

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

FERNANDO RAMALHO PARANHOS

**RECONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE
PÚBLICO SEGUNDO CRITÉRIO DA NOVA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS
NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2020**

FERNANDO RAMALHO PARANHOS

**RECONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE
PÚBLICO SEGUNDO CRITÉRIO DA NOVA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS
NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, como requisito parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Clovis Beznos.

SÃO PAULO

2020

BANCA EXAMINADORA

Dedico esse trabalho à minha mãe Tercila e à minha querida esposa Daniella, que estiveram ao meu lado nessa jornada, me dando força e coragem nessa empreitada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao Professor Doutor Orientador Clovis Beznos, que com sua louvável sabedoria, dedicou seu tempo para me ajudar a desenvolver a presente pesquisa.

Também, agradeço, aos professores doutores da banca, que com suas observações pertinentes, me levaram a construir conhecimentos inovadores.

Aos demais professores do Mestrado em Direito, que em suas aulas pude adquirir conhecimentos e competências para a realização da pesquisa.

Aos colegas de Mestrado, que estiveram comigo na assistência em sala de aula, buscando, em conjunto, a excelência no ensino.

E, não menos importante, ao Rui e Rafael, do Programa de Pós-Graduação em Direito, que me auxiliaram em todos os momentos que precisei.

Pedi e se vos dará. Batei e vos será aberto. Porque todo aquele que pede, recebe. Quem busca, acha. A quem bate, abrir-se-á.

Mt 7, 7

RESUMO

O agente público é um profissional que, ao exercer sua função, desempenha um ofício no qual faz presente o Estado. Semelhante a todo trabalhador, segue um determinado esquema, uma ordem certa de afazeres. A diretriz de seu trabalho consta de um texto publicado na ordem normativa pertinente ao órgão estatal do qual faz parte ou de uma entidade da administração indireta, esteja ela onde estiver e no tempo em que for. A legislação a qual deve obediência o agente público é estudada pelo ramo de direito denominado direito administrativo. A Lei 13.655 de 25 de abril de 2018 inseriu alguns dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). A nova lei trouxe disposições acerca de atos e processos administrativos aditando dez novos artigos na LINDB original, os quais determinaram que, a partir daquela data, novas deliberações passaram a ser feitas em âmbito do direito público. O dispositivo da citada lei trouxe a possibilidade da responsabilização pessoal do agente público pelos atos praticados com dolo ou “erro grosseiro”. Nesse sentido, a presente pesquisa pretende responder o seguinte problema central: Como se reconfigurou a responsabilidade do agente público, consoante o artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)? E como objetivos para a investigação: compreender noções da responsabilidade civil, administrativa e penal, com o intuito de demonstrar maiores detalhes da responsabilidade do agente público; analisar e interpretar o contexto legal que retrata o tema dessa responsabilidade; identificar a reconfiguração da responsabilidade do agente público, consoante o artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Palavras-chave: Agente Público. Responsabilidade. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Reconfiguração. Administração Pública.

ABSTRACT

The public agent is a professional who, in exercising his function, performs a job in which the State is present. Like every worker, he follows a certain scheme, a certain order of tasks. The guideline for his work is contained in a text published in the normative order pertinent to the state agency of which he is a part or an entity of the indirect administration, wherever he is and at the time he goes. The legislation to which the public agent must obey is studied by the branch of law called administrative law. Law 13,655 of April 25, 2018 inserted some provisions in the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law (LINDB). The new law brought provisions about administrative acts and processes adding ten new articles in the original LINDB, which determined that, from that date, new deliberations started to be made under public law. The provision of the aforementioned law brought the possibility of personal accountability of the public agent for acts committed with intent or "gross error". In this sense, the present research intends to answer the following central problem: How was the responsibility of the public agent reconfigured, according to article 28 of the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law (LINDB)? And as objectives for the investigation: to understand notions of civil, administrative and penal responsibility, in order to demonstrate more details of the responsibility of the public agent; analyze and interpret the legal context that portrays the theme of this responsibility; to identify the reconfiguration of the responsibility of the public agent, according to article 28 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law (LINDB).

Keywords: Public Agent. Responsibility. Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law. Reconfiguration. Public administration.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O SEU AGENTE.....	16
1.1	Regime Jurídico Público.....	16
1.1.1	O Interesse Público – ponto fulcral para o Direito Administrativo...	18
1.1.2	Os Princípios Constitucionais da Administração Pública.....	19
1.1.2.1	Princípio Constitucional da Legalidade.....	20
1.1.2.2	Princípio Constitucional da Impessoalidade.....	23
1.1.2.3	Princípio Constitucional da Moralidade.....	26
1.1.2.4	Princípio Constitucional da Publicidade.....	31
1.1.2.5	Princípio Constitucional da Eficiência.....	33
1.1.3	As Funções do Estado.....	35
1.1.3.1	O Controle da Administração Pública.....	37
1.2	O Agente Público.....	39
1.2.1	Servidores Públicos.....	41
1.2.2	A Conduta do Agente Público.....	43
1.2.2.1	O Dever Funcional de Lealdade às Instituições.....	44
1.2.2.2	O que é "lícito" ou "ilícito" nas atividades do Estado.....	46
1.2.2.2.1	Crime.....	47
2	RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO.....	59
2.1	A Responsabilidade do Estado.....	60
2.1.1	Atos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.....	61
2.1.2	Evolução da Responsabilidade do Estado no Tempo.....	62
2.1.3	Algumas teorias da Responsabilidade do Estado.....	64
2.1.4	Arguição objetiva do resultado: a aplicação do Artigo 37, Parágrafo 6º, da Constituição Federal.....	67
2.1.5	Responsabilidade objetiva do Estado e o direito de regresso.....	72
2.2	A Responsabilidade do Agente Público.....	82
2.2.1	A Responsabilidade Administrativa.....	85
2.2.2	A Responsabilidade Civil.....	96

2.2.2.1	As Excludentes da Responsabilidade.....	103
2.3	A Responsabilidade Penal	104
2.3.1	A Improbidade Administrativa.....	107
2.3.1.1	A Lei de Improbidade Administrativa (LIA).....	109
3	A LINDB E A RECONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO	120
3.1	“O Apagão das Canetas”	121
3.2	Argumentos favoráveis à alteração do contexto jurídico decisório do gestor público	124
3.3	Traços da Nova LINDB	128
3.3.1	A Reconfiguração da Responsabilidade do Agente Público: Questões Polêmicas a respeito do Artigo 28 da LINDB.....	131
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	163
	BIBLIOGRAFIA	166

INTRODUÇÃO

O homem vive de seu trabalho e o faz em determinado tempo e lugar segundo regras determinadas ou adquiridas da prática do ofício que foi cumprido anteriormente com êxito. Em algumas profissões, o trabalhador é totalmente livre para criar e até improvisar, em outras, por oposto, deve seguir rigidamente o que está determinado por uma autoridade que se fez enunciada. O que importa, afinal, em todo o fazer, é que o produto inicial demandado seja entregue com a qualidade requerida, caso isso não aconteça, a consequência poderá ser adversa para o profissional e, também, punitiva para a instituição que o asilou.

O agente público, também, é um profissional que ao exercer sua função desempenha um ofício no qual faz presente o Estado. Seu texto está publicado na legislação pertinente ao órgão estatal de que faz parte ou a uma entidade da administração indireta. O objetivo é o cumprimento dos princípios jurídicos de modo a satisfazer ao fim público. O agente público, neste caso, é o trabalhador que cumpre a finalidade pública adstrita em lei.

Na maior parte das vezes, o seu objetivo é cumprido com êxito e, embora possa se dizer o contrário, a meta proposta é quase sempre atingida. No entanto, quando o desígnio não é alcançado e, nos casos em que se verifique que o ocorrido se deu por falta do agente público devido a uma conduta não compatível com o que estava previsto no roteiro da lei, averíguam-se as responsabilidades, podendo haver sanções de ordem administrativa, civil ou penal.

Vivemos num Estado Social Democrático de Direito. Todo o estudo que se faça na área jurídica necessita levar isso em conta. Para o professor José Afonso da Silva, quando se diz algo sobre nossa concepção da democracia há que se ter em mente que a busca pela democratização tem sido uma luta constante da humanidade.¹

¹ SILVA, José Afonso. Perspectivas das Formas Políticas. In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes (Org.). **Perspectiva do Direito Público** – Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.149-152.

Por outro lado, não há razão para que se possa afirmar a existência de elo entre democracia e má conduta. Ao contrário, quanto mais forte a democracia, menor é a possibilidade de se ter comportamentos ilícitos na sociedade.²

A legislação à qual o agente público deve obediência é estudada pelo ramo de direito denominado direito administrativo. Esse ramo jurídico tem por base estrutural a Constituição Federal; entretanto, seus mandamentos infraconstitucionais acham-se disseminados no ordenamento jurídico estando dispostos em alguns princípios e regras.

Entre as normas infraconstitucionais, encontra-se a Lei 13.655 de 25 de abril de 2018 que introduziu dez novos dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). A nova lei trouxe disposições acerca de atos e processos administrativos, os quais determinaram que, a partir daquela data, novas deliberações passaram a ser feitas em âmbito do direito público.³

Entretanto, mencionar Direito Público é fazer referência, ainda que de maneira indireta ao agente público, o qual é o operador das disposições do Estado para realização do interesse da coletividade. Contudo, a lei em epígrafe não só faz referências de modo indireto, também alude ao servidor público de modo direto. Entre os novos dispositivos, está o artigo 28: “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

O dispositivo da citada lei 13.655/18 trouxe a possibilidade da responsabilização pessoal do agente público pelos atos praticados com dolo ou “erro grosseiro”. A definição de “erro grosseiro”, portanto, passou a ter suma importância para o novo entendimento da matéria. O conceito ainda é vago. Não obstante a isso, não há dúvida de que o legislador buscou introduzir uma expressão que requer uma conduta mais gravosa que a necessária para tipificação da culpa simples, a qual, até então, fora utilizada como paradigma tendo por base a teoria da responsabilidade civil.

² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. A Corrupção como desvio de Recursos Públicos. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 679.

³ BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 25 nov. 2018.

O erro grosseiro está intrinsecamente ligado a desídia, incúria, desmazelo, desprezo à coisa pública, o que, presumivelmente, extrapola a simples questão da análise da delegação de competências e de sua culpa. Por certo que outros problemas decorrem da análise da legislação modificada, como a interpretação a ser dada à expressão “erro grosseiro”, perante o disposto no art. 37, §6º, da Constituição Federal, que estabelece o direito de regresso, pelas pessoas jurídicas de direito público, em face dos de seus agentes, no caso da prática de ato doloso ou **culposo**, que ocasionou lesão a terceiros.⁴

A expressão “erro grosseiro” lembra, especialmente, em antítese direta, o princípio da eficiência. Por exemplo, um agente fiscal de rendas que, na pressa de lavrar um auto de infração, não atente para a leitura cuidadosa do processo e autue o meeiro ao invés do herdeiro recebedor de herança num fato gerador de Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) e, por conseguinte, o processo seja considerado nulo por erro de sujeito passivo, comete inaceitável erro que pode ser chamado “erro grosseiro”, visto a obviedade do trâmite processual: a primeira observação a ser feita por quem cobra um tributo é denominar claramente o sujeito devedor. Uma vez que o sujeito passivo foi denominado de modo errôneo, o processo é nulo. Há que se começar todo o procedimento do início, o que acarreta custos de tempo e de materiais. A consequência para o Estado é o dispêndio de recursos públicos de maneira não eficaz. O que se conclui que erro grosseiro é aviltante ao bom desempenho da administração pública.

Por outro lado, o dolo confronta, em especial, o princípio da moralidade. Um agente de fiscalização que foi nomeado, tomou posse e tem exercício em sua função há, obrigatoriamente, que cumprir o código de ética de sua profissão e exercê-la com dignidade e probidade tomando distância das tentações nefastas da corrupção, do recebimento de propina e de agrados que só fazem amesquinhar a imagem do serviço público. Em caso de não atenção ao que lhe é obrigatório observar na prática da legislação e do código de ética, o agente pratica o que o direito denomina conduta dolosa, ferindo de morte o princípio da moralidade que é estampado constitucionalmente de forma clara no artigo 37 de seu texto.

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 07 ago. 2019.

Logicamente, os outros princípios constitucionais são atingidos. Uma conduta desidiosa ou dolosa por parte do agente público é contra as normas que devem ser observadas para o bom funcionamento da Administração Pública, portanto, tal ação fere o princípio da legalidade. Dependendo do acontecimento, também pode macular o princípio da impessoalidade e, indubitavelmente, o princípio da publicidade. Isso, apenas em se mencionando os princípios constitucionais expressos no artigo 37 do seu texto.

Por certo, que a lei 13.655/18 não pode ofender a Constituição Federal, devendo ser aplicada a responsabilidade, nos casos de ação regressiva entreposta pelo poder público em face do agente público, quando o ato, ainda que culposos, tenha gerado dano a terceiro.

Nunca é demais destacar que para caracterizar o ilícito, seja de natureza civil, administrativa ou penal, deve ser comprovado que o agente público, quer por ação, quer por omissão, seja por culpa, seja por dolo, conduziu-se de modo a ferir os alicerces norteadores da administração pública tendo relação de dano e causalidade. No entanto, quando a lesão tiver causado prejuízo a terceiro, o Estado tem o dever de indenizar as pessoas atingidas, independentemente, de ter havido culpa ou dolo, podendo a vítima requerer ressarcimento do causador do estrago. Hoje, está pacificado esse entendimento, tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira. Não se nega, no entanto, que a responsabilidade do Estado se constitui num princípio de direito administrativo.

Não obstante as boas intenções inovadoras do novo mandamento legal, até por ser muito recente na ordem jurídica pátria, a nova lei traz algumas questões que podem resultar em verdadeiros impasses jurídicos, ou ao menos, em trabalhosos exercícios de inteligência.

A despeito de, em seu texto, mencionar a expressão “agente público”, a indagação a ser feita é se a nova lei fez referência a todos os que se acham acolhidos em seu conceito legal ou se, a regra refere-se, tão somente, a tipos estipulados de agentes públicos. Outra questão que incomoda é saber se estariam revogados ou, no mínimo, ultrapassados os dispositivos anteriores à publicação do novo texto legal como o artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa que, por sua vez, já cuidava de um ato ruinoso do agente público em detrimento da Administração Pública. Há que se constatar, claramente, se, quando se fala em responsabilidade

pessoal do agente público, essa responsabilidade seria do tipo punitiva ou apenas ressarcitória.

Tais questões, entre outras, se convertem no **problema central** da dissertação, qual seja, como se reconfigurou a responsabilidade do agente público, de acordo com o artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Para que o problema seja respondido e as hipóteses esclarecidas e comprovadas, a presente pesquisa tem como **objetivos**: compreender noções da responsabilidade civil, administrativa e penal, com o intuito de demonstrar maiores detalhes da responsabilidade do agente público; analisar e interpretar o contexto legal que expressa o tema dessa responsabilidade e discernir a reconfiguração da responsabilidade do agente público, segundo o artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

A **abordagem do tema** será feita obedecendo a imagem descrita nos parágrafos iniciais da presente introdução, ou seja, parte-se da imagem de um local onde se desempenha uma tarefa. O trabalhador é o agente público que exerce um ofício descrito por um autor, o legislador, e, por conseguinte, há que se cumprir rigidamente o que está escrito.

Como **procedimento de pesquisa**, utiliza-se a pesquisa bibliográfica, da rica fonte doutrinária brasileira e, também, apreciará lições de outros países, em especial, os da língua espanhola. A jurisprudência, também, será levada em conta.

Uma vez que é um trabalho jurídico, o presente texto tem método dogmático.

Nesse sentido, a presente pesquisa é composta de três capítulos.

O **capítulo 1**, nomeado “**A Administração Pública e o seu Agente**”, em primeiro lugar, descreve a administração pública, o direito administrativo e suas principais características tendo seu rumo no regime jurídico público, nas normas jurídicas que o regem e na função pública destacando-se a função de controle.

