



Seção: Artigos de Graduação

## **A imprescindibilidade da má-fé para a configuração dos atos de improbidade administrativa**

*The imprescindibility of the bad faith for the configuration of administrative improbity acts*

Renato Saeger Magalhães Costa

**Resumo:** Os atos de improbidade administrativa, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, exigem a presença cabal do elemento subjetivo do dolo para sua configuração – admitindo-se, para além deste, a culpa, segundo majoritária doutrina, nos casos dos atos descritos no artigo 10 da Lei nº 8.429/92, que causem prejuízo ao erário. Há, contudo, diferença entre irregularidades e ilegalidades oriundas da prática do ato de improbidade administrativa propriamente dito. Analisa-se, portanto, a necessidade da má-fé e da intencionalidade do agente público na prática de tais atos para que venha a ser condenado pelas condutas descritas na LIA – Lei de Improbidade Administrativa.

**Palavras-chave:** improbidade administrativa; dolo; má-fé; administração pública.

**Abstract:** Acts of administrative improbity, according to the precedents of the Brazilian Supreme Court of Justice, demand the presence of the subjective element of intent – or, according to the majority of the doctrine, serious fault, on those cases of the article 10 of the Law n. 8.429/92, the ones that cause damage to the public coffers. There are, however, differences between irregularities and illegalities from those acts of improbity, per se. Therefore, the present article is an analysis of the need of subjective intentionality and bad faith in doing these acts in order to convict the public agent on the punishment of the Administrative Improbity Law.

**Keywords:** administrative improbity; intent; bad faith; public administration.

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v1i2p490-505>

**Artigo submetido em:** março de 2014

**Aprovado em:** abril de 2014

## A IMPRESCINDIBILIDADE DA MÁ-FÉ PARA A CONFIGURAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Renato Saeger Magalhães COSTA\*

*Sumário: 1 Introdução; 2 Da necessidade do elemento subjetivo para a configuração do ato de improbidade administrativa; 3 Atos de improbidade e ressarcimento ao Erário; 4 Precedentes judiciais; 5 Conclusão; 6 Referências bibliográficas.*

### 1 Introdução

Administrar é atividade de quem não é senhor absoluto daquilo que se administra (LIMA, 1982, p. 63). Por isso, a Administração Pública é formada por pessoas cujas condutas devem espelhar a gestão do aparato público em defesa do interesse coletivo, público e difuso.

Às pessoas munidas com tais poderes – à Administração, portanto – só é dado fazer aquilo que a lei autoriza de forma prévia e expressa; e é a própria lei que delimitará o trato de tal atividade administrativa.

Desta feita, a necessidade de se enquadrarem condutas impróprias por parte de agentes públicos<sup>1</sup> e imputá-las como improbidade administrativa encontra fundamento na incessante capacidade humana de realizar condutas reprováveis quando no manejo da “coisa pública”.

De fato, a criatividade humana para conjecturar atitudes nefastas é inigualável, o que exige a elaboração de normas que se adéquem a tal peculiaridade e permitam a efetiva proteção do interesse tutelado, *in casu*, o interesse público (GARCIA; ALVES, 2006, p. 272-273).

---

\* *Graduando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Estagiário de Direito Público.*

<sup>1</sup> Durante todo o artigo tratar-se-á o agente público como o sujeito ativo dos atos de improbidade administrativa, não obstante entendermos que terceiros sem qualquer vínculo com a Administração Pública podem cometer tais atos, conforme previsão legal. A doutrina brasileira tem explicitado que “o terceiro, o particular, aquele que não é servidor ou agente público, segundo a lei, somente poderá ser co-autor ou participante na conduta ilícita. De fato, o agente ou servidor público é quem dispõe efetivamente de meios e condições muito eficazes de realização das condutas materiais [...]. a lei é clara: as figuras para terceiros circunscrevem-se a duas ações: ‘induzir’ ou ‘concorrer’” (FIGUEIREDO, 2000, p. 34 - 35). Assim, tem-se que o sujeito ativo primário será o agente público, servidor ou não, cujo vínculo se estabeleça ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo 1º da LIA; sendo, por consequência, o terceiro em colaboração a esse agente público, o sujeito ativo secundário (artigos 2º e 3º da Lei nº 8.429/92). De fato, não restam dúvidas de que tanto o agente público, como o terceiro – que induza, colabore ou se beneficie dos atos praticados com aquele –, serão capazes de configurar no polo passivo da relação jurídica processual estabelecida a fim de punir os atos de improbidade administrativa.

Neste esteio, não restam dúvidas de que a LIA – Lei de Improbidade Administrativa possui uma notável importância, inclusive pedagógica<sup>2</sup>, principalmente devido à necessidade de regulação legislativa sobre o tema.

Válido assinalar, desde já, a compreensão de que não será qualquer ato irregular capaz de ensejar a punição por improbidade administrativa, não podendo toda atitude inadequada do agente público ser enquadrada como improbidade, por mais funesta que seja.

