBI, Diva, 2018, p. 14)

O recurso de apelação não foi provido, de modo que houve a manutenção da r. sentença em votação unânime. Em diversos trechos colacionados acima, a desembargadora relatora apontou expressamente que o caso em tela se tratou não de um ato improprio cometido pelo agente público, isto é, um ato desonesto e imbuído de má-fé, mas de mera inabilidade, falta de expertise.

3.3 De lege ferenda

No presente trabalho, acompanhando o cenário fático nacional do ano corrente (2021) no que concerne a (nova) lei de improbidade administrativa¹⁹ cumpre-se delinear sobre a sua perspectiva *de lege ferenda*, a nova lei que emergiu para reformar a anterior.

Ab initio estava pendente de sanção ou veto o PL - projeto de lei nº 2505, de 2021 de iniciativa do deputado federal Roberto de Lucena (PODEMOS) e autoria da Câmara dos Deputados originariamente sob o nº 10.887/2018, o qual “altera a lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa” (SENADO FEDERAL, 2021).

A saber, na data de 25 de outubro de 2021 o referido foi sancionado pelo Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, de modo que a lei nº 14.230/2021, “altera a lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa” (SENADO FEDERAL, 2021).

Está-se a asseverar isso desde o início, pois à título introdutório delinear-se-á sobre a recente decisão prolatada pelo ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal. Encontra-se *sub judice* perante o Supremo Tribunal Federal a ADI MC/DF nº 6678, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, a ação é movida pelo PSB – Partido Socialista Brasileiro em desfavor dos incisos II e III do artigo 12 da antiga lei nº 8.429/1992.

Cinge a discussão sobre o fundamento principal de que há contrariedade aos artigos 15 e 34, §4º da CF/88 ao permitir seja aplicada a suspensão dos direitos políticos a todo e qualquer

¹⁹ Projeto de lei sancionado já quando próximo o fim deste trabalho.

ato de improbidade administrativa, “independentemente da gravidade ou do elemento subjetivo da conduta”, o ministro transcreveu trecho da peça exordial.

Em sede cautelar, a parte demandante pleiteou pela suspensão dos efeitos do artigo 12, inciso II (na modalidade culposa, suspensão de direitos políticos) e inciso III (suspensão temporária de direitos políticos) com o intuito de obstaculizar a sua suposta aplicação desenfreada.

E em definitivo requereu a inconstitucionalidade do artigo 12, II da LIA para que a suspensão dos direitos políticos seja aplicada aos casos dolosos apenas; além disso, a inconstitucionalidade do artigo 12, III da LIA para que a suspensão dos direitos políticos seja vedada aos casos do artigo 11 da LIA (atos que contrariam os princípios da Administração Pública).

No decorrer de sua decisão, o ministro apontou, em exígua síntese, que o quanto previsto nos artigos 10 e 11 da LIA não era suficientemente grave à sanção de suspensão de direitos políticos quando confrontado com a CF/88 (em especial, artigos 15 e 34, §4º da CF/88), a fundamentação como um todo envolveu a proporcionalidade para com a razoabilidade da aplicação da referida sanção.

Na oportunidade, ainda, aproveitou para indicar grande expectativa no projeto de lei que prometia modificar dispositivos da LIA (então sancionado), o qual inevitavelmente também acarreta mudanças nas questões que são objeto de litígio na ADI, inclusive. Sob a ótica do ministro, o PL proporciona que a lei de improbidade possua base mais constitucional, isto é, mais uma constitucionalização, além de promover a sua atualização ao contexto e cenário hodiernos.

[...] tramita em estágio avançado no Congresso Nacional o PL 2.505/2021, originário da Câmara dos Deputados, que instituiu, ainda no ano de 2018, Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Mauro Campbell Marques, do Superior Tribunal de Justiça. Os trabalhos da comissão resultaram em anteprojeto, posteriormente apresentado pelo Deputado Federal Roberto de Lucena como Projeto de Lei 10.887/2018, cuja justificativa elucida a preocupação sobretudo com a desproporcionalidade de dispositivos do diploma legal objeto desta ação. (MENDES, Gilmar. Na decisão do pleito cautelar, 2021, p. 21).