A seguir, o capítulo conceitua o agente público e sua atuação. Em primeiro lugar, descreve o dever de lealdade que ele deve ter para com a administração e o Estado. Logo depois, essa parte do trabalho dedica-se ao procedimento culposo e, cuida, após, da atitude dolosa passível de ser praticada pelo agente público, sendo, então, expostos alguns conceitos advindos do direito penal.

O **capítulo 2**, intitulado “**A Responsabilidade do Estado e a Responsabilidade do Agente Público**”, em primeiro lugar, refere-se à

Responsabilidade do Estado em seus fundamentos históricos e sua justificativa perante o Estado de Direito. No próximo passo, trata da responsabilidade do agente público em âmbito civil, administrativo e penal, seja por culpa, seja por dolo.

Já, o **capítulo 3**, que tem por título “**A LINDB e a Reconfiguração da Responsabilidade do Agente Público**”, dá atenção às inovações inseridas no ordenamento jurídico pela Lei 13.655 de 25 de abril de 2018, pretendendo responder às questões levantadas e as dúvidas que se apresentam na interpretação e aplicação do ainda recente mandamento legal.

1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O SEU AGENTE

O Estado e sua administração é o cenário do agente público. Esse ambiente pode ser fixo (uma repartição do Estado ou, até mesmo, o escritório ou a residência do agente público em regime de teletrabalho) ou móvel (uma viatura de fiscalização). Nesse tempo e espaço, ele observará as regras que norteiam o seu ofício. Como um trabalhador comum, o agente público se transforma. Já não é, apenas, o homem ou a mulher comum do povo, mas, um agente do Estado. Atuando, ele não é mais a pessoa em si mesma, mas, reveste a personalidade do Estado. É o próprio Estado. O ente público se faz presente no agente, como o ofício se incorpora num trabalhador.

1.1 Regime Jurídico Público

O Direito Administrativo é o operador principal do funcionamento da administração pública com fundamento na Constituição Federal. Também, é diretriz produtiva dos grandes temas do Direito Público. Nesse contexto, há uma base concreta que não pode deixar de ser analisada, sob pena de se cair no vazio. Esse ponto diz respeito ao regime jurídico público.

Nas lições primeiras do curso de Direito, aprendemos, entre outras verdades, que regime jurídico é o conjunto de direitos, deveres, garantias, vantagens, proibições e penalidades aplicáveis às relações sociais diversas reconhecidas pelo Direito.

Na vida em sociedade, nos encontramos apresentados a esse conjunto cotidianamente. Entretanto, as pessoas diferem umas das outras. Assim como as pessoas físicas são diferentes das pessoas jurídicas, essas também são diferentes entre si. Quando se menciona pessoa jurídica, há que se apartar, visivelmente, as que são de direito público das que são de direito privado.

A ciência jurídica para ser bem estudada, compreendida e, por consequência, solver os problemas sociais da convivência humana divide-se em setores. A primeira divisão é entre o direito público e o direito privado. Tradicionalmente, o Direito Administrativo é tratado como pertencente ao direito público. Trata-se do Direito da Administração Pública.

Na lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, o Direito Administrativo é “o ramo do Direito Público que regula o desempenho da função administrativa e das pessoas e dos órgãos que se encarregam dessa função”.⁵

Por sua vez, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro nos informa que, originalmente, esse ramo do Direito sofreu influência do método exegético aplicado no estudo do Direito civil. A causa disso foi essa divisão do direito possuir um rigor jurídico proveniente do Direito Romano.⁶

Na lição dos juristas Enterría e Fernandez, enquanto nas relações de direito público os privilégios e prerrogativas se presumem prescindíveis de prescrição legal, visto que, são inerentes à autoridade de que se reveste a Administração Pública no desempenho de funções consideradas essenciais, nas relações de direito privado o que se presume na quietude da norma legal é a paridade de posição, sendo que os desvios ao direito comum são apenas os determinados em lei.⁷

No entendimento do jurista alemão, Renato Alexy, a atividade pública em seu alvedrio está submetida ao conteúdo do ato administrativo, e sua emanção, sua deliberação volitiva é externamente visada, formalmente, aos princípios de direito público que regulam formalmente o exercício da praxe administrativa em si.⁸

O mesmo autor afirma que, o desempenho do Direito privado na Administração pública é diferente da atividade administrativa de Direito Privado. Sobreleva que, a posição da Administração pública não se capacita a ser igual à do particular mesmo nas relações do direito privado. A autonomia da vontade, de que é contemplado o particular, transforma-se, para a Administração pública, pelo princípio da legalidade; a liberdade da forma, que prevalece nas relações jurídicas entre particulares, dificilmente existe nas relações jurídicas em que a Administração Pública é parte.⁹

Embora, teve influências do direito civil e sua origem no rigor do direito romano que, por sua vez, tratava de assuntos privados dos cidadãos da antiga urbe,

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 29.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do Direito Privado e a Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 79-80.

⁷ ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 11. ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 38-41.

⁸ ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. T.I. Posición de igualdad de la administración em el régimen de derecho privado. Barcelona: Bosh, 1970, p. 211-225.

⁹ ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. T.I. Posición de igualdad de la administración em el régimen de derecho privado. Barcelona: Bosh, 1970, p. 218-221.

o direito administrativo é ramo do direito público e zela pelos institutos do direito público concernentes à coletividade sendo por esse motivo, adstrito à lei. A administração pública, nesse sentido, está restrita a cumprir funções no interesse público e não possui o mesmo ponto de vista e nem a mesma liberdade que possui a administração das entidades privadas.¹⁰

Como se verá adiante, a Administração Pública está presa ao fim público, que a obriga adotar os meios que o legislador escolheu como os únicos viáveis para a sua execução. e, segundo a professora Di Pietro, a tudo isso se soma o fato de que ela conserva, mesmo quando se vale do regime de direito privado, certos privilégios que lhe são ofertados por lei em razão da sua pessoa.¹¹

Nesse prisma, por exemplo, empresas subsidiárias, controladas diretamente por empresas públicas e sociedades de economia mistas possuem obrigatoriedade de realização de concurso público para investidura de seus empregados.

Na verdade, quando se compara o regime jurídico de direito público com o regime jurídico de direito privado há que se notar a questão de peculiaridade do primeiro tendo em vista alguns de seus institutos.

1.1.1 O Interesse Público – ponto fulcral para o Direito Administrativo

Ponto de fundamental importância é o que diz respeito do interesse público. Para alguns estudantes e interessados na área do direito público, tal interesse traduz-se em algo óbvio, sendo difícil de dissociar o interesse o Estado do interesse da coletividade.

No ensinamento do professor Daniel Hachem, o conceito de interesse público é umbilicalmente unido ao Direito Público em geral e, sobretudo, ao Direito Administrativo, embora seja amplo e não unívoco. Entretanto, há que se efetivar que, embora seja abstrato e ideológico, esse interesse faz-se positivado no Direito, haja vista que podem e devem ser defendidos judicialmente.¹²

¹⁰ Como juízo privativo, o processo especial de execução, a impenhorabilidade de seus bens, a prescrição quinquenal de suas dívidas, os prazos mais alargados em juízo. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do Direito Privado e a Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 95-98.

¹¹ Como juízo privativo, o processo especial de execução, a impenhorabilidade de seus bens, a prescrição quinquenal de suas dívidas, os prazos mais alargados em juízo. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do Direito Privado e a Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 95-98.

¹² HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 133-135.

Ainda, na visão do jurista, o Direito Público e, particularmente, o Direito administrativo ocupa-se basicamente do interesse público. A percepção de tal interesse não é tão simples. Consiste no benefício geral, isto é, no proveito do próprio conjunto social e não se confunde com a somatória das conveniências individuais peculiares a cada elemento constituinte da sociedade.¹³

Na verdade, na definição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse público é a dimensão pública dos interesses individuais, isto é, a inclinação do todo social é o afazer de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade, ou seja, o interesse público não é contra o interesse do particular enquanto partícipe do conjunto social mas, pode confrontá-lo se tal interesse particular for contrário ao interesse do todo social.¹⁴

Independentemente de tratar o interesse público como supremo em relação aos demais princípios e base fundamental dos mesmos, acreditamos que trata-se de um verdadeiro fundamento do direito administrativo e, para o que pretende alcançar o presente texto, constitui-se a razão de ser do Estado, sendo que por isso exige a responsabilização do mesmo perante o seu povo.

1.1.2 Os Princípios Constitucionais da Administração Pública

A oportuna questão é se os princípios são normas jurídicas. Os doutrinadores Geraldo Ataliba e Celso Antônio Bandeira de Mello diferenciavam os princípios das normas. Na visão deles, “o sistema jurídico seria um conjunto de normas presidido pelos princípios, cujo encargo é fazer com que o conjunto normativo não seja apenas uma soma de normas, mas um ordenamento, um sistema, vale dizer, um todo harmônico e coerente”.¹⁵

Portanto, existe um contexto jurídico do qual fazem parte alguns enunciados, sendo esses divididos entre princípios e regras. No caso, os princípios fazem o papel de travas principais que ordenam todo o restante do conjunto e o fazem manter-se coeso.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 59-60.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.59-60.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 98.

A Carta Magna, no caput do art. 37, define cinco princípios da Administração Pública, direta e indireta. São eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Na lição do professor Bandeira de Mello, exatamente por estarem textualmente previstos no texto constitucional, esses princípios são chamados de princípios expressos, em contraposição a outros princípios que, apesar de não estarem elencados de forma expressa na Constituição, são por ela sejam acolhidos. São denominados princípios implícitos.¹⁶

Os chamados princípios implícitos na Constituição Federal têm a mesma força jurídica dos princípios explícitos. A doutrina e a jurisprudência usualmente, referem-se a eles, tendo desse modo, a mesma relevância jurídica que os princípios escritos no texto constitucional.¹⁷

Como interpreta a doutrina, os princípios constitucionais sejam eles explícitos ou implícitos estão no ordenamento jurídico como balizas do próprio ordenamento como tal, sendo referência e, ao mesmo tempo, elo de ligação entre as demais normas do direito administrativo.

O presente texto tem como escopo a responsabilidade do agente público. Não se pretende, portanto, num espaço exíguo, abordar de modo abrangente, como seria de justiça ao tema, o tópico que diz respeito ao significativo mote dos princípios constitucionais da Administração Pública. Por outro lado, leviandade seria, em não se referir, ainda que de modo ligeiro, aos princípios explícitos na Carta Maior, uma vez que, para o que interessa nesse trabalho, eles são de suma importância.

1.1.2.1 Princípio Constitucional da Legalidade

O Estado brasileiro se adota o sistema jurídico romano-germânico ou “civil - law”. Em todos os países que adotam esse sistema, há uma prevalência explícita do direito escrito e legislado em detrimento das demais fontes do direito. Nele, as leis são estruturadas segundo um padrão hierárquico, no topo do qual figura a

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 98.

¹⁷ Os autores divergem quanto à enumeração de tais princípios. Entre eles, figura o da Responsabilização do Estado, da Continuidade da prestação dos serviços públicos, da razoabilidade e proporcionalidade, da segurança jurídica, da ampla defesa e do contraditório em processos judiciais e administrativos, dentre outros. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.109-129).

Constituição, e sob cujos preceitos são editados uma série de outros atos normativos de hierarquias diferentes.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Este é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo.” Em seu ensinamento, o princípio da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo, é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, porque o Direito Administrativo nasceu com o Estado de Direito sendo sua consequência.¹⁸

Na lição do jurista espanhol, Eduardo Garcia de Enterría, ao se referir ao princípio da legalidade, com a Revolução francesa o mundo mudou e tudo passou a se construir com base na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão datada de 1789. A partir daquele momento, homem algum poderia exercer autoridade caso não fosse emanada de maneira expressa pela Nação. A ideia concreta passou a ser a de que o governo é a expressão da Lei ou do regime da Lei, porque a lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos são iguais ante ela¹⁹

Segundo Enterría, a partir de então, houve a formação da sociedade capitalista e o sistema em que o conjunto da Administração pública estava transformou-se num cosmos de regras abstratas estatuídas racionalmente e a autoridade passou a obedecê-la²⁰

A Lei por ser fonte da liberdade, conforme o jurista, também habilita direitos privados, a segurança jurídica e permite o gozo dessa mesma liberdade. A Administração pública, no Estado, passou a sujeitar-se a não expedir atos ou executar ordens arbitrárias, sob pena de punição. Por exemplo, há opressão quando a Lei é violada pelos servidores públicos em sua aplicação a feitos individuais. Em todo o governo livre, o modo de resistência a esses atos deve ser regulado pela Constituição.²¹

No Brasil, o princípio da legalidade é estampado explicitamente no art. 37 da Constituição Federal. Tendo em vista esse princípio, a Administração pública está

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.102-103.

¹⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos**: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p.115-118.

²⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos**: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p.130-135.

²¹ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos**: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p.130-135.

consubstanciada a somente agir em virtude de lei. Diferentemente do particular, a quem é permitido a fazer ou deixar de fazer algo que não contrarie a lei.

Entretanto, as regras sofrem alterações e inovações. No Direito público, mudanças recentes foram promovidas na LINDB que ampliam possibilidades de maior equidade e segurança nas relações com o poder público, das quais se destacam as novas diretrizes para decisões administrativas – artigo 20; o direito à transição adequada quando da criação de novas situações jurídicas passivas para os particulares – artigo 23; um regime jurídico geral para negociação entre autoridades públicas e particulares – artigo 26; a proibição de invalidação de atos por mudanças de orientação – artigo 24; e a compensação, dentro dos processos, de benefícios ou prejuízos injustos gerados para os envolvidos – artigo 27.

Hoje, é plausível se falar em legalidade restrita, significando exigência de lei, em sentido formal, para a execução de determinados atos, em especial os que limitam direitos do cidadão, tal como provém do artigo 5º, II, da Constituição.

No entendimento da professora Di Pietro, é do sentido reduzido que se fala quando se exige lei para a geração de cargos, empregos e funções (art. 61, § 1º, II, a), para a determinação e alteração de vencimentos e subsídios para os servidores públicos (art. 37, X), para a criação ou incremento de tributos (art. 150, I) e tantos outros antevistos na Constituição.²²

No entanto, para a professora, também é possível falar em legalidade em sentido amplo, para acolher não só a obediência à lei, mas também ao cumprimento dos princípios e valores que estão na fundação do ordenamento jurídico.

Ainda no entender da professora Di Pietro, ao falar em observância à lei, o que se está a exigir é a conformidade com a lei formal; ao falar em subserviência ao direito, está se exigindo conformidade não só com a lei formal, mas, além disso, com a moral, com a ética, com o interesse público, enfim, com todos os princípios e valores que sobrevivem implícita ou explicitamente da Constituição.²³

No sentido abrangente, a legalidade ou o Direito sorveu todos os demais princípios, inclusive o da moralidade. No sentido restrito, a legalidade pleiteia obediência à lei, enquanto a moralidade solicita basicamente honestidade,

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 92-93.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 92-93.

observância das regras de boa administração, suporte ao interesse público, boa-fé, lealdade.

Na lição da professora Lúcia Valle Figueiredo, o princípio da legalidade está atrelado ao devido processo legal, em sua faceta substancial e não-formal. Em sua faceta substancial, não basta que todos os administrados sejam tratados da mesma forma. Na verdade, deve-se buscar a meta da igualdade na própria lei, no ordenamento jurídico e em seus princípios.²⁴

O julgado STF - AgR-terceiro ARE: 662261 RO - Rondônia, Relator: Min. Alexandre de Moraes²⁵, é exemplo claro de respeito ao princípio em epígrafe, a outros princípios e à legislação infraconstitucional.

Em seu dispositivo: "O STF, no julgamento do ARE 748.371-RG/MT (Rel. Min. Gilmar Mendes, Tema 660), rejeitou a repercussão geral da violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada ou aos princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, quando se mostrar imprescindível o exame de normas de natureza infraconstitucional. 4. "Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida"."