É cediço que a improbidade administrativa – que deriva do latim *improbitas*, significando má qualidade, imoralidade ou malícia (NEIVA, 2005, p. 13) – é fato jurídico ilícito (OSÓRIO, 1998, p. 57), sinônimo de corrupção, malversação administrativa (PAZZAGLINI FILHO, 2002, p. 16), consubstanciando-se, portanto, em conduta antiética do agente do Poder Público, na condução da coisa pública (TOLOSA FILHO, 2003, p. 42) que promove o desvirtuamento da Administração e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica, revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções públicas e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos (PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1999, p. 37–38).

A Lei de Improbidade Administrativa, então, tutela a probidade / moralidade administrativa<sup>3</sup>.

No ponto, importante assinalar brevemente que a doutrina diverge quanto à verdadeira posição dogmática da conduta de probidade tutelada pela Lei nº 8.429/92: se subprincípio da moralidade<sup>4</sup>, se seu equivalente<sup>5</sup>, ou se um conceito ainda mais amplo do que aquele da moralidade<sup>6</sup>, mesmo sendo pacífica a posição de que a

---

<sup>2</sup> A função pedagógica das sanções legais é defendida por vasta doutrina e jurisprudência, uma vez que a penalidade não pode deixar de ter, além de seu caráter de castigo, a função de evitar que outras transgressões similares venham a acontecer, ou de ensinar / incentivar a mudança de consciência do imputado. Nesse sentido, “ser culpável é ser passível de ser responsabilizado, é possuir capacidade de ser punido, castigado por seus atos, com um sentido pedagógico” (OSÓRIO, 2005, p. 443).

<sup>3</sup> Francisco Octávio de Almeida Prado afirma que “probidade significa honradez, honestidade. Improbidade é desonestidade, ausência de honradez. O termo que o constituinte se serviu para designar a categoria de ilícito que se quis instituir tem carga significativamente acentuada, que interfere profundamente com o elemento subjetivo das condutas configuradoras de improbidade administrativa. O elemento subjetivo é o vínculo psicológico, o nexos subjetivo que une o agente ao resultado. A improbidade pressupõe, sempre, um desvio ético na conduta do agente, a transgressão consciente de um preceito de observância obrigatória. Não deve, pois, existir ato de improbidade, ainda que de caráter omissivo, sem impulso subjetivo, sem propósito de violação de um dever jurídico.” (PRADO, 2001, p. 37).

<sup>4</sup> Tese defendida por Thiago Marrara (2012, p. 167), Eurico Bitencourt Neto (2005, p. 105), José Antonio Lisboa Neiva (2005, p. 13) e Wallace Paiva Martins Júnior (2001, p. 111).

<sup>5</sup> Esse tem sido o entendimento por outra parcela da doutrina administrativa mais recente. Dentre os defensores deste pensamento estão José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 1073), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 709) e Marcelo Figueiredo (2004, p. 23–24).

<sup>6</sup> Conforme entendimento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2004, p. 120).

improbidade administrativa é ato ilícito afincado à corrupção<sup>7</sup> e aos crimes de responsabilidade (DI PIETRO, 2012, p. 879).

Sabe-se, portanto, e a teor da Lei nº 8.429/92, LIA, que a conduta ímproba é aquela que importa em enriquecimento ilícito – conforme preceitua o artigo 9º –, que cause prejuízo ao erário – artigo 10 –, ou que atente contra os princípios da Administração Pública – artigo 11 da mencionada Lei.

É de difuso saber, contudo, que não basta a atitude fática se igualar à hipótese prevista na LIA para que haja a configuração do ato de improbidade administrativa. Para além do elemento objetivo do tipo legal da ação ou omissão do agente público, mister se faz analisar a sua intenção.

Assim, os atos de improbidade administrativa também necessitam, além da previsão em lei, da presença do elemento subjetivo da má-fé.

## **2 Da necessidade do elemento subjetivo para a configuração do ato de improbidade administrativa**

A tipificação da improbidade administrativa exige a intencionalidade do agente público, para muito além da pura irregularidade na gestão ou na condução da prática administrativa. Cediço, portanto, que não se pode confundir a improbidade administrativa com a mera ilegalidade<sup>8</sup>.

Nessas condições, a má-fé, o atuar desonesto, ou a intenção de atentar contra os imperativos legais deve estar presente para a configuração do ato de improbidade administrativa, de modo que nem todo ato ilegal ou irregular é passível de enquadramento na LIA.