Sem delongar, a parte dispositiva da decisão do ministro Gilmar Mendes restou da seguinte forma, de modo que se concedeu o pleito cautelar²⁰, nos moldes pleiteado.

²⁰ Desde então não houve mais movimentação processual relevante. A última foi a intimação da Procuradoria Geral da República, em 14/10/2021.

Conforme o quanto mencionado já nas linhas primeiras deste tópico, o PL já não é mais um PL, e sim lei sob o nº 14.230 de 25 de outubro de 2021, cuja sanção foi feita pelo Presidente Jair Messias Bolsonaro, reitera-se.

Possível deslocar a explicação do que era o projeto de lei que então, tornou-se lei: “dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da CF/88, alterando dispositivos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992” (SENADO FEDERAL, 2021). Bom, em síntese, a nova lei altera diversos dispositivos da lei nº 8.429/1992.

Para o presente trabalho, foca-se em apontar que a nova lei removeu a modalidade culpa (grave) do ato de improbidade administrativa (artigo 10 da LIA)²¹, mantendo-se, assim, apenas o elemento subjetivo – dolo, mas não tão somente, pois logo no artigo 1º, §1º é expressamente disciplinado que os atos de improbidade administrativa são essencialmente dolosos²².

Art. 1º. O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. §1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos artigos. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.

Em seguida, o §2º dispõe o que é considerado dolo, “a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente”. Percebe-se naturalmente que elemento subjetivo é ressaltado, com vistas ao “*animus agendi*”, a partir deste faz-se capaz de verificar a atividade comportamental do autor do delito (BITENCOURT, 2020, s/n).

Somente conhecendo e identificando a intenção — vontade e consciência — do agente poder-se-á classificar um comportamento como típico, especialmente quando a figura típica exige, também, um *especial fim de agir*, que constitui o conhecido *elemento subjetivo especial do tipo*, que, para a corrente tradicional, denominava-se *dolo específico* (terminologia completamente superada). Examinamos, a seguir, o elemento subjetivo geral (dolo) e os elementos subjetivos especiais do tipo. (BITENCOURT, 2020, s/n).

Em vista dessa prematura nova lei de improbidade, não é tarefa fácil posicionar-se contrário ou a seu favor de seu texto em sua integralidade, mas com vistas ao que foi pesquisado

²¹ Nova redação do artigo 10, “*in verbis*”: “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, [...]”:

²² Neste ponto, importante registrar que em que pese tenha-se focado na alteração sofrida no artigo 10, caput, diversos outros dispositivos/pontos foram igualmente modificados como a prescrição, as sanções do artigo 12 e outros.

para este trabalho tem-se positiva a alteração ocorrida no artigo 10 da LIA para com o presente trabalho, inclusive.

E, conforme o ministro Gilmar Mendes apontou em sua decisão, havia considerável expectativa na reforma da antiga lei, para fins de atualizá-la, mesmo constitucionalizá-la. E mais, em sua decisão denota-se que a Comissão Especial que elaborou o anteprojeto acenou positivamente às questões referentes ao artigo 10, o binômio sanção e ofensividade do ato e enfim.

Lado outro, o procurador da República Deltan Dallagnol posiciona-se rigorosamente contrário às alterações realizadas, pois sob a sua ótica a lei em comento tornar-se-á instrumento à impunidade de agentes públicos; assim subentende-se que a referida perde o seu caráter punitivo que esteve presente desde o início de sua vigência²³.

Em análise perfunctória, coerente se faz tal exclusão, tendo em vista que o elemento subjetivo dolo sempre foi regra, além disso o caráter punitivo da lei de improbidade sempre foi rigoroso; a modalidade culpa consistia em mera exceção do artigo 10, pois sempre se exigiu na modalidade culpa, fosse-a grave (consciente) para fins de punição do agente público por ato de improbidade administrativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante ao exposto, o presente trabalho buscou dimensionar o elemento culpa grave contido no artigo 10, caput da LIA, de modo ainda a fazer liame para com a distinção entre a improbidade e a inabilidade administrativas.