1.1.2.2 Princípio Constitucional da Impessoalidade

O princípio constitucional da impessoalidade está colocado na Constituição brasileira no artigo 5º, caput, parte inicial, onde reza que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. No artigo 37, está explícito em seu caput como um dos princípios da Administração Pública, contudo tem estreita relação com outro princípio constitucional expresso: o da moralidade.

Para o professor Celso Antônio, neste princípio se consagra a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações sejam

²⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O Devido Processo Legal e a Responsabilidade do Estado por Dano Decorrente do Planejamento. **Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, n. 6, p. 644, set. 1995.

²⁵ STF - AgR-terceiro ARE: 662261 RO - Rondônia, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Data de Julgamento: 05/10/2018, Primeira Turma.

elas quais forem. Nem favoritismos, nem perseguições. O princípio diz respeito à igualdade e à isonomia.²⁶

A jurista Ana Paula Oliveira Ávila, argumenta que, há situações que implicam o dever da Administração de se manter neutra. mas, na maioria das vezes, quando o dever que se impõe ao Administrador público é o de fiscalizar, ordenar e organizar ou mesmo de intervir na vida privada e prestar serviços de natureza pública, há que se cumprir o dever de agir. Há que ser objetivo, impessoal, além de transparente.²⁷

A professora Maria Sylvia Di Pietro, por sua vez, lembra que exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração.²⁸

No ensinamento da jurista Ana Paula Oliveira Ávila, a efetividade do princípio da impessoalidade depende da análise de cada um dos deveres: impessoalidade stricto sensu, imparcialidade, neutralidade e transparência. Em primeiro lugar, há que lembrar que é vedado à Administração dispensar tratamento pessoal aos administrados de forma a causar discriminações entre eles. A objetividade é um aspecto comum entre a impessoalidade e os deveres que ela implica. A Administração deve se abster de efetuar apreciações subjetivas, denotar motivações pessoais através de decisões arbitrárias e defender interesses estranhos ao interesse público. O dever de objetividade não apenas pressupõe um padrão de conduta para a Administração, mas, ressalta que deve ser superado o entendimento de que a Administração atua de forma parcial na defesa do interesse público.²⁹

A jurista gaúcha prossegue, em sua lição, argumentando que, quanto à imparcialidade, exige-se que, a qualquer tempo, a decisão seja tomada sempre com base em razões legítimas. Implica, também, em dever de proporcionar aos administrados a participação no processo de formação dos atos administrativos. Veda ao servidor público simpatias e antipatias influenciadoras em suas atividades. No conceito de impessoalidade é abrangido o dever de neutralidade.³⁰

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.117.

²⁷ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O Princípio da Impessoalidade da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 46-50.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 95-96.

²⁹ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O Princípio da Impessoalidade da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 46-50.

³⁰ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O Princípio da Impessoalidade da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 59-62.

Por sua vez, a ministra Carmem Lúcia, na doutrina brasileira procedeu a uma sistematização dos vícios que atingem o princípio da impessoalidade. Segundo a jurista, existem quatro modalidades: o nepotismo, o partidarismo, a pessoalidade administrativa e a promoção pessoal. A autora também reconhece a parcialidade entre os vícios.³¹

O vício mais comum, segundo a ministra do STF, é o da pessoalidade que ocorre quando o administrador, no desempenho da função pública, deixa-se levar por influências externas ao serviço e passa a motivar subjetivamente a sua conduta. Nas palavras de Antunes da Rocha, a impessoalidade administrativa é rompida quando o motivo que leva à prática pela entidade pública não é uma razão jurídica baseada no interesse público, mas no interesse particular do seu autor.³²

Ainda no entender da ministra do STF, o Nepotismo, por sua vez, é vício frequente à impessoalidade. A Constituição Federal prevê concurso público para ingresso em carreiras do Estado, entretanto, há permissão de livre nomeação em cargos em comissão, o que acabou gerando porta aberta para a prática nefasta.³³

O partidarismo também, a seu ver, é violação frontal ao dever de neutralidade. Permite práticas de favorecimentos de modo a permitir facilidades e privilégios para si ou para simpatizantes. A lei deve se contrapor à vontade pessoal. Para isso, deve ter certas propriedades, como, razoabilidade, retidão e, em especial, a generalidade.³⁴

O julgado, STJ - AREsp: 672726 SC 2015/0046682-2, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho³⁵, claramente afronta ao princípio em questão. Em seu dispositivo, assim, assevera:

1. Caso em que, independentemente de a publicidade questionada na subjacente ação haver sido custeada com recursos privados, ainda assim não perde ela o seu caráter oficial, continuando jungida às exigências previstas no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, no que tal comando impõe o dever de observância ao primado da

³¹ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.157-160.

³² ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.157-160.

³³ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.157-160.

³⁴ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.157.160.

³⁵ STJ - AREsp: 672726 SC 2015/0046682-2, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 27/11/2018, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 04/02/2019.

impessoalidade. 2. Ademais, é fora de dúvida que, como bem salientado pela sentença incorporada ao acórdão recorrido, "descabem manifestações deste gênero, por parte do Administrador, em razão do cargo que ocupa, com ou sem custo aos cofres públicos, pois, traduzem publicações de congratulações, comemorações da sociedade pelo sucesso alcançado pela Secretaria de Desenvolvimento Regional, não havendo de forma alguma caráter educativo, de informação ou orientação social que justifique a enorme quantidade de fotografias com destaque para o ex- Secretário, nitidamente em afronta ao princípio constitucional da impessoalidade" (fl. 521). 3. A dicção do § 1º do art. 37 da Constituição Federal não permite legitimar a compreensão de que a publicidade dos atos governamentais, ainda que sob o viés de prestação de contas à população, pudesse ganhar foros de validade caso a respectiva propaganda, como na hipótese em análise, fosse custeada com verbas de particulares, sob pena de se anular o propósito maior encartado na regra, a saber, a defesa do princípio da impessoalidade do agente público ou político.

1.1.2.3 Princípio Constitucional da Moralidade

Esse princípio é exaustivamente lembrado na segunda e terceira parte do presente trabalho. A própria LINDB, no disposto em seu artigo 28, ao se referir ao dolo, implicitamente, refere-se a tal princípio. Difícil é dissociar qualquer conduta dolosa da violação a tal princípio. Enfatizamos que, não estamos aventando apenas a improbidade administrativa em si, mas, repetimos, qualquer prática dolosa em si mesma contém violação ao princípio em epígrafe.

Contudo, no entender do professor Márcio Cammarosano, o conceito do princípio não deve ser confundido com o de moralidade no sentido comum do vocábulo. Lembra o professor que, a Constituição Federal de 1988, em seu dispositivo no artigo 5º inciso LXXIII e artigo 37caput, menciona explicitamente o princípio da moralidade.³⁶

No ensinamento do professor Cammarosano, ao se afirmar que o princípio da moralidade administrativa não direciona à moral comum, mas, à moral jurídica, não se deve ignorar que tais valores estão substanciados em normas jurídicas que os expressam por meio de conceitos jurídicos indeterminados, extraídos do mundo da cultura.³⁷

³⁶ CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 65-67.

³⁷ CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 77-83.

Ensina o mestre que, a conformação do comportamento do administrador público a normas abalizadoras de valores morais jurisdictionados, somente será realizada em caso de coincidir com o que a sociedade espere deles, uma vez que, o único órgão capaz de proclamar a ordem jurídica com força definitiva de coisa julgada é o referente ao Poder Judiciário.³⁸

Para o professor Cammarosano, o princípio da moralidade está referido ao próprio Direito e nos remete a valores que informam normas jurídicas. No Direito Administrativo, como em qualquer outro ramo do Direito, a Moral só é válida na medida em que, sendo recebida pela norma jurídica como seu conteúdo, beneficie-se da sanção da ordem jurídica em lugar de ficar limitada às suas sanções peculiares.³⁹

Na lição do professor Bandeira de Mello, a Administração e seus agentes, por decorrência, têm de atuar conforme a ética, uma vez que, violá-la implica estupro ao próprio Direito. Tal atitude configura ilicitude que oprime a atitude viciada a invalidação, posto que, esse princípio avocou-se pauta jurídica, de acordo com o artigo 37 da nossa Carta Maior.⁴⁰

De acordo com o ensinamento do professor Cammarosano, a Constituição de 1988, ao incorporar expressamente um princípio designado “Moralidade” no seu artigo 37, e “Moralidade Administrativa” no artigo 5º, LXXIII, exige da doutrina um esforço para extrair de tais dispositivos um sentido que lhes seja útil. O princípio da moralidade administrativa está referido, não diretamente à ordem moral do comportamento humano, mas a outros princípios e normas que, por sua vez, jurisdictionam valores morais. Não há que se falar em ofensa à moralidade administrativa, caso não haja ofensa ao Direito. Portanto, violar a moralidade administrativa é violar o Direito. É questão de legalidade.⁴¹

Por sua vez, a professora Maria Sylvia Di Pietro, afirma que, na Carta Maior, quando se quis alegar o princípio, falou-se em moralidade (art. 37, caput) e, no mesmo dispositivo, quando se quis aludir a lesão à moralidade administrativa,

³⁸ CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.85-93.

³⁹ CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.85-93.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 123.

⁴¹ CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.77-83; 85-93.

proferiu-se improbidade (art. 37, § 4º); do mesmo modo a lesão à probidade administrativa desponta como ato ilícito no artigo 85, V, entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República, e como causa de perda ou suspensão dos direitos políticos no artigo 15, V.⁴²

Ainda, segundo a professora, enquanto a lesão à probidade administrativa era conceituada no direito positivo, para os crimes de responsabilidade, com o atributo da particularidade, própria do Direito Penal, importando sentido preciso dos elementos peculiares da infração, a moralidade administrativa desponta como princípio, ou melhor, como proposição que se acha na base do ordenamento jurídico, de conteúdo indefinido.⁴³

No entendimento do professor Márcio Cammarosano, duas teses podem ser sustentáveis: a primeira, a de que a Constituição de 88 criou, com o art. 37, caput, requisito de validade que antes não existia, visto que, atualmente, podem ser anulados atos por vício que antes da Constituição não o era; e, o segundo, é que a Constituição de 88 somente tornou expresso o que já era implícito no sistema, ainda que sob a égide de Constituições anteriores.⁴⁴

Ainda, segundo o ensinamento de Cammarosano, no exercício da função administrativa, a intenção viciada não precisa ser relevante para ter certos atos inválidos. Pode haver invalidade sem que tenha havido a intenção viciada, assim como pode um ato ser válido ainda que a intenção do agente tenha sido viciada.⁴⁵

No entender do mestre, caso se conjuguem invalidade do ato e vontade livre e consciente de violar a ordem jurídica, o próprio agente deverá sofrer sanções drásticas em razão de maior gravidade do seu procedimento. Em circunstância de violação da lei pelo agente público, o administrado que tenha seu direito atingido pode deixar de questionar, administrativa ou judicialmente, o ato que o atingiu devido o medo de represálias, mas, diante desse tipo de ofensa à ordem jurídica,

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.104-107.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.104-107.

⁴⁴ CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 96-102.

⁴⁵ CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 96-102.

atingindo não somente o titular do direito especificamente violado, é toda a coletividade que é atingida.⁴⁶

Para a professora Di Pietro, trata-se de conceito de valor, sem expressão precisa que possa ser definida pelo direito positivo. Daí, a grande objeção do Poder Judiciário e mesmo de alguns doutrinadores em consentirem com possibilidade de invalidação de um ato administrativo por agravativo tão só à moralidade administrativa. Grande parte fala em imoralidade como uma espécie de agravante da ilegalidade e, não, como vício independente do ato administrativo.⁴⁷

Segundo Di Pietro, a colocação do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi um reflexo da inquietação com a ética na Administração Pública e com a necessidade de confronto à corrupção e à impunidade no setor público. Até então, a improbidade administrativa consistia em infração prevista e definida apenas para os agentes políticos.

Além do mais, segundo a professora, a inserção do princípio da moralidade na constituição é conexa à evolução do princípio da legalidade verificada no sistema jurídico de outros países, mudança essa, que levou à instituição do Estado Democrático de Direito, consagrado no prólogo da Constituição e em seu artigo 1º.

Em seu entender, tal situação significou asco ao positivismo jurídico e a extensão do princípio da legalidade, que passou a abarcar outros valores, como os da razoabilidade, boa-fé, moralidade, economicidade e tantos outros tidos hoje na doutrina, na jurisprudência e mesmo em regras explícitas na Constituição e em normas infraconstitucionais. O fito foi o de reconquistar o conteúdo valorativo do Direito, perdido em grande parte com o positivismo jurídico.⁴⁸

Por sua vez, a professora Maria Helena Diniz acredita que, uma vez que a moralidade administrativa é, indubitavelmente, pressuposto da validade do ato administrativo, o agente público não pode deixar de atender, em seu comportamento funcional, ao padrão ético reclamado pela instituição a que serve e à finalidade de sua ação que é atingir o bem comum, sob pena de invalidade do ato que praticou.⁴⁹

⁴⁶ CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 94-99.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.104-107.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.104-107.

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. Um breve estudo filosófico-jurídico sobre a natureza jurídica da propina. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). **Direito Administrativo e Constitucional** - Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 1997, p. 509-511.

Já, no entender dos professores Jacyntho Câmara e Carlos Sundfeld, qualificar toda conduta ilegal como improbidade seria generalizar indevidamente as consequências que a própria Constituição restringiu a uma espécie qualificada de comportamentos. Seria, portanto, incidir em inconstitucionalidade. Para eles, existe, portanto, um aspecto subjetivo inafastável na composição da hipótese do ato de improbidade administrativa.⁵⁰

No entender da professora Di Pietro, ao se cotejar moralidade e probidade, pode-se afirmar que, como princípios, significam praticamente a mesma coisa, embora algumas leis refiram-se às duas separadamente, do mesmo modo que existe alusão aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como princípios diversos, quando este último é apenas um semblante do primeiro.⁵¹

Todavia, para a professora Di Pietro, quando se cogita improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver similaridade entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem uma significação mais ampla e mais precisa, que compreende não só, atos desonestos ou imorais, mas, também, atos ilegais.⁵²

Ainda, na lição da venerável Di Pietro, a moralidade administrativa está ligada a estrutura funcional do Estado e à legitimidade da função pública, então, os seus agentes só podem atuar conforme os princípios éticos sem violar quaisquer das boas regras de conduta da Administração Pública.⁵³

O julgado TJ-MG - ED: 10395090230289002 MG, Relator: Edgard Penna Amorim⁵⁴, faz alusão ao princípio da moralidade, em epígrafe e menciona a Lei de Improbidade Administrativa em seu inciso XI deixando claro o critério de enquadramento da ocorrência ao disposto naquele mandamento legal. No dispositivo da ementa, está assentado:

⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Improbidade administrativa de dirigente de empresa estatal. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.128-131.

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.104-107.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.104-107.

⁵³ 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, ofenda a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade, a ideia comum de honestidade, há ofensa ao princípio da moralidade administrativa. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 1990, p. 67).

⁵⁴ TJ-MG - ED: 10395090230289002 MG, Relator: Edgard Penna Amorim, Data de Julgamento: 04/06/2019, Data de Publicação: 07/06/2019.

1. É de se acolherem os embargos opostos ao acórdão que, após identificar irregularidade licitatória nas condutas dos requeridos e a ausência do dolo genérico, acaba por fundamentar a improcedência na ausência de prejuízo causado ao erário. 2. A ausência do dolo genérico necessário para a configuração de atos de improbidade administrativa torna incabível a sua condenação pela conduta do art. 11 da Lei Federal n.º 8.429/92, se diante da irregularidade licitatória constatada, as circunstâncias dos autos demonstram ausente o propósito de ferir o núcleo essencial da moralidade administrativa.