De um modo geral, especializada doutrina recomenda cautela no manejo da Lei de Improbidade Administrativa, principalmente no que tange à precariedade de apuração subjetiva dos atos que supostamente atentem contra os princípios da Administração Pública – aqueles previstos no artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

É que o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil (MORAES, 2002, p. 2611). Ou seja, para que se possa enquadrar o agente público na LIA é necessário que se perceba o dolo ou a má-fé no prejuízo ao ente público, na afronta aos princípios da Administração ou no enriquecimento ilícito do agente às custas do erário (MATTOS, 2005, p. 7–8), pois a falta de honestidade é a causa da improbidade (OSÓRIO, 1998, p. 62).

Sebe-se, sobre o tema, que “o dolo que se exige (para fins de aplicação da Lei de Improbidade) é o comum; é a vontade genérica de fazer o que a lei veda ou não fazer o

---

<sup>7</sup> STJ, REsp 758.639/PB, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, Publicação em 15/5/2006.

<sup>8</sup> Válida é a lição expressa no REsp 480.387/SP, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, sobre a aplicação da Lei de Improbidade, pois é “necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa.” (STJ, REsp 480.387/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, 24.05.2004).

que a lei manda” (MAZZILLI, 2000, p. 326), integrando, portanto, a ação do agente, visto que “é parte de um todo ontologicamente indecomponível, não podendo estar fora de seu ente real por força de exigências metodológicas” (REALE JÚNIOR, 1998, p. 62–63).

Inexistindo tal apuração subjetiva, resta prejudicada a inexorável intencionalidade do agente público em causar dano ao patrimônio público<sup>9</sup> capaz de tipificar sua conduta como ímproba.

Há, portanto, de se perquirir a intenção do agente para verificar se houve um mínimo de má-fé em sua conduta que revele realmente a presença de algum comportamento desonesto, pois, de outro modo, não ocorrerá o ilícito previsto na Lei de Improbidade Administrativa (DI PIETRO, 2012, p. 897–899).

Essa distinção é fundamental, portanto, para que se evite transformar qualquer infração ou irregularidade administrativa em ato de improbidade (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1024), pois “a aplicação da lei exige bom senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa” (DI PIETRO, 2012, p. 899).

Sendo assim, a improbidade administrativa consiste na ação ou omissão intencionalmente violadora do dever constitucional de moralidade no exercício da função pública (JUSTEN FILHO, 2008, p. 828), não se podendo punir todo e qualquer erro dos gestores públicos, sob pena de se consagrar a Lei de Improbidade Administrativa como espúria e manifestamente injusta (OSÓRIO, 2007, p. 271).

---

<sup>9</sup> Importante mencionar que o conceito de “patrimônio público” é entendido com maior abrangência do que aquele de “erário”. Segundo preceitua o artigo 1º, §1º, da Lei nº 4.717/1965, patrimônio público são os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. Isso quer dizer que patrimônio público tem um conceito mais amplo do que aquele de erário, já que, além dos bens e interesses de natureza econômico-financeira, também contempla os interesses e bens abstratos e imateriais. Válido dizer, a título de exemplo, que para Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, apesar de o artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa fazer referência aos atos que “causam lesão ao erário”, na verdade, este deve ser aplicado aos atos que “causam lesão ao patrimônio público” (GARCIA, 2008, p. 47), impondo gravame mais oneroso aos agentes públicos pela imediata aplicabilidade das sanções da Lei nº 8.429/92. Quanto a esse entendimento, com todas as vênias possíveis, ousamos discordar, pelo fato de que os incisos do artigo 10 da já mencionada lei importam inexoravelmente em danos materialmente financeiros ou econômicos. Assim o faz, também, Marino Pazzaglini Filho, ao dizer, sobre o mencionado artigo, que “é requisito de sua configuração a ocorrência de efetivo dano material aos cofres públicos. Nem o prejuízo presumido nem o dano moral serve para sua caracterização. Pelo contrário, sem prova da perda patrimonial certa não se verifica esse tipo de improbidade administrativa” (PAZZAGLINI FILHO, 2002, p. 73). Acreditamos, portanto, que a expressão foi corretamente utilizada pelo Legislador, no *caput* do artigo 10, não cabendo interpretação extensiva, para o presente caso.

Válida é a lição de Marçal Justen Filho, ao asseverar que o ponto fundamental para o entedimento da imprescindibilidade da má-fé para a configuração dos atos de improbidade administrativa reside no fato de que as hipóteses de condutas ímprobadas estão figuradas expressamente nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA<sup>10</sup>, e não são apenas hipóteses de desonestidade, parcialidade, ilegalidade ou deslealdade. Ou seja, seria “indispensável a configuração de improbidade *mais* desonestidade, parcialidade, ilegalidade ou deslealdade. Assim, se o sujeito simplesmente adota uma interpretação que ofende a lei, não é possível submetê-lo ao sancionamento por improbidade” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1024).

De fato, a doutrina é firme ao asseverar que os atos de improbidade administrativa demandam imprescindivelmente o elemento subjetivo; não se admitindo qualquer infração por improbidade administrativa sem a intencionalidade dolosa (*intent*).