Conforme visto, a improbidade e a inabilidade administrativas são espécies distintas, impossíveis de serem confundidas quando observadas as próprias etimologias das palavras, visto que a primeira possui caráter relacionado à desonestidade, enquanto a segunda, da inabilidade técnica de agente público despreparado.

Ademais que em vista de a culpa ser um elemento normativo que demanda juízo de valoração por parte do julgador, na sequência, a culpa grave é aquela em que o agente extrapola os limites da culpa inconsciente (negligência, imprudência e imperícia), agindo então com desatenção e desleixo para com a sua conduta e o resultado.

²³ Em entrevista Jornal TV Cultura.

O agente adentra na culpa consciente quando antevê que a sua conduta é perigosa e poderá resultar no tipo previsto e, mesmo não querendo que o resultado se verifique, o agente assim o procede, destarte há indícios de dolo.

Outrossim diante do caso concreto verificou-se que o julgador promoveu o juízo de valor e, ao constatar que o agente público não havia agido com má-fé e desonestidade, mas com mera ausência de expertise, compreendeu-se que se tratava tão somente de caso de inabilidade administrativa, impassível de proceder-se com a responsabilização do agente por ato de improbidade administrativa.

Daí pode-se surgir a questão que se o agente incorreu em ato de improbidade com culpa grave, em uma das hipóteses do artigo 10 da LIA, será punido de acordo com o inciso II do artigo 12 da referida. Entretanto, caso reste inequívoca a inabilidade do agente, não a desonestidade, não há que se falar em sanção pela lei de improbidade; poderá suportar responsabilização na seara cível ou criminal.

Ora, a punição na modalidade culpa grave faz-se coerente e esperada, uma vez que o agente público age de forma consciente da periculosidade de sua conduta, estando presentes indícios de dolo; noutro giro, na hipótese de culpa inconsciente (negligência, imprudência ou imperícia), faz-se incabível que recaia sanção sobre o agente público por ato de improbidade quando este, em verdade, tão somente é inábil, cometera mera irregularidade.

Bom, ainda que sob à ótica da melhor justeza possa não ser agradável conceber que, o agente público que cause danos ao erário por ser inábil não sofrerá com rigorosa sanção conforme a LIA, fato é que pior seria se sofresse punição por algo não cometido.

Com efeito, entretanto, os impasses acerca do ato de improbidade administrativa na modalidade culpa encontram o seu findo uma vez que o PL - projeto de lei nº 2505, de 2021 foi sancionado em 25 de outubro de 2021 pelo Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, vigorando desde a data de sua publicação, pois, a lei nº 14.230 de 25 de outubro de 2021.

A nova redação do artigo 10 da lei em comento excluiu a modalidade culpa, assim, todos os atos de improbidade passam a ser envolvidos pelo elemento subjetivo, dolo; não havendo mais a exceção quanto à culpa.

Imperioso concluir-se que a exclusão da modalidade culpa se fez coerente, pois a regra sempre foi a presença do elemento subjetivo, isto é, exigia-se fosse a conduta dolosa, por conseguinte a culpa tratava-se de mera exceção contida apenas no artigo 10, e nesta exigia-se fosse-a grave (consciente), remetendo-se aos indícios dolosos.

Não bastasse, coerente ainda, com o caráter punitivo da lei de improbidade consoante o §4º do art. 37 da CF/88, visto que seu objetivo nunca o foi punir meras irregularidades, mas sim ilicitudes de agentes públicos desonestos, ímprobos.

Posto isso, pelo quanto esposado e, amplamente defendido no presente trabalho, conclui-o positivamente, haja vista o objetivo inicial e principal alcançado, isto é, a dimensão do elemento normativo culpa (grave) conjuntamente à inabilidade e improbidade administrativas.