Em outro julgado, TJ-RJ - APL: 00203982420158190038, Relator: Des(a). Antônio Iloízio Barros Bastos⁵⁵, por oposto, o princípio da moralidade é mencionado no sentido de enquadramento perfeito da conduta improba da parte. Em seu dispositivo, pode-se ler:

1. Trata-se de apelação cível contra sentença em que o réu, ora apelante, em sede de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, foi condenado em virtude de acumulação indevida de cargos públicos. 2. Em que pese a insurgência, o ato de improbidade em que o réu viola a moralidade administrativa é de uma clareza solar; assinou declaração em que afirmou não ocupar cargo que viria a implicar acumulação e que não acumularia indevidamente cargo público, mas como se viu nos autos ele acumulou e restou evidente que essa era a sua intenção. Após iniciado o inquérito civil e vindo à lume a imoralidade administrativa que foi perpetrada, o réu resolve optar por um dos cargos, mas o ímprobo comportamento reprovável já existia e merecia devida reprimenda, que veio com a sentença ora confirmada. 3. Contudo, embora acumulando indevidamente, o apelante efetivamente prestou serviços no cargo do qual se exonerou, pelo que a devolução de todos os valores recebidos importaria em enriquecimento sem causa do ente público.

1.1.2.4 Princípio Constitucional da Publicidade

O artigo 37 da Constituição Federal faz alusão ao princípio da publicidade administrativa.

Na lição do professor Hely Lopes Meirelles, na medida em que o manejo do conceito de interesse público em sentido estrito é caracterizado por negar, limitar ou afetar direitos ou interesses, conclui-se que, sempre que a Administração pública brasileira fundamentar um ato dessa categoria, quando se apresentar como um

⁵⁵ TJ-RJ - APL: 00203982420158190038, Relator: Des(a). Antônio Iloízio Barros Bastos, Data de Julgamento: 18/06/2019, Quarta Câmara Cível.

requisito positivo de validade da sua atuação, será exigível a apresentação racional dos motivos fáticos e jurídicos que ensejaram a prática do ato, sob pena de nulidade.⁵⁶

Para o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, não pode haver, num Estado Democrático de Direito, uma dissimulação de assuntos que a todos interessam, menos ainda, com relação a indivíduos pessoalmente atingidos em virtude de atos advindos diretamente de tais decisões administrativas.⁵⁷

Por sua vez, a jurista gaúcha, Ana Paula Oliveira Ávila, argumenta que a transparência é dever que se situa no âmbito do princípio constitucional da publicidade. Transparência é pressuposto de imparcialidade, visto que, é fator viabilizador da participação dos administrados e o principal meio através do qual o administrador toma conhecimento da quantidade e do conteúdo de interesses que devem ser ponderados em sua atuação concreta.⁵⁸

No entender da jurista, encontram-se uma série de deveres de transparência nos quais se assegura a publicidade da atuação administrativa, tais como, o dever de fundamentação expressa dos atos administrativos, a participação dos interessados na gestão dos serviços administrativos e a abertura do procedimento administrativo aos interessados em participar.⁵⁹

A Lei Federal nº 13.655/2018 trouxe novos dispositivos à, agora, “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” e, em seu art. 20, afirma que não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.⁶⁰

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 97-100.

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.117.

⁵⁸ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O Princípio da Impessoalidade da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.75-80.

⁵⁹ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O Princípio da Impessoalidade da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.75-80.

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 25 nov. 2018.

O julgado STF - AgR ARE: 939551 RJ - RIO DE JANEIRO, Relator: Min. Roberto Barroso⁶¹, atesta claramente a força do princípio da publicidade. Na sua ementa é asseverado o seguinte:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. SUBSÍDIO DO PREFEITO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.1. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de ser garantido o direito de acesso à informação de interesse coletivo, salvo àquelas que forem protegidas por sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado(..).

Há que se considerar, contudo, que, a violação ao princípio constitucional da publicidade, por vezes, não anda só em seu mau caminho. Da mesma maneira, se dá com outros princípios violados, entretanto, o princípio da publicidade, devido ao seu conteúdo de justificação e motivação, faz-se, ainda mais notório.

O julgado STJ - AgInt no AREsp: 1124622 RJ 2017/0151369-1, Relator: Ministra Assusete Magalhães⁶² é exemplar quanto que dissemos no parágrafo anterior. Trecho do sua ementa assim aduz:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO PRATICADO POR COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA PETROBRAS. FORNECIMENTO DE CÓPIA DA PROPOSTA VENCEDORA. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. CAUSA DECIDIDA COM BASE EM FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE, EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ.

1.1.2.5 Princípio Constitucional da Eficiência

A busca da eficiência do Estado na consecução de serviços públicos é amparada pela Emenda Constitucional número 19 de 1998 que implicou alteração do art. 241 da Constituição da República atual. Na lição do administrativista

⁶¹ STF - AgR ARE: 939551 RJ - Rio de Janeiro, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 27/10/2017, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-258 14-11-2017.

⁶² STJ - AgInt no AREsp: 1124622 RJ 2017/0151369-1, Relator: Ministra Assusete Magalhães, Data de Julgamento: 17/04/2018, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 23/04/2018.

Émerson Gabardo, isso diz respeito à permissão para cooperação entre os entes da federação na gestão associada de serviços públicos. Não somente no caso de competência comum, mas, de forma genérica, podem os entes cooperar na gestão dos serviços públicos promovendo o ideal de eficiência.⁶³

No entender do jurista paranaense, a cooperação em epígrafe não implica transferência, vez que, a Constituição atribui as competências para a prestação de serviços públicos a cada ente especificadamente, sendo que, a simples transferência é incompatível com o ordenamento jurídico. A cooperação se dá somente para incremento da eficiência na realização do serviço que continuará sendo prestado direta ou indiretamente pelo próprio ente competente.⁶⁴

A Lei Federal 13.019/14, denominado Marco Regulatório do Terceiro Setor trouxe inovações importantes às parcerias com o poder público, afastando grandes lacunas jurídicas que outrora impediam a eficiência e qualidade que tais serviços concedidos deveriam promover nos moldes como foram delineados no Plano Diretor da Reforma do Estado aprovado pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso.⁶⁵

É importante destacar, ainda, a regra do art. 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Trata-se, basicamente, de consagração da expressão de alguns elementos que já integram o regime jurídico administrativo, em especial: a adoção de “parâmetros principiológicos” decorrentes da eficiência administrativa.⁶⁶

O processo do Tribunal de Justiça cearense, TJ-CE - Remessa Necessária: 00001557520128060216 CE 0000155-75.2012.8.06.0216, Relator: Francisco de Assis Filgueira Mendes,⁶⁷ dá testemunho ao princípio da eficiência administrativa

⁶³ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p.100-105.

⁶⁴ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 100-105.

⁶⁵ SECRETARIA DE ESTADO DE GOVERNO. **Entendendo a Lei Federal n. 13.019/14** - Perguntas e repostas. Disponível em: http://www.sigconsaida.mg.gov.br/images/mrosc/cartilha_capacitacao_escola_contas.pdf Acesso em: 27 nov. 2018.

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 25 nov. 2018.

⁶⁷ TJ-CE - Remessa Necessária: 00001557520128060216 CE 0000155-75.2012.8.06.0216, Relator: Francisco de Assis Filgueira Mendes, Data de Julgamento: 09/12/2019, 3ª Câmara Direito Público, Data de Publicação: 10/12/2019

entre outros, mesmo entrando na seara administrativa cujo âmbito de decisão é inerente à outra esfera de poder. Em seu disposto:

1. O autor, servidor público do município de Tururu-CE, solicitara à administração municipal licença para tratar de interesse particular, sem remuneração, e, antes do término do prazo de sua licença, requereu a interrupção desta, não obtendo resposta da autoridade responsável. 2. Pela leitura da Lei nº 079/1993 do Município de Tururu-CE, o juízo acerca do referido pleito é realizado mediante ato administrativo discricionário, não cabendo, a priori, ao Poder Judiciário intervir no juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública, sob pena de violação ao princípio da Separação de Poderes. 3. Todavia, nos termos do art. 48 da Lei nº 9.878/99, cuja ratio essendi está consoante o princípio constitucional da eficiência, "a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.". 4. A mora administrativa contraria o princípio da eficiência e do devido processo administrativo, ensejando a responsabilidade civil do ente público.

1.1.3 As Funções do Estado

A palavra “função” está atrelada à “utilidade”. Algo é útil a determinado fim. Também está ligada de alguma maneira à ideia de serviço, de trabalho, do agir. Na verdade, todas as pessoas, físicas ou jurídicas (pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado), tencionam realizar seus objetivos e, por conseguinte, buscam utilidades para concretizá-los.

Enquanto função é ação de servir a determinado fim, função pública, na lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, no Estado Democrático de Direito, “é a ação efetuada no implemento do dever de aprazer o interesse público, fazendo uso para tanto dos poderes indispensáveis conferidos pela ordem jurídica”.⁶⁸

No mesmo sentido, o professor Ricardo Marcondes Martins ensina que o Estado se define pelo desempenho de uma função, e esta consiste no agir em prol do benefício alheio, ou melhor dizendo, do proveito dos particulares enquanto partícipes da coletividade. No cumprimento dessa função resulta a razão de ser da força do Estado, de seu poder e de seus privilégios. Os particulares, por outro lado, possuem uma concepção individualista e são contrários a uma série de

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 29-30.

comportamentos necessários ao seu convívio em sociedade. Por isso, há indispensabilidade do Estado em impor uma série de condutas normativas.⁶⁹

O professor Celso Antônio, por sua vez, afirma que, existem três funções no Estado: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. Semelhante diferenciação refere-se ao momento presente e ao mundo ocidental, tratando-se de uma construção política que foi considerada juridicamente. Entretanto, não existe correspondência certa entre uma função e um grupo orgânico. Os três órgãos, ou seja, o Legislativo, o Judiciário e o Executivo concretizam atos de natureza precípua, mas, também, praticam atividades em menor grau que são pertinentes aos outros órgãos, de modo que os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário exercem as três funções estatais.⁷⁰

Na visão do mestre, a função administrativa não é restrita ao Poder Executivo, mas exercida igualmente pelos três poderes. No entanto, mantém uma diferença: os Poderes Judiciário e Legislativo só trabalham a função administrativa no que se refere à sua autoadministração. No âmbito da administração do Estado, porém, pode-se afirmar que a função administrativa é sobretudo efetivada pelo Executivo, uma vez que, é privativa deste Poder.⁷¹

Nessa linha de pensamento, o professor Ricardo Martins, afirma que, efetivamente, a maneira que Estado tem de cumprir a função pública se perfaz em editar atos normativos, sejam eles originados do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário, que objetivem a realização do propósito de servir ao povo. Nesse rumo, ato administrativo é denominação global a todos os veículos introdutores de normas administrativas. A função administrativa se reduz à edição de atos administrativos, quer pelo Legislativo e pelo Judiciário nos conteúdos relacionados às suas organizações e procedimentos funcionais, quer pelo Executivo, para todas as matérias exorbitantes.⁷²

⁶⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.27-32.

⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.29-30.

⁷¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.27-32.

⁷² MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.27-32.

1.1.3.1 O Controle da Administração Pública

Em toda a instituição, seja ela privada ou pública, a necessidade do controle é diretamente proporcional ao aborrecimento que se tem ao dar explicações exíguas dos atos que foram cometidos. Ora, é muito mais fácil planejar, agir e gastar do que ter que prestar contas das consequências dos atos realizados.

Embora, seja difícil uma ação que não envolva recursos econômico-financeiros, o controle também se aplica no âmbito de outros valores como, por exemplo, cumprimento constitucional dos direitos humanos em sua forma mais abstrata e não mensurável economicamente. Na administração pública, o controle constitui poder-dever dos órgãos a que a lei agracia com essa função, por ter finalidade corretiva. Ele abrange a fiscalização e a reparação dos atos ilegais, ou inconvenientes ao propósito objetivado.

Para o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, no Estado de Direito, os múltiplos controles que submetem a Administração Pública têm como propósito, o cumprimento por parte dela de seus fins, que ela não desatenda o ordenamento jurídico e nem ofenda os interesses públicos e particulares.⁷³

No entender da Professora Maria Sylvia Di Pietro, a Administração Pública para, efetivamente, bem cumprir sua função através do se regime jurídico público e, sempre no interesse público, subjugar-se aos controles dos Poderes Legislativo e Judiciário, além de exercer, ela mesma, o controle sobre os próprios atos. Esse controle abarca não só os órgãos do Poder Executivo, incluindo a administração direta e a indireta, mas, também, os dos demais poderes, quando exerçam função caracteristicamente administrativa. O fim do controle é que a Administração atue em conformidade com os princípios que lhe são exigidos pelo ordenamento jurídico.⁷⁴

Não há dúvida que, para bem exercer suas funções e objetivos institucionais, qualquer entidade, seja ela pública ou privada, necessita de controle. Trata-se de uma função básica de administração, sendo que, isso se aplica, até, em âmbito individual. No caso da Administração Pública, investiga-se a correta aplicação dos recursos públicos na direção dos interesses da coletividade.

⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 961.

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 921-922.

Com base nesses elementos, segundo a professora Di Pietro, pode-se interpretar o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela cometem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o escopo de garantir a correlação entre sua atuação com os princípios que lhe são devidos pelo ordenamento jurídico.⁷⁵

No que se refere ao controle das instituições, na lição da professora, uma que exerce importante papel no controle da Administração Pública é o Ministério Público, em decurso das funções que lhe foram conferidas pelo artigo 129 da Constituição Federal.⁷⁶

Entre suas incumbências, estão, entre outras, a de ajuizar ações penais contra quem cometeu crimes; promover ações civis públicas para a defesa de interesses da coletividade (como o meio ambiente, o patrimônio público e os direitos da criança e do adolescente, por exemplo) e promover ação de inconstitucionalidade contra leis que ferem a Constituição federal ou a Estadual.

A Constituição Federal, no capítulo respeitante à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, antevê o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 71) e o controle interno que cada Poder empreenderá sobre seus próprios atos (artigos 70 e 74). Na lição de Di Pietro, esse controle interno é efetuado, na maior parte das vezes, pelo sistema de auditoria, que acompanha o cumprimento orçamentário, verifica a legalidade no uso do recurso público e auxilia o Tribunal de Contas no exercício de sua incumbência institucional.⁷⁷

Na verdade, trata-se de uma auditoria comum a que toda a instituição que pretende ser séria deve se submeter para obter a aprovação de suas contas. Isso é intuitivo. Quando se tem um objetivo, há que se trabalhar com recursos. Tais recursos possuem origem física e devem ser aplicados em gastos que incorram para

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 922-923.

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 922-923.

⁷⁷ O artigo 74 da Constituição inova de várias maneiras: primeiro, ao deixar claro que cada um dos Poderes terá um sistema de controle interno; segundo, ao prever que esse sistema se exercerá de forma integrada entre os três Poderes; terceiro, ao estabelecer a responsabilidade solidária dos responsáveis pelo controle quando, ao tomarem conhecimento de irregularidade, deixarem de dar ciência ao Tribunal de Contas (§ 1º); finalmente, ao colocar o Tribunal de Contas como uma espécie de ouvidor-geral a quem os cidadãos, partidos políticos, associações ou sindicatos podem denunciar irregularidades ou ilegalidades (§ 2º). (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 923).

a obtenção dos fins previstos. Sabe-se que nenhum recurso surge do acaso nem é proveniente de fontes obscuras. Também se sabe, que as despesas e aplicações desses recursos devem ser executadas com o máximo cuidado e necessitam obedecer aos limites fixados nas regras postas. A equação é clara: o total das origens deve ser igual ao total das aplicações de recursos.

No caso do direito público, mais ainda. Existem recursos finitos, normalmente, oriundos da economia trabalhada pela coletividade. Os recursos são de todos. Ademais, existem regras orçamentárias as quais requerem comedimento com os gastos. Assim como existem os três poderes, cada um deles tem a sua demanda. Há que se obedecer ao interesse público na seleção de quais necessidades são prioritárias e, quanto a elas, realmente, condizerem com a veracidade que se intitulam. Para aferição de tais realidades é que existe a função de controle, tendo, pois, os seus órgãos a finalidade e as formas de as executarem.