Nos dizeres de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, “é insuficiente a mera demonstração do vínculo causal objetivo entre a conduta do agente e o resultado lesivo. Inexistindo um vínculo subjetivo unindo o agente à conduta, e esta ao resultado, não será possível demonstrar ‘o menosprezo ou descaso pela ordem jurídica e, portanto, a censurabilidade que justifica a punição (‘malum passionis ob malum actionis’)” (GARCIA; ALVES, 2008, p. 266–267).

Então, reforça-se: sem o elemento subjetivo intencional de desobediência ao padrão de conduta ética é impossível a configuração de atos de improbidade passíveis de punição pela Lei nº 8.429/92.

Este é, aliás, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça<sup>11</sup>, cujo precavimento alerta os diversos magistrados brasileiros a serem cautelosos quanto à imposição de sanções relacionadas aos atos de improbidade administrativa<sup>12</sup>, uma vez que dificilmente pode-se aferir com precisão a sua real concretude fática e intencionalidade.

Por derradeiro, e conforme os entendimentos acima esposados, é de ver-se que os artigos da Lei nº 8.429/92 exigem a presença do elemento subjetivo de intencionalidade, demonstrando que a má-fé intrinsecamente à atitude irregular é indispensável à tipicidade da conduta ímproba, não bastando, para tanto, o mero enriquecimento ilícito, dano ao erário ou confronto aos princípios administrativos previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Inconteste, então, que não se pode imputar ato de improbidade a quem não tenha agido por mobilização subjetiva, uma vez que é imprescindível a presença dos

---

<sup>10</sup> José dos Santos Carvalho Filho apresenta hipótese extra de improbidade administrativa, não prevista na LIA, mas na Lei nº 10.257/2001 – Estatuto das Cidades –, que em seu artigo 52 prevê a possibilidade de o prefeito ser incurso nas penas da Lei nº 8.429/92, por algumas ações ou omissões relativas à ordem urbanística. Haveria, portanto, uma quarta categoria de atos de improbidade (CARVALHO FILHO, 2013, p. 1083).

<sup>11</sup> Há muito tempo essa tem sido a diretriz utilizada pela Corte: “De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado.” (STJ, REsp 213.994-0/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Garcia Vieira, Publicação em 27/9/1999).

<sup>12</sup> STJ, REsp 1286466/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, Julgamento em 3/9/2013.

elementos subjetivos dolo ou culpa<sup>13</sup>, sob pena de ocorrer a responsabilidade objetiva do agente público (CARVALHO FILHO, 2013, p. 1083).

Nesse contexto, Mônica Nicida Garcia (2008, p. 49), do Ministério Público da União, clarifica o que até aqui foi exposto, ao afirmar que a caracterização de um ato de improbidade administrativa importa, necessariamente, a presença do elemento subjetivo consubstanciado na má-fé, na intencionalidade desonesta do agente público, ou em sua culpa.

Conforme o exposto, não será qualquer irregularidade capaz de configurar o ato ímprobo, exigindo-se, para tanto, a devida comprovação da má fama, incorreção ou má índole (LAZZARINI, 2000, p. 50) do agente público ímprobo.

Uma vez presentes ambos os requisitos – objetivo e subjetivo – capazes de aferir determinado ato de improbidade administrativa, o agente público enfrentará as consequências dessa sua atitude reprovável, devendo, dentre outras punições previstas expressamente no artigo 37, §4º, da Constituição Federal de 1988, e no artigo 12, da Lei nº 8.429/92, ressarcir ao erário a exata medida do dano financeiro que seu ato causou.

### **3 Atos de improbidade e ressarcimento ao Erário**

Seria incompleto tratar do tema da indispensabilidade do elemento subjetivo para configuração dos atos de improbidade administrativa sem pincelar, ainda que brevemente, sobre a previsão de ressarcimento ao erário para os casos em que se comprove dano aos cofres públicos.

É certo que a Lei de Improbidade possui caráter mui aberto, devendo, por esta razão, sofrer a devida dosagem de bom senso por parte do intérprete para que mera irregularidade formal, que não se subsume como devassidão ou ato ímprobo, não seja enquadrado a presente lei, com severas punições (MATTOS, 2010, p. 365 – 366).

Nesse ponto, resta evidenciado que certos atos, ainda que irregulares ou ilegais, não serão passíveis das penalizações previstas na Lei nº 8.429/92, mas sim, sanções administrativas ou punições oriundas de outras fontes normativas, que não a Lei de Improbidade Administrativa.