E, por fim, em relação à nova lei que emergiu no cenário pátrio com a mudança trazida ao artigo 10 da LIA, igualmente entende-a positiva para o fim deste trabalho, pois auxilia na compreensão de que o ato de improbidade é e sempre foi, doloso. Assim, soluciona-se a problemática da modalidade culpa antes contida no artigo 10 da norma anterior.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de direito penal: parte geral**. – 17. ed. ver., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Parte geral. Coleção Tratado de Direito Penal**. volume 1. 26ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24/04/2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral** – 22. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. – 32ª Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

COSTA, Renato Saeger Magalhães. **A culpa como elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa**. BDM – Boletim de Direito Municipal, São Paulo, NDJ, ano 31, n. 11, p. 854-864, nov. 2015, disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/332933541_A_culpa_como_elemento_subjetivo_do_ato_de_improbidade_administrativa>. Acesso em: 15/10/2021.

COSTA, R. S. M. **A imprescindibilidade da má-fé para a configuração dos atos de improbidade administrativa**. Revista Digital de Direito Administrativo, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 490-505, 2014. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v1i2p490-505. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/77906>>. Acesso em: 14/10/2021.

COUTO, R. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DE DEUS, Ricardo Alexandre. **Direito administrativo**. 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

DELGADO, José Augusto. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva. v. 14, n. 1, p. 1-106, jan. /jun. 2002, acesso em 13/10/2021.

DICIONÁRIO ON-LINE DE PORTUGUÊS. Inabilidade. Disponível em: < <https://www.dicio.com.br/inabilidade/>>. Acessado em: 31/07/2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Biografia de Sérgio de Andréa Ferreira. *Jornal de Direito Administrativo* ISSN 2675-2921, a. 1, v. 1, n 3, junho/2020, disponível em: < <http://dtoadministrativo.com.br/>>. Acesso em 22/10/ 2021.

JUSBRAZIL. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/894975892/embargos-infringentes-ei-10701110031476003-mg>>. Acesso em 23/10/2021.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. **Improbidade administrativa**. *Revista dos Tribunais Online*. vol. 786/2001, p. 791 – 806, abr. 2001.

MEDEUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21ª ed. ver. ampl. atual. Belo Horizonte. Fórum, 2018.

MELLO, Cláudio Ari. **Improbidade Administrativa. Considerações sobre a Lei 8.429/92**. *Revista dos Tribunais Online*.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo**. 23ª ed. São Paulo. Editora RT, 1990.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34ª. ed. - São Paulo: Atlas, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa. Direito Material e Processual**. 6ª ed. ver; atual. ampl; Rio de Janeiro; Forense; São Paulo, Metodo, 2018.

ROSSI, Licínia. **Manual de direito administrativo** – 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PLANALTO. Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm>. Acesso em: 01/08/2021.

PLANALTO. Lei nº 4.829 de 2 de junho de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 01/08/2021.

PLANALTO. Lei nº 14.230 de 25 de outubro de 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm>. Acesso em: 26/10/2021.

SENADO FEDERAL. Atividade legislativa. Projeto de lei nº 2505 de 2021. Disponível em:<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149081>>. Acesso em: 24/10/2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Decisão monocrática. RESP 1.797.363 SE (2019/0040853-9), Rel. (a). Min. Regina Helena Costa, data do julgamento: 19/02/2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=106425455&tipo_documento=documento&num_registro=201900408539&data=20200219&formato=PDF>. Acesso em: 23/10/2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP 879.040/MG, Rel. Ministro Fux, primeira turma, julgado em 21/08/2008, DJe: 13/11/2008. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4101891&num_registro=200601093844&data=20081113&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 23/10/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. MI nQ20/DF-Rei. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 22 nov. 1996, p. 45.690.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6678 MC/DF, de relatoria do ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6113005>>. Acesso em: 24/10/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6678 MC/DF, de relatoria do ministro Gilmar Mendes. Íntegra de documento. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348112399&ext=.pdf>>. Acesso em: 24/10/2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. TJMG – EI 10701110031476003 MG, Rel. Ana Paula Caixeta, data de julgamento: 09/08/2016, data de publicação: 23/08/2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Samsung/Downloads/InteiroTeor_10701110031476003.pdf>. Acesso em: 23/10/2021.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. Pesquisa de Acórdãos, íntegra de documento. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6888164>>. Acesso em: 01/08/2021.

YOUTUBE. Jornal TV Cultura. Dallagnol critica mudanças na Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qUdyR4pjcC4>>. Acesso em: 26/10/2021.