Seja qual for o órgão de controle, ele está sob às normas da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com as alterações introduzidas pela Lei n. 13.655, de 25/04/18.⁷⁸

Certamente, que, desenvolver o tema de Administração envolve discorrer a respeito de quem administra. No caso da administração pública, que, não só é representada, mas, também apresentada por seu agente, isso ocorre de forma ainda mais cabal.⁷⁹ Portanto, é o momento de adentrarmos no conceito e nas peculiaridades que envolvem o agente público.

1.2 O Agente Público

Existem diversas teorias que procuram explicar as relações do Estado, pessoa jurídica, com seus agentes. Adotamos, aqui, a teoria do órgão que vê a pessoa jurídica manifestar a sua vontade por meio dos órgãos, de modo que os agentes que os integram manifestam a sua vontade. Há o Estado e sua administração, que é feita através dos órgãos e repartições públicas, as quais são compostas pelos agentes.

⁷⁸ PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**. Brasília: Senado Federal, 2015.

⁷⁹ Na imagem introdutória da presente pesquisa, o agente incorpora o Estado (É o próprio Estado).

Na lição de Di Pietro, pode-se definir o órgão público como uma unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o compõem com o fito de expressar a vontade do Estado. Na realidade, o órgão não se confunde com a pessoa jurídica, muito embora, seja sua parte integrante. O órgão também não se confunde com a pessoa física, o agente público, uma vez que, congrega funções que este exerce.⁸⁰

Nas palavras do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, os órgãos “nada mais significam que círculos de atribuições, os feixes individuais de poderes funcionais repartidos no interior da personalidade estatal e expressados através dos agentes neles providos”.⁸¹

Por outro lado, Martins dos Anjos ensina que agente Público é a pessoa física que exercite, sob qualquer regime jurídico, atividades estatais. Infere-se que, esta definição designa um conceito de gênero que engloba espécies muito diferentes de regimes jurídicos incidentes sobre as várias pessoas físicas que prestam funções estatais, conforme os artigos 37, XIII, 39, caput e §§ 1º e 2º, da LC 101/2000.⁸²

Pode-se obter por conclusão que, a Administração pública direta é composta por órgãos, os quais, por sua vez, manifestam sua vontade por meio dos agentes públicos. Todos possuem competências outorgadas constitucionalmente. Um exemplo é a Secretaria da Fazenda e Planejamento que é um órgão público que compõe a Administração pública direta do Estado de São Paulo. Entre os agentes públicos que compõem o órgão fazendário estão os agentes fiscais de renda os quais manifestam efetivamente a vontade da administração pública, uma vez que, esta, sendo ente abstrato, não tem a propriedade para manifestar sua vontade a não ser por meio de seus agentes.

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019, p.673-674.

⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed, rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 69.

⁸² ANJOS, Luis Henrique Martins dos. Elementos para uma nova Categorização dos Agentes Públicos Brasileiros em face do Estado de Direito Democrático. In: OSÓRIO, Fábio Medida e SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coords.). **Direito Administrativo** – Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.664-665.

1.2.1 Servidores Públicos

Enquanto o vocábulo “administração pública” é a expressão usada para descrever o conjunto de agentes, serviços e órgãos instituídos pelo Estado com fim de elaborar a gestão de certas áreas de uma sociedade, como educação, saúde e segurança. Um indivíduo que trabalha na administração pública é conhecido como agente público. Entretanto, existem diversos tipos de agentes públicos.

No ensinamento do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, os servidores públicos são uma espécie dentro do gênero “agentes públicos”.⁸³ Essa expressão é a mais ampla que se pode conceber para designar os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade, ainda quando o façam apenas ocasionalmente ⁸⁴

O professor Bandeira de Mello assevera que seja quem for que desempenhe funções estatais, enquanto as exerce, é um agente público:

A noção abrange tanto o Chefe do Poder Executivo como os membros do Poder Legislativo, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos.⁸⁵

O mestre afirma ainda que, dentre os mencionados agentes, alguns integram o aparelho estatal, quer em sua estrutura direta, quer em sua organização indireta. Outros são alheios ao aparelho estatal e permanecem exteriores a ele como os concessionários, permissionários, delegados de função ou ofício público, alguns requisitados, gestores de negócios públicos e contratados por locação civil de serviços. Aos últimos, o mestre denomina como os particulares em colaboração com a Administração.⁸⁶

⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed, rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p.250-251.

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed, rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p.253.

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed, rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 251.

⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed, rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 257-258.

Nesse ponto, o professor refere-se àqueles que, por exemplo, fazem às vezes da Administração prestando comodidades à população como serviço de transmissão de energia elétrica, transporte coletivo de passageiros, saneamento de água e esgoto entre tantos.

Também os agentes de cartório, os quais recebem o exercício de sua função por delegação pública. Além desses, são agentes públicos os que cumprem afazeres momentâneos como os mesários que atendem a população em dias de eleições. São alguns que retratam a abrangência do conceito de agente público.

Todos eles, no entanto, são, ainda que, alguns “apenas circunstancialmente, agentes que exprimem manifestação estatal, munidos de uma qualidade que só podem possuir porque o Estado lhes emprestou sua robustez jurídica e os credenciou a assim agirem ou, quando menos, tem que reconhecer como estatal o uso que haja feito de certos poderes”.⁸⁷

Por sua vez, servidor público é todo aquele empregado de uma pessoa jurídica de direito público ou de direito privado sob regime jurídico de direito público. Trata-se de uma designação geral que engloba todos os que mantêm vínculos trabalhistas com entidades governamentais, agregados em cargos ou empregos de entidades político-administrativas, bem como em suas respectivas instituições componentes da administração indireta. Melhor dizendo, é todo aquele que mantém um vínculo empregatício com o Estado, e seu pagamento é proveniente da arrecadação de impostos, sendo sua atividade chamada de típica de Estado, segundo as atribuições de competências constitucionais.

A Constituição de 1988, no capítulo concernente à Administração Pública, emprega a expressão “Servidores Públicos” para intitular as pessoas que desempenham afazeres, com vínculo empregatício, à Administração Pública direta, autarquias e fundações públicas.

No mesmo sentido, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua servidor público em sentido amplo como “todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos”⁸⁸

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed, rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 253-260.

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 683.

Entretanto, conforme a mestra, como nem todas as pessoas que prestam serviços ao Estado o fazem com vínculo empregatício, há necessidade de se adotar outro vocábulo, com sentido mais amplo, que envolve “todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”. A esses prestadores de serviço a preceptora nomeia “agente público”.⁸⁹

Na verdade, os conceitos de agente público e de servidor público são parecidos para ambos os doutrinadores, uma vez que, os servidores públicos estão contidos no conjunto geral dos agentes públicos.

A Lei de Improbidade Administrativa de 8.429/92, conforme se verificará adiante, em seus primeiros artigos estabelece o conceito de servidor público para efeito de sua aplicação quanto ao tema da responsabilidade.

Após descrever e conceituar o prestador do serviço público, ou seja, o agente que manifesta efetivamente a vontade e a personalidade estatal através da prestação de serviços diversos, entramos na seara da conduta que ele deve ter e, em contrapartida, o que a sociedade pode esperar dele.

1.2.2 A Conduta do Agente Público

Este ponto do capítulo diz respeito à atuação do agente público. O agente público, nosso protagonista do serviço público, seja ele ou ela, agente político eleito ou nomeado em comissão, militar ou civil ou um particular prestando serviço ao Estado passa a trabalhar na Administração pública.

Estando em exercício na repartição, onde exerce a função pública, está rigidamente adstrito às normas constitucionais e administrativas as quais regem o setor público. Eventual deslize no cumprimento das normas seja por culpa ou dolo, “erro grosseiro” ou improbidade, atento ou desatento, sabedor ou não de sua competência e dever, estará sujeito às responsabilidades civis, penais e administrativas.

Aqui, discorreremos a respeito da conduta funcional do agente público. Em primeiro lugar, verificaremos, ainda que, em breve passagem, seus direitos e seus deveres de lealdade. A seguir, conceituaremos “crime”, “culpa”, “dolo” e suas formas de se apresentarem ao direito posto e à sociedade.

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019, p.680.

A professora Maria Sylvia Di Pietro, nos ensina que, os direitos do servidor público estão identificados na Constituição Federal, não havendo impedimento a que outros direitos sejam ofertados pelas Constituições Estaduais ou mesmo nas leis ordinárias dos Estados e Municípios.⁹⁰

Nesse sentido, os direitos e deveres do servidor público estatutário fazem parte do Estatuto do Servidor que cada unidade da Federação tem competência para estipular, ou da Consolidação das Leis Trabalhistas, se o regime celetista for o determinado para reger as relações de emprego. Em qualquer hipótese, precisarão ser observadas as normas da Constituição Federal.

Os estatutos promulgados antes da promulgação da atual Constituição e que foram recepcionados por ela declaram os direitos e deveres do funcionário. Em âmbito federal, a Lei nº 8.112/90 cumpre o papel infraconstitucional. Além disso, cada unidade federativa, também, dispõe de ordenamento jurídico com previsões específicas a seus servidores públicos.

1.2.2.1 O Dever Funcional de Lealdade às Instituições

É de uma lógica clara e contundente que, uma vez que exerce um cargo público ou, de alguma outra maneira se torne um agente público, a pessoa assume deveres para com a coletividade que, na verdade, é quem lhe paga. Através de tributos, sejam eles impostos, taxas ou contribuições diversas, a sociedade mantém a administração pública com o objetivo de auferir melhorias em sua vida comum. Portanto, a primeira obrigação de um agente público é honrar o pagamento que recebe da coletividade.

Na lição do professor Francisco Mauro Dias, a violação de deveres funcionais inerentes à relação de serviço com a Administração Pública configura uma falta, uma infração ou um ilícito disciplinar, pressuposto, por sua repercussão prejudicial ao serviço público, de exercício ou atuação do poder disciplinar.⁹¹

Para o que nos interessa nesse estudo, é dizer que, o dever de lealdade às instituições existe. As leis administrativas que definem o regime jurídico da função

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁹¹ DIAS, Francisco Mauro. Poder Disciplinar – Sanções Disciplinares de Caráter excepcional na Atualidade Administrativa Brasileira. In: MEDINA, Fábio e SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coords). **Direito Administrativo** – Estudo em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.114-115.

pública, estabelecendo a situação estatutária e regulamentar do funcionário perante a administração impõem deveres e proibições, cuja inobservância dá surgimento à falta disciplinar.

Ainda, na lição de Francisco Mauro Dias, não se trata, no caso, de simples lealdade, mas de lealdade às instituições constitucionais, ou melhor dizendo, também governamentais e administrativas a que pertencer o funcionário. Conquanto sejam independentes as instâncias civil, a penal e a disciplinar, existe o dever funcional de lealdade às instituições, dever que tem a ver com o posicionamento assumido inerente à Administração. Também diz respeito à Segurança Nacional.⁹²

No dizer Caio Tácito a respeito, a obrigação funcional de lealdade às instituições fica adequadamente situada, portanto, em relação às mesmas. Basta que o poder executivo seja omissivo ou frouxo no cumprimento de seus deveres, basta que não sejam usadas as atribuições que lhe foram dadas para entreter e desenvolver atividade social, para que cause grande dano ao povo.⁹³

Por exemplo, caso seja omitido um procedimento de fiscalização de tributos para se beneficiar um administrado em particular, há, com essa atitude, um malefício a todos os outros administrados, uma vez que a sociedade como um todo está sendo vilipendiada com essa atitude desleal de quem é pago para efetuar seu trabalho de maneira isenta e imparcial.

O Estado é caro. Os administrados pagam impostos cujos valores são alocados em grande parte ao pagamento dos agentes públicos. Portanto, além do bom desempenho de suas tarefas normais do dia a dia, o agente público deve lealdade a seu Estado onde se congrega o povo.

⁹² O fato de o dever político de lealdade se endereçar a todos os cidadãos, que terão, conforme o caso, responsabilidade política ou penal pelas infrações que dele cometerem, não significa que os Estatutos não o possam prever também como dever funcional específico, ocasionando infração do mesmo, embora o seu caráter político, responsabilidade disciplinar. (DIAS, Francisco Mauro. Poder Disciplinar – Sanções Disciplinares de Caráter excepcional na Atualidade Administrativa Brasileira. In: MEDINA, Fábio e SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coords). **Direito Administrativo** – Estudo em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.114-115).

⁹³ As perspectivas da segurança nacional indicam, assim, como objetivos preferenciais, a par das medidas e instrumentos já existentes, dois endereços imediatos e urgentes, a saber: no campo político, o aperfeiçoamento da defesa das instituições contra a infiltração de ideologias que se opõem ao sistema democrático representativo e ao gozo das liberdades públicas; e, também, no campo econômico e social, a adoção e execução das reformas de base que tenham em vista o interesse geral, particularmente com respeito à destinação social da propriedade, à contenção dos abusos do poder econômico, à proteção do trabalho e ao aperfeiçoamento da representação sindical, à evolução do processo eleitoral e da estrutura político-partidária, à eficiência e moralidade da Administração Pública. (TÁCITO, Caio. **Manual do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 353).

1.2.2.2 O que é "lícito" ou "ilícito" nas atividades do Estado

Às vezes, uma atividade administrativa lícita, além de incomodar o cidadão ainda lhe causa prejuízo efetivo. Não é qualquer barulho de uma betoneira no asfalto, mas, algo efetivo, como, por exemplo, o nivelamento de uma rua que tem por consequência, o desnível entre as casas que margeiam a via e a mesma, ocasionando desvalorização monetária na avaliação dos imóveis de seus proprietários. Embora o Estado possa provar a necessidade e a licitude de sua ação, haverá necessidade de indenizar o prejuízo causado (conforme explanado mais sucintamente no capítulo 2).

Para a doutrinadora Weida Zancaner, a ocorrência de ato ilícito não exige do administrado um fardo ao qual estaria obrigado se lícita fosse a atividade da Administração Pública, uma vez que, com a atividade lícita há que se ter tolerância, mas, com a atividade ilícita pode-se ser, intransigente, haja vista, que ninguém é obrigado a suportá-la.⁹⁴

Muitas vezes, segundo a professora, ocorrendo atividade lícita ou ilícita, a situação do atingido não se modifica, porque, o administrado, face à teoria objetiva, tem o direito de receber a indenização que lhe é devida.⁹⁵

Para Romeu Bacelar, contudo, a legislação sobre ilícito administrativo, não escapa à concepção de uma legalidade flexível uma vez que, os diversos Estatutos dos Servidores Públicos apresentam uma lista de condutas tipificadas como ilícitas a partir de conceitos genéricos.⁹⁶

O criminalista Damásio de Jesus ensina que, não há, porém, como se enlaçar em uma única realidade o lícito e o ilícito. São ações muito diversas. As atitudes ilícitas são tipificadas no código penal ou contradizem a legislação civil ou a administrativa. No entanto, não há substancial diversidade entre o ilícito penal e o civil. Fundamentalmente, não há discrepância entre eles. A distinção é de ordem

⁹⁴ ZANCANER, Weida. Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p.1202-1203.

⁹⁵ ZANCANER, Weida. Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p.1202-1203.

⁹⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos Polêmicos do Regime Disciplinar do Serviço Público. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 704-709.

legal e extrínseca, pois, enquanto o ilícito penal é uma ação iníqua sancionada com a pena, o dano civil é a afronta que produz sanções civis. Somente em se analisando à natureza da sanção é que se pode declarar se o caso é um ou outro.⁹⁷

Do ilícito civil decorre a obrigação de “tornar indene” a ação para recompensar o estrago feito no bem material do lesado. Por sua vez, um injusto penal afronta um bem jurídico maior e, por isso, envolve a aplicação de uma pena mais severa.