---

<sup>13</sup> Assim como também é o posicionamento de Fábio Medina Osório, Alexandre Albagli Oliveira, Emerson Garcia, e outros, a indispensabilidade da presença do elemento subjetivo culposo expressamente previsto no *caput* do artigo 10 é incontestável, visto que a gravidade do dano ao erário pode ensejar a aplicação das penalidades da LIA, mesmo que por imperícia, negligência ou imprudência (CARVALHO FILHO, 2013, p. 1085). Em sentido diverso, Maria Sylvania Zanella Di Pietro cogita a possibilidade de o dispositivo que insere a culpa no *caput* do mencionado artigo ter sido fruto de uma falha do Legislador, uma vez que a responsabilidade objetiva do agente público destoa dos demais dispositivos do sistema jurídico brasileiro (DI PIETRO, 2012, p. 900). No mesmo passo, Sérgio de Andréa Ferreira afirma que a improbidade pressupõe conduta dolosa, porque ninguém jamais seria desonesto culposamente, por descuido ou imperícia (FERREIRA, 2002, p. 35). Alguns autores, neste sentido, chegam a considerar a expressão inconstitucional, como é o caso de Aristides Junqueira Alvarenga (2001, p. 88) e Mauro Roberto Gomes de Mattos (2005, p. 253 – 257). A jurisprudência brasileira também trata do tema, conforme se depreende de alguns julgados do STJ, à saber: REsp 939142/RJ, Relator Ministro Francisco Falcão, com publicação em 10/4/2008; e AgRg no AREsp 21.662/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, com publicação em 15/2/2012.

Para tanto, entende-se ser perfeitamente possível, e até mesmo obrigatório, punir condutas irregulares ilícitas praticadas por agentes públicos. Mas isso não autoriza, de forma alguma, a imposição de sanção de improbidade para toda e qualquer conduta administrativa irregular. A tanto se opõe o princípio da razoabilidade (DI PIETRO, 2012, p. 899) e da proporcionalidade entre meios e fins (JUSTEN FILHO, 2012, p. 1024).

É possível se extrair do que tem sido ensinado pela doutrina, portanto, que há atos ilicitamente irregulares praticados por agentes públicos que não são necessariamente atos ímprobos, pois “não pode o legislador dizer que tudo é improbidade” (FIGUEIREDO, 2000, p. 104), restando, assim, impossível a punição da LIA para toda e qualquer atitude irregular.

Entretanto, e na mesma linha de raciocínio, é perfeitamente aplicável a afirmativa de que existem atitudes que, apesar de não consistirem material e subjetivamente em atos de improbidade administrativa, podem sofrer algumas das mesmas punições que aquelas atitudes constantes da Lei nº 8.429/92.

Neste esteio, e em primeira instância, importa alertar que o artigo 5º da Lei de Improbidade prevê a possibilidade de ressarcimento ao erário em detrimento de ato doloso ou culposo, por ação ou omissão.

Contudo, e no mesmo passo de como se tentou delinear nos parágrafos antecedentes, não é ocioso alertar que tal hipótese – artigo 5º da LIA – não consiste em punir ao ressarcimento ao erário um ato equivalente àquele de improbidade administrativa propriamente dito – previstos nos arts. 9º, 11, e principalmente aqueles do artigo 10 –, sendo certo que algumas irregularidades que não são ímprobos podem ser punidas por esta mesma sanção do dispositivo da Lei nº 8.429/92.

No ponto, impende lembrar que não obstante a Lei de Improbidade Administrativa ter inserido o ressarcimento ao erário no capítulo reservado às penas, têm-se entendido que o ressarcimento possui uma função compensatória / indenizatória, e não uma função punitiva.

De fato, o ressarcimento ao erário tem por escopo a reparação dos prejuízos materiais, econômicos e financeiros causados por um ato ilícito (seja esse ato de improbidade ou não).

Assim, o ressarcimento ao erário não deve ser considerado como uma pena, mas sim, como uma decorrência do dever de se reparar patrimonialmente determinado dano financeiro devidamente aferido, fazendo com que o erário volte ao seu *status quo ante*.

Quanto ao ressarcimento do dano, constitui uma forma de recompor o patrimônio lesado. Seria cabível, ainda que não previsto na Constituição, já que decorre do artigo 159 do Código Civil de 1916, que consagrou, no direito positivo, o princípio geral de direito segundo o qual quem quer que cause dano a outrem é obrigado a repará-lo (DI PIETRO, 2012, p. 900).

Nesses termos, “há casos de imoralidade administrativa que não atingem as raias da improbidade, já que esta há de ter índole de desonestidade, de má-fé, nem sempre

presentes em condutas ilegais, ainda que causadoras de dano ao erário” (BUENO; PORTO FILHO, 2001, p. 108).

Reforça-se, então, que somente porque o agente público deve ressarcir ao erário – ocorrendo comprovada lesão aos cofres públicos por ação ou omissão, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido<sup>14</sup> –, não significa dizer que esteja praticando um ato ímprobo, ainda que na modalidade culposa.