Na visão de Damásio, embora não dependa exclusivamente do critério Legislativo, cabe a este poder, primordialmente, definir se a sanção civil se mostra eficaz para a guarita da ordem legal, aparecendo a necessidade de definição penal.⁹⁸

Continuando em seu raciocínio, o professor afirma que, o que se disse em relação ao ilícito civil deve ser repetido quanto ao ilícito administrativo: não existe diferença primordial entre os dois. A diversidade é de grau ou de quantidade. Reside no grau da violação ao ordenamento jurídico. Aqui, também, é a espécie de sanção que nos permite estabelecer se há um crime ou um ilícito administrativo. Por conseguinte, caso o legislador tenha fixado uma sanção administrativa, significa que a considerou suficiente, e entendeu desnecessário recorrer à pena.⁹⁹

Existem faltas administrativas que, embora graves, não implicam a necessidade de ressarcir monetariamente o administrado, até porque, tal perda pode não ser monetariamente mensurável de forma legal. Por exemplo, o desleixo na confecção de uma tarefa rotineira, no mais das vezes, implica dano maior à própria Administração como um todo, raras vezes ao administrado em particular, e, mesmo nesses casos, há dificuldade de se provar concretamente o nexo causal entre a incúria do agente e o dano efetivo ao prejudicado.

1.2.2.2.1 Crime

No ensinamento do professor de direito penal, Damásio de Jesus, não existe diferença fundamental entre crime ou delito e contravenção. Certo fato pode ser interpretado de um ou outro modo pelo legislador, conforme a situação de momento.

⁹⁷ JESUS, Damásio de. **Direito penal**. 32. ed São Paulo: Saraiva, 2011, p.153-156.

⁹⁸ JESUS, Damásio de. **Direito penal**. 32. ed São Paulo: Saraiva, 2011, p.161.

⁹⁹ JESUS, Damásio de. **Direito penal**. 32. ed São Paulo: Saraiva, 2011, p.162.

“Um fato que hoje é contravenção pode no futuro vir a ser fixado como crime”. Normalmente, o fato é típico, isto é, está previsto na legislação em vigor. Não basta isso, porém, para que exista crime.¹⁰⁰

Por exemplo, no descaminho (artigo 334 do CP), a simples entrada ou saída da mercadoria, por si só, não se constitui crime, se o agente que provocou o fato pagar o imposto devido. Por outro lado, o contrabando é crime, uma vez que, o ilícito se consuma com a entrada ou a saída da mercadoria proibida. Ambos são crimes materiais, porém no descaminho o núcleo do tipo está na burla do pagamento do imposto e não, na entrada do objeto no país.

Há que ser uma atitude contrária ao direito, ou seja, antijurídica, isto é, há que ser uma conduta reprovável que viole bens jurídicos protegidos pela ordem normativa. Na lição de Damásio, Caso não haja antijuridicidade, não há crime. Então, a antijuridicidade é o segundo quesito do crime. Através do juízo de valor a seu respeito é que se entenderá se o fato é, ou não, contrário ao ordenamento jurídico. Verificada a ilicitude do comportamento, portanto, existem os dois requisitos do crime: fato típico e antijuridicidade.¹⁰¹

Prossegue o criminalista dizendo que existem excludentes de antijuridicidade previstas no artigo 23 da lei penal, uma delas é o estado de necessidade. Por exemplo, um agente público policial que, para salvar uma criança que corre perigo de vida dentro de um imóvel, invade o domicílio em horário noturno e provoca danos ao bem material. Tal atitude é passível de ser enquadrada como ação em estado de necessidade.

Segundo o criminalista, o crime se enquadra na categoria dos atos ilícitos, ao lado dos ilícitos civis e administrativos. Não se trata de um ato jurídico, mas de ação humana cujas repercussões jurídicas são involuntárias, pertencendo ao vasto esquema dos fatos jurídicos. “Trata-se de um ato que contrasta com a ordem jurídica, o que o transforma em ato ilícito. Daí é que se consubstancia o ilícito penal”.¹⁰²

A doutrina, de um modo geral, afirma que o crime pode ser “culposo” ou “doloso”. Infração “culposa” é quando não há propósito claro do agente em cometer

¹⁰⁰ JESUS, Damásio de. **Direito penal**. 32. ed São Paulo: Saraiva, 2011, p.153-154.

¹⁰¹ JESUS, Damásio de. **Direito penal**. 32. ed São Paulo: Saraiva, 2011, p.153-154.

¹⁰² JESUS, Damásio de. **Direito penal**. 32. ed São Paulo: Saraiva, 2011, p.163-164.

o ato contrário ao bem jurídico. Por outro lado, a conduta é considerada “dolosa” quando há intenção clara por parte do agente em consumá-la.

➤ A Conduta Culposa

Exige trabalho, porém, contrastar o ato culposo com um doloso em todos os casos. Alguns deles são notórios, porém, outros nem tanto. Por exemplo, o “sumiço” de um processo numa repartição pública por ter sido entregue a um advogado inescrupuloso por engano, uma troca de bebês em um hospital público, ou, uma troca de cadáveres em um necrotério. Pode, em alguns casos, ser considerada um notório e inaceitável “erro grosseiro” – no dizer do artigo 28 da LINDB – mas, pode ter havido um dolo devido a interesses menores do agente, tais como, recebimento de propina ou mesmo revanchismo ou, qualquer espécie de sentimento menor que não se coaduna com a correta conduta do agente público.

O jurista Diogo Melo nos afirma que, a culpa tem sido definida como um erro de conduta, um comportamento consciente do agente que, sem o propósito de provocar o dano injusto a outrem, ocasionando o evento lesivo, através do que a doutrina denomina “negligência”, “imprudência” e “imperícia”.¹⁰³

Conforme explana em seu texto, para viver em sociedade, a pessoa, seja ela física ou jurídica, tem que pautar sua conduta de modo a não produzir dano a ninguém. Ao praticar seus atos, mesmo que lícitos, deve ser cauteloso para que sua ação não lese bens jurídicos alheios.¹⁰⁴

No entanto, segundo a visão do jurisconsulto, a imprudência, a negligência e a imperícia não são elementos da culpa, nem suas espécies. Na realidade, são formas de exteriorização da conduta culposa, com base em um erro de conduta.¹⁰⁵

¹⁰³ MELO, Diogo L. Machado de. O Papel da Culpa na Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Coords.). **Responsabilidade Civil do Estado** - Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p.122.

¹⁰⁴ MELO, Diogo L. Machado de. O Papel da Culpa na Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Coords.). **Responsabilidade Civil do Estado** - Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p.52

¹⁰⁵ MELO, Diogo L. Machado de. O Papel da Culpa na Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Coords.). **Responsabilidade Civil do Estado** - Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p.127.

No ensinamento de Aguiar Dias, “Imprudência”, na maior parte dos casos, é um proceder tachado por falta de cautela e precipitação. Trata-se da falta de cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação, em que o agente pratica ato com menoscabo das condutas necessárias que devemos tomar em nossos atos, em contradição com as normas do procedimento sensato.¹⁰⁶

A imprudência pode ser tomada por um arrojo excessivo. Num exemplo, cotidiano, dirigir um veículo a uma velocidade acima de cento e cinquenta quilômetros por hora em uma via de mão dupla, ou, nessa mesma via, realizar uma ultrapassagem na contramão. No âmbito público, seria uma troca de tiros entre policiais e suspeitos em plena via pública com transeuntes à luz do dia.

Para Diogo Mello, a “negligência”, por seu turno, é explicada como a não observância das normas que nos ordenam lidar com atenção, capacidade, solicitude, discernimento. É a mesma incúria por conduta omissiva. O que podemos chamar “desmazelo”.¹⁰⁷

Os exemplos são vários da falta de cuidado no cotidiano dos brasileiros. Um exemplo é transportar crianças no banco da frente do veículo, ou deixar alguma arma ao alcance dos pequenos. No âmbito público, um gestor não ler o que assina.

No conceito de Marcelo Calixto, “Imperícia” é a não habilitação, ou capacitação técnica para o ato. É a falta de competência técnica no exercício de certa atividade, para o caso em que se ela é exigida do agente. Por exemplo, o exercício da advocacia por um não advogado. Na seara pública, um exemplo é a nefasta prática por parte de agentes policiais que consiste em “parar caminhões” em rodovias e, sem contarem com o auxílio do agente fiscal competente, liberarem mercadorias sem observar os quesitos dos documentos fiscais pertinentes.¹⁰⁸

Na visão de Diogo Mello, não importa, porém, a intenção do agente, mas, o modo e a forma imprópria como atuou. Diferentemente do dolo, a culpa não é a

¹⁰⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Forense, 1979, p.149.

¹⁰⁷ GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Coords.). **Responsabilidade Civil do Estado** - Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p.127.

¹⁰⁷ MELO, Diogo L. Machado de. O Papel da Culpa na Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Coords.). **Responsabilidade Civil do Estado** - Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p.127.

¹⁰⁸ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A Culpa na Responsabilidade Civil: Estrutura e Função**. São Paulo: Editora Renovar, 2008, p. 51.

vontade de praticar o ato ilícito, mas o propósito de praticar o ato lícito em que o agente, por não se conduzir adequadamente, acaba por cometer o ilícito.¹⁰⁹

No conceito do professor Anderson Schreiber, a culpa pode ser vista passando do plano concreto para o plano intangível. Em seu pensamento, exige-se do agente a perícia de entender e querer ou o discernimento para entender o caráter antijurídico dos atos danosos que pratica. Existe não só a oportunidade de se conhecer o dever, mas, efetivamente, o cenário de presenciá-lo. Dentro desta imputabilidade estão a maturidade e a sanidade mental.¹¹⁰

A questão da culpa é intrincada. Diferentemente dos atos dolosos, que se constituem como atos de vontade ou, no mínimo, de uma atitude de desprezo para com o próximo, a atitude culposa não é assim. Um agente público, por exemplo, quando comete uma ação imprópria por culpa, normalmente, o faz por erro, sem querer incorrer num injusto proposital. Trata-se de uma questão psíquica.

Devido a isso, e às transformações da sociedade e da ciência, os juristas formulam hipóteses para reconfigurar a responsabilidade do agente que age em conduta de culpa. É o que será visto, após, no capítulo terceiro deste texto.

➤ A Conduta Dolosa

Conforme afirma o professor Régis Fernandes Oliveira em seu texto, “A Corrupção como desvio de recursos públicos”, a ideia de que “o Estado brasileiro é corrupto” é a concepção de muitas pessoas,¹¹¹

Na análise do autor, se nada sucede ao servidor que recebe vantagem indevida, estando inteirado o seu colega, este fica encorajado a ter a mesma atitude.¹¹²

¹⁰⁹ MELO, Diogo L. Machado de. O Papel da Culpa na Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Coords.). **Responsabilidade Civil do Estado** - Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p.123.

¹¹⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 34.

¹¹¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. A Corrupção como desvio de Recursos Públicos. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 677-679.

¹¹² OLIVEIRA, Régis Fernandes de. A Corrupção como desvio de Recursos Públicos. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 679.

Isso pode ser originado da nefasta prática do corporativismo tão comum no desempenho da atividade pública no Brasil. Entre tantos exemplos, existem os casos de funcionários que atendem em guichês de administração pública. Ao solicitar uma propina, seu colega sabe que irá ter parte no valor dela, uma vez que, ao final do expediente, a soma total será repartida entre todos os agentes que trabalham no local.

Trata-se de uma prática vedada, porém, infelizmente, corriqueira em algumas repartições públicas. Uma coisa é se repartir as entradas monetárias advindas por liberalidade e gratidão do administrado satisfeito com o atendimento, outra, bem diferente, é a solicitação, ainda que de modo indireto, da gorjeta e depois reparti-la aos cúmplices.

Também, a prática acontece em âmbito maior com valores mais robustos, como nos casos constatados pelos órgãos de controle e tão amplamente divulgados pela mídia que se tornaram conhecidos com o nome de “mensalão” e outras ocorrências que originaram a denominada “operação Lava-jato”.

Ainda, na visão do professor Régis, não se pode embaralhar o exercício da atividade política com a prática da corrupção. Os direitos fundamentais se vêm constantes nos textos formais das Constituições das grandes democracias. Mas, o desvio dos recursos tolhe a plena efetivação material dos direitos sustentados nos textos legais mais recentes.¹¹³

No pensamento de Marçal Justein Filho, o crescimento dos gastos públicos é ligado a uma dificuldade, em especial, quando não é acompanhado da oferta de serviços públicos de qualidade. “O indivíduo conclui que uma parcela importante de seu patrimônio e do patrimônio público é transferida ao Estado sem que isso justifique a possibilidade da fruição de vantagens e benefícios.” Um resultado evidente da corrupção é agressão aos direitos humanos.¹¹⁴

Na verdade, a manutenção do Estado brasileiro é proveniente do dinheiro do contribuinte que paga impostos, taxas diversas e um mundo sem fim de contribuições. O texto constitucional assevera em seu artigo sexto que, entre outros,

¹¹³ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. A Corrupção como desvio de Recursos Públicos. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.679-680.

¹¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de Espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos e MARQUES NETO, Flávio de Azevedo (Coords.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 67-68.

os serviços de saúde, educação, transporte e segurança pública são direitos sociais a que fazem jus todos os trabalhadores.¹¹⁵

No entanto, o contribuinte percebe que, apesar de arcar com o custo exorbitante dos tributos de uma forma geral, caso tenha condições financeiras para desfrutar de uma qualidade de vida decente, ainda tem que pagar seguro do automóvel, convênio médico particular, escola particular para os filhos além da manutenção do próprio automóvel, uma vez que, não pode almejar um serviço público de boa qualidade no que se refere a transportes, saúde, educação e segurança pública. Isso, apenas, para se referir a esses quatro direitos sociais.

- “Suborno”, “propina”, “corrupção”: vocábulos que designam a má conduta do Agente Público

Conforme explana em seu texto “Controle Jurisdicional do Mérito do Ato Administrativo” o doutrinador Sérgio Ferraz, a ciência do Direito, ao contrário das ciências exatas, não cuida de eventos que se ordenem independentemente da atividade do cientista. Na verdade, o homem do Direito manipula especulativamente a realidade da vida social e transmite ao grupo social o fruto de seu labor.¹¹⁶

Desse modo, na visão do autor, a palavra assume, na ciência jurídica, importância idêntica à do pensamento. Por isso, a utilização da linguagem comum é inevitável ao jurista, mas, por vezes, o Direito empresta a determinado vocábulo um sentido contido. Nesse sentido, é que se diz ser que a linguagem jurídica é estipulada, sendo por força dessa característica que se registra fenômeno marcante

¹¹⁵ Constituição Federal de 1988: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10641309/artigo-6-da-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em: 23 abr. 2020.

¹¹⁶ FERRAZ, Sérgio. Controle Jurisdicional do Mérito do Ato Administrativo. In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes. (Org.). **Perspectiva do Direito Público** – Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 293-294.

no mundo do Direito, segundo o qual, mesmo expressões de uso predominantemente jurídico não tem sentido unívoco, no tempo e no espaço.¹¹⁷

Em seu pensamento, contudo, quando o Direito não redefine a palavra, por evidente abriga-a com o sentido comum que timbra seu uso. E como tal uso é evidentemente convencional, igualmente mutável no tempo e no espaço, daí se segue que o seu principal instrumento, a palavra, está marcado de indiscutível imprecisão. Longe, entretanto, de ser um obstáculo, a ciência jurídica assim garante sua renovação adaptando-se às vertentes ideológicas determinantes, exprimindo fenômenos diversos.¹¹⁸

Originalmente, segundo os dicionários “Aurélio”¹¹⁹ e “Houaiss”¹²⁰, o vocábulo “propina” é originário do latim “propina”, “dádiva”, significa gorjeta, gratificação. Por exemplo, ao dar uma gorjeta a um assistente de autópsia, estamos oferecendo-lhes uma singela propina pelo serviço prestado, e eles não veem nenhum motivo para se ofender.

Enquanto isso, o vocábulo suborno, segundo o dicionário Aurélio é “ato ou efeito de subornar”. Subornar: “Dar dinheiro ou outros valores para conseguir vantagens; coisa oposta à justiça, ao dever ou à moral”. Por extensão: “aliciar, corromper, comprar”.¹²¹

Não se faz isso com “vestidores de cadáveres”, faz-se com políticos, executivos e gente da Administração Pública. No entanto, com o passar do tempo e uso dos costumes, ambas as palavras se tornaram sinônimas.¹²²

O brasileiro, segundo o professor Régis de Oliveira, costuma ter comportamento contraditório: por um lado, crítica uma conduta antiética mas, de outro, comporta-se de forma duvidosa, quando, por exemplo, oferece propina para

¹¹⁷ FERRAZ, Sérgio. Controle Jurisdicional do Mérito do Ato Administrativo. In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes. (Org). **Perspectiva do Direito Público** – Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 293-294.

¹¹⁸ FERRAZ, Sérgio. Controle Jurisdicional do Mérito do Ato Administrativo. In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes. (Org). **Perspectiva do Direito Público** – Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 293-294.

¹¹⁹ DICIONÁRIO AURÉLIO ON LINE. Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/> Acesso em: 08 ago. 2019.

¹²⁰ DICIONÁRIO HOUAISS ON LINE. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#0> Acesso em: 08 ago. 2019.

¹²¹ DICIONÁRIO AURÉLIO ON LINE. Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/> Acesso em: 08 ago. 2019.

¹²² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. A Corrupção como desvio de Recursos Públicos. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 679.

guardas de trânsito, ou, quando recebe um auto de infração, para evitar a aplicação de uma multa, tenta subornar agentes fiscais para não serem autuados.¹²³

O professor Regis enumera vários exemplos, dentre os comportamentos que podem ensejar lesão ao erário. Aqui, enumeramos alguns deles e outros como, o superfaturamento; a redução sobre quantidade de cupons fiscais emitidos, a compra de nota fiscal sem a entrada da mercadoria; operação financeira, sem as devidas formalidades; diminuição do crédito tributário em auto de infração; deixar de fazer auditoria em determinados períodos ou operações da empresa; deixar prescrever alguns exercícios financeiros e, até mesmo, “errar” em alguns procedimentos e técnicas de verificação de irregularidades.

No conceito da professora Maria Helena Diniz, propina é "ato vedado ao agente público, que consiste no fato dele receber, direta ou indiretamente, em razão de suas funções, alguma vantagem econômica indevida, para praticar, omitir ou retardar algum ato de suas atribuições".¹²⁴

Segundo a autora, a enumeração dos requisitos imprescindíveis para a caracterização da propina como ato de improbidade são: “a relação entre agente público e terceiro; a vantagem patrimonial indevida oferecida àquele a gente pelo administrado (terceiro); a aceitação da dádiva pelo agente público, sem embargo da vedação legal; a ausência de qualquer fundamento jurídico justificativo daquela vantagem ofertada; o nexo causal entre o benefício indevido e o comportamento do agente público e de terceiro ofertante que o corrompe.”.¹²⁵

É vasta, no ordenamento jurídico brasileiro, a recriminação dos atos ilícitos que envolvem recebimento de vantagens indevidas. Dentre as disposições legais estão as Leis 8.112/90, artigo 117, XII; Lei 8.137/90, artigo 3º, II; Lei 8.429/92, artigos 9º, 10 e 11).

¹²³ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. A Corrupção como desvio de Recursos Públicos. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 684-685.

¹²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Um breve estudo filosófico-jurídico sobre a Natureza Jurídica da Propina** - Estudos em homenagem a Geraldo Atibaia. São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 506.

¹²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Um breve estudo filosófico-jurídico sobre a Natureza Jurídica da Propina** - Estudos em homenagem a Geraldo Atibaia. São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 506-507.

➤ A Improbidade Administrativa

Como foi visto acima, quando fizemos menção ao princípio da moralidade administrativa, existe, mas é tênue, a distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa. A rigor, pode-se dizer que são palavras que denotam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se associam à ideia de honestidade na Administração Pública.

Na lição de Sundfeld e Câmara, a Constituição Federal, ao se referir à Administração Pública, implicitamente demarcou o conceito de improbidade administrativa. De um lado, designando uma relação entre ela e o princípio da moralidade; de outro, indicando que o ato de improbidade caracteriza ação contrária ao Direito, sendo passível, inclusive, de ação penal - CF, art. 37, § 4º, de maneira a gerar como consequências a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário (CF, Art. 37, § 4º).¹²⁶

Segundo Di Pietro, quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso apresenta a noção de que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com acatamento da lei; é preciso também a observância a princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem submissão à boa administração e à disciplina interna na Administração Pública.¹²⁷

Conforme ensina a professora, “há muito tempo a improbidade administrativa, como ato ilícito, é mencionada no direito positivo brasileiro para os agentes políticos, acomodando-se ao crime de responsabilidade. Para os servidores públicos em geral, a legislação não mencionava improbidade, mas já espelhava preocupação com o combate à corrupção, ao falar em enriquecimento ilícito no exercício do cargo ou função, que constrangia o agente ao sequestro e perda de bens em favor da Fazenda Pública. A inclusão do princípio da moralidade administrativa entre os

¹²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Improbidade administrativa de dirigente de empresa estatal. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 128-129.

¹²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.1021-1023.

princípios constitucionais devidos à Administração é bem mais recente, porque deu-se apenas com a Constituição de 1988.”.¹²⁸

Antes da atual Constituição, não havia a divisão isolada entre aquilo que era da Administração e o que pertencia ao administrador. O Brasil passava por um regime ditatorial, um período de autoritarismo, sem órgãos de fiscalização e ferramentas de combate à “corrupção administrativa” como nos dias atuais. Os instrumentos da época não tinham intuito sancionador como os de agora.

No mesmo sentido, Maurício Lopes afirma que, o recebimento da propina por parte do agente público é entendido como um atentado à moralidade administrativa e uma deturpação da finalidade do ato administrativo por ele praticado, pois há uso de competência legal para atingir um propósito pessoal ou imoral. Logo, na aceitação da propina, nítida é a relação entre a moralidade administrativa e a ideia de desvio de poder ou de finalidade, por haver violação da Lei pelo agente público para obter fins não pretendidos por ela ou para atender a motivos imorais, praticando ato administrativo aparentemente válido.¹²⁹

Por outro lado, na visão de Sundfeld e Câmara:

A mera ação em desconformidade com a lei não pode, por si só, configurar ato de improbidade administrativa. O ato de improbidade, por disposição constitucional, deve ser caracterizado considerando-se a intenção do agente em praticar a ilegalidade ou qualquer outra conduta contrária aos princípios básicos da Administração.¹³⁰

No pensamento dos autores, o agente público que, em virtude de mera interpretação equivocada da lei, pratica ato inválido, mas o faz com a convicção de estar dando fiel cumprimento à regra de competência, obviamente não pratica ato de improbidade. É ímprobo o agente que viola o ordenamento jurídico de modo

¹²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.1023-1027.

¹²⁹ LOPES, Maurício A. Ribeiro. *Ética e Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993; MEIRELLES, Hey Lopes. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora RT, 1983; BRANDÃO, Antonio José. Moralidade administrativa. In: **RDA**, n. 25, p. 457, 1951.

¹³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Improbidade administrativa de dirigente de empresa estatal. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.130.

desonesto; que busca, com o exercício de sua autoridade, deliberadamente desviar-se dos fins traçados na lei.¹³¹

Não concordamos de inteiro modo com esse raciocínio. Temos dificuldade em avaliar uma atitude dolosa como um mero equívoco de interpretação da lei, uma vez que, considerar uma intenção como um mero ato de erro de interpretação da lei é algo temerário. Há que se cumprir um longo trabalho investigativo. Com todo o respeito que merecem os autores, tal visão no contexto brasileiro poderia dar ensejo a práticas descabidas com o amparo de má interpretação da lei. Sabe-se que o agente público deve estar preparado em suas funções para interpretar a lei de modo correto, uma vez que, faz parte de suas atribuições.

Concluimos, portanto, que a LINDB, no artigo 28, também procurou reformular a visão que se tinha da conduta do agente. Entretanto, muito ainda há que se debater para se chegar a um consenso.

O presente capítulo apresentou a administração pública e seu agente em suas ações e competências. A seguir, discorreremos a respeito da responsabilidade que semelhantes ações ocasionam ao Estado e ao seu agente.

¹³¹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Improbidade administrativa de dirigente de empresa estatal. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.130.

2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO

Discorrer sobre qualquer tipo de organização é pronunciar-se a respeito de sua responsabilidade. Quem quer que administre algo, além de almejar uma finalidade, há de ter responsabilidade de seus atos perante terceiros e perante si mesmo. Portanto, em âmbito de administração pública, isso não poderia ser diferente.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a palavra “responsabilidade” tem sua origem na raiz do latim, da palavra “spondeo”, pela qual se vinculava o devedor, solenemente, nos contratos verbais do direito romano. Se entendia que, toda atividade que acarretasse prejuízo consequente de um fato social, acarretaria o problema da responsabilidade. Há várias acepções existentes acerca de responsabilidade, dentre as quais algumas são fundadas na doutrina do livre arbítrio e outras em motivações psicológicas. A responsabilidade é destacada como um aspecto inerente à realidade social.¹³²

O ordenamento jurídico brasileiro admite a junção das responsabilidades civil, administrativa e penal do agente público em razão de ato danoso por ele praticado. Com efeito, um mesmo ato lesivo do agente público que infrinja, simultaneamente, normas pertinentes aos direitos civil, administrativo e penal enseja sua responsabilização a qual é cumulativa nas três esferas.

Imagine-se, por exemplo, que um motorista de um rabeção¹³³, agente público, nesta qualidade, dirigindo imprudentemente, abalroe o veículo oficial com um carro particular, resultando dessa colisão a morte de uma pessoa. Nesse caso, responde o agente perante a administração pública pela infração disciplinar, tornando-se sujeito a uma das punições disciplinares antevistas nas leis administrativas, tais como a advertência, a suspensão ou a demissão.

Responde, também, à administração pública na esfera cível, em ação regressiva, depois que a administração tiver sido condenada a indenizar os danos

¹³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

¹³³ É o veículo usado para o transporte de mortos. Em alguns países que, por motivos religiosos e culturais, a cerimônia de sepultamento dos mortos é prática considerada importante, o carro fúnebre chega a ser até um veículo de luxo, exuberante e que acaba fazendo parte da cerimônia, principalmente quando o corpo é velado em um lugar e enterrado em lugar diferente. Em São Paulo, é o veículo oficial usado pela Administração Pública dos órgãos: Instituto Médico Legal (IML) e Serviço de Verificação de Óbitos da Capital (SVOC).

resultantes da colisão, uma vez que, o acidente decorreu por culpa do agente. Estará suscetível, ainda à responsabilização no âmbito criminal, pela transgressão penal praticada, que no exemplo, admite a modalidade culposa. Portanto, as responsabilidades administrativa, civil e penal do agente são cumulativas e, em princípio, independentes.

2.1 A Responsabilidade do Estado

Neste ponto do trabalho, passamos a desenvolver o tema da responsabilidade do Estado.

Não é objetivo do texto, porém, o alongamento do assunto, uma vez que, o tema da presente dissertação diz respeito à responsabilidade do agente público e sua reconfiguração à luz das alterações efetuadas na LINDB.

A nova LINDB em seu artigo 28, dispõe sobre a conduta responsiva do agente público, nada mencionando sobre mudanças fundamentais no que diz respeito, especificamente à responsabilidade do Estado como um todo, já caracterizada no artigo 37 do atual texto constitucional.

Contudo, num rápido lance, passamos a discutir essa questão, uma vez que tal responsabilidade faz parte do elenco dos princípios basilares do Estado de Direito e é explícita na Constituição Federal.

Na lição da professora Maria Sylvia Di Pietro “a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.¹³⁴

Pode ter havido um estrago patrimonial, moral e estético, contudo não ter sido ocasionado pelo agente (por exemplo, um acidente), ou pode ter havido a ação efetiva do agente mas, não ter resultado um dano (por exemplo, uma colisão de veículos mas sem efetivação de nenhum dano ao outro veículo e nenhuma vítima). Em ambos os casos, não há que se falar em responsabilidade.

A responsabilidade civil do Estado tem por base normas e princípios de direito público. Ela consiste no dever que tem a administração pública, ou os delegatários de serviços públicos, de recompensar os danos que os seus servidores,

¹³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 821.

empregados e prepostos, atuando no atributo de agentes públicos, causem a terceiros.

Nas palavras de Alice Gonzales Borges, “a responsabilidade civil do Estado pela reparação dos danos que venha a causar aos cidadãos-administrados é um dos mais caros fundamentos do Estado de Direito”.¹³⁵

Refere-se à obrigação de reparar um dano patrimonial, moral ou estético provocado por um fato humano. No direito privado, para existir obrigação de indenizar, a regra universal é a exigência de estarem expostos os seguintes elementos: ação lesiva culposa ou dolosa do agente; um prejuízo patrimonial, moral ou estético efetivo; e o nexo causal entre a lesão provocada e a conduta do agente, o que revela a indispensabilidade de que o dano tenha ocorrido graças ao comportamento do agente ou devido a sua omissão ilícita, caso ele tenha o dever legal de agir.

Nossa jurisprudência admite a agregação de indenizações de dano moral e dano estético, consoante explicita o enunciado da Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça. A responsabilidade extracontratual se esgota com a recompensa monetária do dano causado.¹³⁶

A responsabilidade do Estado afirma-se como um princípio do Estado de direito e impõe o dever de responsabilidade por todos os atos que a Administração pública exerça. Isso implica que um cidadão pode acionar o Estado sempre que tiver seus direitos e bens materiais alcançados de maneira negativa, que não seja prevista no ordenamento legal não importando se a atividade estatal exercida foi lícita ou ilícita.

2.1.1 Atos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário

Na lição da professora Di Pietro, os atos legislativos, comumente, não acarretam responsabilidade extracontratual para o Estado. O Poder Legislativo, na função normativa manifesta a própria soberania estatal, sujeitando-se apenas às limitações impostas pela Constituição. Por isso, desde que aja em conformidade

¹³⁵ BORGES, Alice Gonzales. Responsabilidade Civil no Código de 2002. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.48-49.

¹³⁶ Súmula 387 - É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Data da Publicação - DJe 1-9-2009.

atinente aos mandamentos constitucionais, elaborando normas gerais e abstratas, o Estado não pode ser responsabilizado por sua função legislativa.¹³⁷

Quanto aos atos do Poder Judiciário, no Brasil, a regra geral é a irresponsabilidade do Estado por eventuais danos advindos de seus atos. Quer isso dizer que, os atos praticados pelos juízes e tribunais do Poder Judiciário no afazer de sua função típica de deslindar litígios mediante decisões nas quais dizem o direito aplicável ao caso levado a sua apreciação, por si só, não acarretam responsabilidade. Ainda, no entender da professora Maria Sylvia, “o controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito”.¹³⁸

2.1.2 Evolução da Responsabilidade do Estado no Tempo

Seguindo os passos da professora Maria Sylvia Di Pietro e do professor Clovis Beznos, acompanhamos a responsabilização do Estado e, por decorrência de seu agente através de um breve esboço histórico

Na Lição da professora Maria Sylvia, a teoria da não responsabilização do Estado por atos lesivos de seus agentes aos particulares foi expressiva nos regimes absolutistas. Baseava-se na ideia de que não era plausível ao Estado, literalmente personificado na figura do rei, lesar seus súditos, uma vez que o rei não errava.¹³⁹

¹³⁷ Porém, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a possibilidade de atos legislativos ensejarem responsabilidade civil estatal em duas situações: leis inconstitucionais e leis de efeitos concretos. Em relação às leis inconstitucionais, parte-se da premissa de que o Poder Legislativo é, sim, soberano na edição de leis, desde que elas sejam elaboradas em conformidade com a Constituição. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 934-936).

¹³⁸ Os atos não jurisdicionais praticados pelos juízes e pelos demais órgãos do Poder Judiciário não apresentam quaisquer peculiaridades que os diferenciem de outros atos da administração pública: sujeitam o Estado, pelos danos que causem a terceiros, à responsabilidade extracontratual objetiva, na modalidade “risco administrativo” (CF, art. 36, § 6.º). O segundo aspecto a merecer nota refere-se à seara penal. A Constituição de 1988, no inciso LXXV do art. 5.º, preceitua que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Um terceiro ponto a examinar diz respeito à possibilidade de as prisões, cautelares ensejarem indenização ulterior por dano moral, especialmente na hipótese de o réu, na decisão definitiva, vir a ser absolvido. Por último, vem a propósito destacar que, nos termos do Código de Processo Civil, o juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude (art. 143, I). É importante, também, enfatizar que o juiz não responderá pessoalmente por eventuais erros decorrentes de culpa (negligência, imprudência ou imperícia), ainda que acarretem dano às partes). (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 936-940).