Para um maior esclarecimento, revela-se válida a leitura de voto da Ministra Eliana Calmon, em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça<sup>15</sup>, no qual restou afastada a punição pela conduta de improbidade administrativa – por ausência do elemento subjetivo –, e imposto o devido ressarcimento ao erário – pelo seu teor de restituição ao dano causado:

não há elementos suficientes a justificar a presença de conduta culposa da empresa ré [...]. A culpa do réu, nos casos de atos de improbidade que importem lesão ao erário, deve se materializar em alguma ação comissiva ou omissiva, que demonstre o agir com imperícia, imprudência ou negligência, o que não ocorre na hipótese em comento. É sabido que ninguém pode alegar o desconhecimento da lei para se beneficiar, mas daí exigir que uma empresa privada tenha pleno conhecimento de requisitos legais, contidos na Lei de Responsabilidade Fiscal, para a concessão de benefícios fiscais, punindo-a por improbidade administrativa, a título de culpa, é demasiadamente excessivo. Todavia, isso não impede o integral ressarcimento ao erário dos valores tributários que o município deixou de recolher em razão da redução ilegal da base de cálculo do imposto, conforme determinado na instância ordinária.

Inconteste, nesses termos, que a necessidade de ressarcimento ao erário, por si só, não é capaz de definir um ato irregular como ímprobo.

Apesar de ser prevista na LIA, não é correto afirmar que apenas atos de improbidade administrativa que importem lesão material aos cofres públicos sofrerão necessidade de ressarcimento aos cofres públicos, sob pena dessa “interpretação ampliada acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do agente público”<sup>16</sup>.

Por fim, e acerca da necessidade de comprovação do dano para que seja requerido o ressarcimento ao erário – exigido pelo artigo 5º da Lei de Improbidade –, cumpre trazer à baila lição de Pedro da Silva Dinamarco, para quem “em toda disciplina da

<sup>14</sup> Quanto a necessidade de comprovação de dano aos cofres públicos para a condenação de ato de improbidade administrativa com sanção consistente em ressarcimento ao erário, é válida a leitura de alguns precedentes do STJ, sabendo que “não se repõe dano hipotético ou presumido, mas dano material, concretamente provado, estreme de dúvida, pelo autor da ação civil por ato de improbidade no transcorrer do processo” (PAZZAGLINI FILHO, 2002, p. 121): REsp 980.706/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, Publicação em 2/3/2011; REsp 1.127.143/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, Julgamento em 22/6/2010; REsp 805.080/SP, Primeira Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, Julgamento em 23/6/2009; e REsp 939.142/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, Publicação em 10/4/2008.

<sup>15</sup> STJ, REsp 1277917 AP, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, Publicação em 26/9/2013.

<sup>16</sup> STJ, REsp 480.387/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, Publicação em 24/5/2004.

nulidade dos atos jurídicos em geral (privados ou públicos), o prejuízo concreto é que justifica a anulação (*pas de nulité sans grief*). Daí o motivo para que só caber a invalidação do ato ou o pedido de ressarcimento quando algum efetivo prejuízo existir. Se o ato se realizou e não causou prejuízo algum, ou se prejuízo algum foi provado (o que traz o mesmo resultado prático, pois *quod non est in actis non est in mundo*), a proclamação de eventual nulidade ou a procedência do pleito ressarcitório não têm lugar” (DINAMARCO, 2001, p. 291).

Com o escopo de dirimir quaisquer dúvidas acerca do assunto, e fulminar qualquer entendimento contrário que não importe na afirmação de que o dolo ou a culpa grave são imprescindíveis à configuração do ato ímprobo<sup>17</sup>, válido colacionar alguns julgamentos paradigmáticos de diversas Cortes brasileiras.

#### 4 Precedentes judiciais

O Superior Tribunal de Justiça tem constantemente enfrentado a matéria em diversos julgados no decorrer dos últimos anos. Majoritariamente, tem-se defendido que a má-fé é imprescindível para configuração da prática de ato de improbidade administrativa, como se vê:

A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador. [...] Destarte, o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa. (STJ, REsp 1.164.947/DF, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, Publicado em 9/9/2010).

A caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo lato sensu ou genérico. (STJ, AgRg no AREsp 301378/MG, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, Julgamento em 6/8/2013, Publicação em 14/8/2013).

A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. (STJ, AgRg no REsp 975540 / SP, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Publicação em 28/11/2011).

O que se extrai dos julgamentos do STJ é que a ausência de comprovação de dolo não permite a procedência da ação de improbidade administrativa pelo fato de o ato de improbidade, na sua caracterização, como regra, exigir o elemento subjetivo de intencionalidade, conforme se depreende da Lei de Improbidade Administrativa.

---

<sup>17</sup> Assim como parcela minoritária da doutrina, é possível encontrar em alguns poucos precedentes do STJ opinando que a improbidade administrativa pode ser caracterizada objetivamente, não se fazendo necessária a comprovação dos elementos subjetivos de dolo, má-fé, culpa ou intencionalidade nos casos do artigo 11, em que se atenta contra os princípios da Administração Pública: “Em princípio, a lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade.” (STJ, REsp 988.374/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, Publicação em 16/5/2008). E mais: STJ, REsp 988.374/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, Julgamento em 6/5/2008; STJ, REsp 488.842/SP, Segunda Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Publicação em 5/12/2008; STJ, REsp 631.252/PR, Segunda Turma, Relator Ministro José de Castro Meira, Julgamento em 19/8/2008;

Isso significa dizer, em outras palavras, que caso o elemento subjetivo doloso – o propósito desonesto – não tenha sido associado à conduta do agente público, não há que se falar em cometimento de ato de improbidade administrativa passível de punição pela via judicial.

Os atos de improbidade só são punidos à título de dolo, indagando-se da boa ou má fé do agente, nas hipóteses dos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92. 4. Embora mereçam acirradas críticas da doutrina, os atos de improbidade do art. 10, como está no próprio *caput*, são também punidos à título de culpa, mas deve estar presente na configuração do tipo a prova inequívoca do prejuízo ao erário. (STJ, REsp 842428/ES, Segunda Turma, Relator Ministra Eliana Calmon, Julgamento em 24/4/2007).

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público. (STJ, REsp 939142/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, Julgamento em 21/8/2007, Publicação em 10/4/2008).

É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade [...]. (STJ, REsp 480.387/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, Publicação em 24/5/2004).

Quase que em uníssono, então, o STJ ostenta o entendimento segundo o qual, 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<sup>18</sup>:

[...] é imprescindível, na avaliação do ato de improbidade, a prova do elemento subjetivo. (STJ, REsp 621.415/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, Publicado em 30/5/2006).

Seguindo esse mesmo sentido, e em perceptível consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>19</sup>, os tribunais brasileiros têm se associado à tese de que a desonestidade – a má-fé do agente público –, é requisito indispensável para a existência da improbidade administrativa.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região entende que “há necessidade da descrição de dois elementos, o objetivo, ou seja, a conduta do agente e, o subjetivo, revelado na intenção do agente”<sup>20</sup>, para a configuração do ato de improbidade.

<sup>18</sup> Colacionam-se ainda mais precedentes nesse mesmo sentido: AgRg no AREsp 20.747/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Publicação em 23/11/11; REsp 1.130.198/RR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Publicação em 15/12/10; EREsp 479.812/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, Publicação em 27/9/10; REsp 1.149.427/SC, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Publicação em 9/9/10; EREsp 875.163/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, Publicação em 30/6/10; AgRg no AgRg 1.376.280/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Julgamento em 13/11/2012.

<sup>19</sup> STJ, REsp 604151/RS, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, Julgamento em 25/4/2006.

<sup>20</sup> TRF3, AC 5608/SP, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Nery Junior, Julgamento em 19/9/2013

Assim, a conduta do agente público, para que o ato seja considerado como ímprobo, deve ser no sentido de agir de forma desonesta, parcial ou desleal em concomitância com a atuação administrativa irregular.

No mesmo esteio, o TRF da 1ª Região tem adotado a posição de que somente se configuraria ato de improbidade ante à má-fé do agente<sup>21</sup>:

O ato ímprobo, mais do que um ato ilegal, é um ato de desonestidade do servidor ou agente público para com Administração, e, portanto, não prescinde de dolo ou culpa grave, evidenciadora de má-fé, para que se possa configurar. Assim, a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. O ato de improbidade é um ato ilegal, mas nem todos os atos ilegais são atos de improbidade. A ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública pela má-fé do servidor. Se assim não fosse, qualquer irregularidade praticada por um agente público poderia ser enquadrada como improbidade, por violação do princípio da legalidade, sujeitando-o às pesadas sanções da respectiva Lei, o que, por certo, tornaria inviável a própria atividade administrativa, pois o erro é da essência do ser humano e simples erro não pode ser havido como ato de desonestidade para com o Estado. (TRF1, AC 20093000004798, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Assusete Magalhães).

É exigível, então – e de acordo o supramencionado precedente –, que se demanda a presença de dolo ou, no mínimo, a culpa grave para a caracterização do ato de improbidade administrativa. Sendo a culpa grave definida como um “quase-dolo”, pois haverá negligência, imperícia ou imprudência extremada por parte do agente.

De fato, “a culpa grave é instituto bastante assemelhado ao dolo, sendo muito tênue o traço distintivo”<sup>22</sup>, sendo indubitável, para determinada doutrina, que ao afirmar a necessidade de ação ou omissão, dolosa ou culposa para a configuração do ressarcimento ao erário, a LIA estaria se “referindo ao dolo e à culpa grave ou gravíssima, culpa consciente, que a ele se equiparam” (FERREIRA, 2002, p. 35).

Fábio Medina Osório corrobora com tal entendimento quando diz que “a responsabilidade subjetiva, no bojo do tipo proibitivo, é inerente à improbidade administrativa, sendo exigível o dolo ou a culpa grave, embora haja silêncio da LIA sobre o assunto” (OSÓRIO, 2007, p. 291).

A própria “jurisprudência do STJ considera indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10”<sup>23</sup>.

Ainda no tema, mister apresentar opinião de Marçal Justen Filho e Marino Pazzaglini Filho, para os quais a configuração do ato ímprobo culposos exige a transgressão ética

<sup>21</sup> TRF1, AC0000823-88.2004.4.01.3000, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Carlos Olavo, Julgamento em 31/5/2011, Publicação em 24/6/2011.

<sup>22</sup> 2º TAC iv SP, Ap. c/ Rev. 638.966/SP, Relator Juiz Cambrea Filho, Julgamento em 17/9/2002, Boletim Informativo da Juruá 339/029938.

<sup>23</sup> AIA 30/AM, Corte Especial, Publicação em 27/9/2011.

do agente público, devendo a culpa recair sobre o resultado danoso consumado (PAZZAGLINI FILHO, 2006, p. 78–79; JUSTEN FILHO, 2008, p. 828).

Em recente julgado, ademais, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região acertou que “o ato de improbidade é um ato ilegal, mas nem todos os atos ilegais são atos de improbidade. A ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública pela má-fé do servidor”<sup>24</sup>, conforme entendimento já explicitado pelo STJ.

Desta feita – e de acordo com o firme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça –, para a consumação do ato de improbidade administrativa não é suficiente a simples demonstração donexo causal objetivo entre agente público e ilegalidade.

Indubitável, nestes termos, a necessidade de existência de má-fé na atitude ilicitamente irregular do agente público para que seja configurada a conduta ímproba.

Caso não fosse esse o entendimento adotado, segundo frisado pela Ministra Eliana Calmon, em apoio ao entendimento do Ministro Castro Meira, em sede de REsp 621.415/MG, tal procedimento seria “muito perigoso e draconiano”, uma vez que “a Lei da Responsabilidade exige a tipificação – a prova do elemento subjetivo”, de modo que “se não há prova de que o agente agiu com dolo ou culpa, nem há comprovação da lesividade da conduta, não há como imputar ao réu as infrações do art. 10 da Lei n.º 8.429/92 e, conseqüentemente, não há como apená-lo com as sanções do art. 12, II, da mesma Lei”.

## 5 Conclusão

Indiscutível, portanto, a comprovação do elemento subjetivo para que se busque imputar alguém em uma conduta de improbidade administrativa, nos termos da Lei n.º 8.429/92, não se devendo confundir, em absoluto, a má-fé com o simples erro profissional.

Nesse mesmo passo, é notável que uma eventual atuação irregular do agente público não enseja a configuração de ato ímprobo. Para tal atitude, sim, far-se-ia uma transgressão de maior vulto na qual seja patente a manifestação de *intent* em atingir a Administração Pública<sup>25</sup>.

Assim é que a eventual inabilidade do agente público no trato administrativo, muito embora seja passível de sanções por outras vias, não está sujeita àquelas da Lei de Improbidade Administrativa, pela falta da má-fé exigida pela Lei n.º 8.429/92.

Por fim, a LIA - Lei de Improbidade Administrativa, não visa punir o gestor que não possui habilidades no trato do procedimento e da realização de atividades administrativas, mas sim, aquele agente público verdadeira e intencionalmente ímprobo.

---

<sup>24</sup> TRF5, AC 558781/CE, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Raimundo Alves de Campos Júnior, Julgamento em 23/1/2014.

<sup>25</sup> Esse foi, aliás, o posicionamento do Desembargador Expedito Ferreira, do TJ/RN, AC136182/RN, Primeira Câmara Cível, Julgamento em 24/5/2011.

É imprescindível, portanto, a presença da má-fé para a configuração do ato de improbidade administrativa.

## 6 Referências bibliográficas

ALVARENGA, Aristides Junqueira. *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, vários autores. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Organizadores) *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANCELLA, Carina Bellini. *Ação de improbidade administrativa como instrumento de recuperação do patrimônio público*. Brasília: Conteúdo Jurídico, 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42400&seo=1>

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *A probidade na Administração Pública*, in: Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCIA, Mônica Nicida. Improbidade administrativa por lesão ao erário, in BARBOZA (coord.). *Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência da Lei n. 8.429/92*. Brasília: ESMPU Escola Superior do Ministério Público da União, 2008.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LAZZARINI, Álvaro. Improbidade administrativa, in: *Temas de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios do direito administrativo*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARRARA, Thiago. O Conteúdo do Princípio da Moralidade, in Thiago Marrara (coord.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/92*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2005.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NEIVA, José Antonio Lisbôa. *Improbidade administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento cautelar*. Niterói: Impetus, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*, 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas*, São Paulo: Atlas, 2002.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas*. São Paulo: Atlas, 2006.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Comentários à lei de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.