¹³⁹ Tese consubstanciada no adágio “*the king can do no wrong*”, segundo os ingleses, ou “*le roi ne peul mal faire*”, para os franceses. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 823).

Os agentes públicos, como representantes do rei, não poderiam, portanto, ser culpados por seus atos, ou melhor, seus atos na qualidade de atos do rei, não poderiam ser apontados como lesivos aos súditos.¹⁴⁰

Esse tipo de responsabilidade nunca houve em nosso ordenamento, uma vez que, por aqui, o absolutismo só começou a existir a partir de 1822 com Dom Pedro I. Antes disso, éramos reflexo de Portugal. Lá, sim, esse modelo poderia imperar uma vez que era o costume da época. Nossa história como nação começa, justamente, com nossa independência política e nosso Direito com a primeira Carta Maior outorgada em 1824.

O professor Clovis Beznos, por sua vez, nos ensina que, no Brasil, ao nível constitucional, desde a Constituição do Império, de 1824, já se afirmava a responsabilidade dos empregados públicos. Anos depois, em nossa primeira Constituição da República de 1891, no seu artigo 82, foi disposto que os funcionários públicos seriam estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorressem no exercício de seus cargos. No entanto, em tais épocas, segundo o professor, o Estado, embora não prevista sua responsabilidade ao nível da Constituição, não era dela isento, pois pela lei era prevista sua responsabilidade solidária, com a desses servidores.¹⁴¹

A professora Maria Sylvia ao abordar a Responsabilidade civil com culpa comum do Estado nos informa que, a doutrina de responsabilização extracontratual estatal lastreada em "culpa comum" refletia o individualismo particular do liberalismo clássico. Ela assemelhava o Estado ao indivíduo, reconhecendo a obrigação estatal de reembolsar os danos que sua atuação ocasionasse aos particulares nas mesmas hipóteses em que se perfaz tal obrigação para os indivíduos em geral.¹⁴²

Lembra a professora Di Pietro que “a doutrina civilista serviu de inspiração ao artigo 15 do Código Civil Brasileiro (de 1916), que consagrou a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado”¹⁴³

¹⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 936-940.

¹⁴¹ BEZNOS, Clovis. Aspectos sobre a Responsabilidade Civil do Servidor. In: CELY, Martha Lucía Batista; SILVEIRA, Raquel Dias da. (Coords.). **Direito Disciplinário Internacional - Estudos Sobre a Formação, Profissionalização, Disciplina, Transparência, Controle e Responsabilidade da Função Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 454-455.

¹⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 824.

¹⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 824.

Segundo o professor Clovis Beznos, o Código Civil de 1916, inaugurou um outro tipo de responsabilidade dos servidores públicos, uma vez que, estabelecia pela primeira vez a responsabilidade regressiva dos agentes públicos.¹⁴⁴

Prosseguindo em sua exposição, o professor Clovis relata que, anos depois, a Constituição de 1934 estabeleceu a responsabilidade solidária, entre os funcionários públicos e a Fazenda Pública em decorrência de quaisquer estragos ocasionados por atos e omissões decorrentes de dolo ou culpa. Quanto ao aspecto processual fixou a necessidade da citação do funcionário, em qualquer ação proposta, em face da Fazenda Pública.¹⁴⁵

Pouco depois, no regime ditatorial de Vargas, a Carta Constitucional de 1937, conforme enuncia o professor Clovis Beznos, estabeleceu a responsabilidade solidária entre os funcionários públicos e a Fazenda Pública, por ação ou omissão, culposa ou dolosa. Previa o seu artigo 158 que, os funcionários públicos seriam responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, estadual ou Municipal por quaisquer prejuízos ocasionados por negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.¹⁴⁶

2.1.3 Algumas teorias da Responsabilidade do Estado

No correr da história surgiram novas teorias para interpretar a responsabilidade do Estado.

Ensina a professora Maria Sylvia que, conforme a teoria da culpa administrativa, o dever do Estado de indenizar o dano sofrido pelo particular somente existe caso seja comprovada a existência de uma falha na prestação de um serviço público. Não se trata de inquerir se houve culpa subjetiva de um determinado agente público na causa de um dano a um particular, mas de perquirir se a

¹⁴⁴ BEZNOS, Clovis. Aspectos sobre a Responsabilidade Civil do Servidor. In: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. (Coords.). **Direito Disciplinário Internacional** - Estudos Sobre a Formação, Profissionalização, Disciplina, Transparência, Controle e Responsabilidade da Função Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 454-455.

¹⁴⁵ BEZNOS, Clovis. Aspectos sobre a Responsabilidade Civil do Servidor. In: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. (Coords.). **Direito Disciplinário Internacional** - Estudos Sobre a Formação, Profissionalização, Disciplina, Transparência, Controle e Responsabilidade da Função Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 454-455.

¹⁴⁶ BEZNOS, Clovis. Aspectos sobre a Responsabilidade Civil do Servidor. In: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. (Coords.). **Direito Disciplinário Internacional** - Estudos Sobre a Formação, Profissionalização, Disciplina, Transparência, Controle e Responsabilidade da Função Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 454-455.

prestação defeituosa de um serviço público, ou a falta dele, quando obrigatório, ocasionou prejuízo a terceiros.¹⁴⁷

A **culpa administrativa**, segundo a professora, pode decorrer de uma das três formas possíveis de falta do serviço: inexistência, mau funcionamento ou retardamento. Para fazer jus à recompensa, cabe ao particular prejudicado pela falta comprovar a sua ocorrência e o nexo de causalidade entre ela e o dano sofrido.¹⁴⁸

Essa teoria afirma que o dever do Estado de indenizar o dano causado ao particular somente existe se comprovada a existência de falta do serviço. Não se trata de falar da culpa subjetiva do agente, mas da ocorrência de falta na prestação do serviço.

Outro modo de ver a responsabilidade o Estado foi a **teoria do risco administrativo**. Na lição de Maria Sylvia Di Pietro, por essa teoria, a atuação estatal que ocasione lesão a terceiros forja para a administração pública o dever de recompensar o administrado, independentemente da real falta do serviço ou de culpa de determinado agente público, não mais que a existência do dano decorrente de atuação administrativa, sem que para ele tenha concorrido o terceiro prejudicado já é suficiente.¹⁴⁹

Em suma, no entender da mestra, presentes o fato do serviço e o nexo direto de causalidade entre o fato e o dano ocorrido, decorre para o poder público a obrigação de indenizar. Ao terceiro que sofreu o dano não impende comprovação de qualquer espécie de culpa do Estado ou do agente público.¹⁵⁰

Portanto, no raciocínio da professora Di Pietro, a teoria do risco administrativo não significa que o Estado, inapelavelmente, tenha a obrigação de indenizar o terceiro que sofra danos ocasionados por atividades administrativas. Ela somente libera a vítima da necessidade de comprovar a culpa estatal.¹⁵¹

Pela **Teoria do Risco Administrativo**, portanto, a atuação estatal que cause prejuízo a um particular faz com que a administração pública necessite indenizá-lo,

¹⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 824-826.

¹⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 824-826.

¹⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 824-826.

¹⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 824-826.

¹⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 824-826.

independentemente se o estrago foi causado pela falta do serviço ou pela culpa de determinado agente público, sendo apenas suficiente que tenha ocorrido dano decorrente da atuação da administração sem que para isto tenha concorrido o particular, nessa teoria não cabe ao prejudicado comprovação de qualquer espécie de culpa do Estado, mas, a administração na sua defesa poderá comprovar alguma **excludente**, ou seja, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

Com a evolução do estudo a respeito da responsabilidade do Estado, manifestou-se a **teoria do risco integral**. De acordo com essa teoria, é suficiente a existência do evento danoso e do nexo causal para que se suscite o encargo para o Estado de indenizar o administrado, sem a possibilidade de que este alegue excludentes de sua responsabilidade. Para alguns juristas, ela se aplicaria na contingência de danos causados por acidentes nucleares (CF, art. 21, XXIII, “d”).¹⁵²

Pode-se dizer a respeito das teorias que elas não são históricas. Independentemente de terem nascido em determinada época ou lugar, elas são ou não aceitas por dado ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o julgado TRF-4 - AC: 50020005020174047013 PR 5002000-50.2017.4.04.7013, Relator: Marga Inge Barth Tessler,¹⁵³ faz referência à teoria da responsabilidade do “Estado com base no risco administrativo”. O julgamento apesar de ser relativamente recente, uma vez que foi proferido em 2019, remete-se a uma teoria de responsabilidade elaborada muito anteriormente.

No mesmo julgado, observa-se que a decisão tem por argumentos “o dever de indenizar se provados: ato, dano e nexo causal entre o ato e o dano” ou seja, estampa em sua razão de decidir os elementos clássicos os quais designam a responsabilidade objetiva. Portanto, pode-se concluir que, nesses casos o que importa não é a teoria que a justifica, mas, sim a efetividade com que a responsabilidade do Estado se aplica.

¹⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019, p.824-826.

¹⁵³ TRF-4 - AC: 50020005020174047013 PR 5002000-50.2017.4.04.7013, Relator: Marga Inge Barth Tessler, Data de Julgamento: 25/02/2019, Terceira Turma.

2.1.4 Arguição objetiva do resultado: a aplicação do Artigo 37, Parágrafo 6º, da Constituição Federal

No sentido da assunção por parte do Estado da responsabilidade objetiva do Estado, o professor Beznos faz um esboço através da história, relativamente recente, de nosso ordenamento jurídico de como ela se afirmou.

Segundo o mestre, a Constituição de 1946 inovou decisivamente, quanto ao aspecto da responsabilidade estatal no Brasil, tendo introduzido a responsabilidade objetiva do Estado no ordenamento brasileiro, pelos danos causados por seus funcionários.¹⁵⁴

O texto constitucional de 1946 afirmou a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público interno, pelos danos que seus funcionários, atuando nessa qualidade, causassem a terceiros, e impôs, de outra parte, a responsabilidade regressiva dos agentes, em caso de atuação com culpa. Seria possível, entretanto, propor ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tivesse havido culpa deles.¹⁵⁵

Portanto, na consideração do jurista, a partir de 1946 é que pode se considerar a responsabilidade objetiva do Estado. Essa responsabilidade não era afirmada como atualmente, mas tinha efeitos similares aos de tempos atuais. Enunciava-se como responsabilidade civil dos funcionários e, não, responsabilidade objetiva.¹⁵⁶

Anos depois, segundo Beznos, a Constituição de 1967 estabeleceu a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados a terceiros por seus funcionários, fixou a responsabilidade regressiva do causador do dano, acrescentando expressamente, o que já se encontrava implícito na redação da Constituição de 1946, como pressuposto da ação regressiva, o dolo, além da culpa.

¹⁵⁴ BEZNOS, Clovis. Aspectos sobre a Responsabilidade Civil do Servidor. In: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. (Coords.). **Direito Disciplinário Internacional** - Estudos Sobre a Formação, Profissionalização, Disciplina, Transparência, Controle e Responsabilidade da Função Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 454-455.

¹⁵⁵ BEZNOS, Clovis. Aspectos sobre a Responsabilidade Civil do Servidor. In: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. (Coords.). **Direito Disciplinário Internacional** - Estudos Sobre a Formação, Profissionalização, Disciplina, Transparência, Controle e Responsabilidade da Função Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 454-455.

¹⁵⁶ Constituição Federal de 18 de Setembro de 1946 dispunha no artigo 194 – “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”.

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 manteve tais disposições em seu art. 107, e parágrafo único.¹⁵⁷

Prosseguindo sua exposição, o professor Beznos argumenta que, a atual Constituição trouxe grandes novidades quanto ao aspecto da Responsabilidade do Estado, e uma substancial diferença quanto ao aspecto da responsabilidade dos agentes causadores dos danos, no que respeita às pessoas jurídicas de direito público.¹⁵⁸

No entendimento do professor, a primeira novidade consiste na inclusão das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, ao lado das pessoas jurídicas de direito público, no que toca à responsabilidade objetiva, pelos danos causados por seus agentes. No mais, permanece a responsabilidade regressiva, contra o responsável, em casos de dolo ou culpa, na ação causadora do dano. É o que dispõe o parágrafo 6º do Artigo 37 da Constituição de 1988.¹⁵⁹

No entender do professor Diogo Mello, ultimamente, deixou-se para segundo plano o estudo da culpa em virtude das incontáveis mudanças do Código Civil de 2002 uma vez que, tais alterações motivaram a reflexão se haveria, ou não, espaço para culpa na responsabilidade civil. Na verdade, na opinião do professor, a sociedade ficou complexa e houve aumento das hipóteses de responsabilidade independentemente da prova de culpa do agente.¹⁶⁰

Entretanto, ainda, no entender do professor Mello, resta um grande espaço para estudo da teoria da culpa, por ser um dos assuntos mais complexos da responsabilidade civil. Para o doutrinador, grande parte do Código penal trata a culpa como elemento indispensável para aferição e execução de um ato sendo que,

¹⁵⁷ BEZNOS, Clovis. Aspectos sobre a Responsabilidade Civil do Servidor. In: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. (Coords.). **Direito Disciplinário Internacional** - Estudos Sobre a Formação, Profissionalização, Disciplina, Transparência, Controle e Responsabilidade da Função Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 454-455.

¹⁵⁸ BEZNOS, Clovis. Aspectos sobre a Responsabilidade Civil do Servidor. In: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. (Coords.). **Direito Disciplinário Internacional** - Estudos Sobre a Formação, Profissionalização, Disciplina, Transparência, Controle e Responsabilidade da Função Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 455.

¹⁵⁹ BEZNOS, Clovis. Aspectos sobre a Responsabilidade Civil do Servidor. In: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. (Coords.). **Direito Disciplinário Internacional** - Estudos Sobre a Formação, Profissionalização, Disciplina, Transparência, Controle e Responsabilidade da Função Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 455-456.

¹⁶⁰ MELO, Diogo L. Machado de. O Papel da Culpa na Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Coords.). **Responsabilidade Civil do Estado** - Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p.118-119.

as mudanças exigem mudança na teoria culpa para se fazer frente a problemas atuais.¹⁶¹

A responsabilidade objetiva o Estado vai ao encontro desse pensamento. Uma vez que, teoricamente, aquele que foi atingido em seu direito seria ressarcido dos danos eventualmente provocados, tenham sido tais estragos advindos por conduta culposa, por ato doloso ou, mesmo por atitudes lícitas da Administração.

Na visão do jurista Calvão da Silva, a culpa não poderá ser deixada de lado, uma vez que, possui função de prevenção nas escolhas de comportamento das pessoas, além do que, ocupa frequente espaço de discussão quando a responsabilidade objetiva seja indireta, por ato de terceiro, e se exerça pretensão regressiva contra o causador direto do dano.¹⁶²

Nesse sentido, mesmo que se considere o aumento da responsabilidade por atividade de risco como única categoria para se garantir a preservação da dignidade e o ressarcimento ao lesado, a culpa não pode ser abandonada, por que exigível, em alguns casos, sua análise e avaliação dos casos de quebra do nexo de causalidade pela culpa exclusiva da vítima. Ademais, o grau de culpa também pode ser considerado para justa redução da indenização, mesmo que haja discrepância da extensão do dano, tal como autorizado pelo artigo 944, § único, do Código Civil, exercendo também papel fundamental em casos de concorrência de culpas (CC, art. 945).¹⁶³

Por outro lado, para Cláudio Godoy, a ideia, no entanto, é de imputação da obrigação de indenizar a um responsável, culpado ou não, consoante a fixação do critério, do liame de imputação que escolha o ordenamento por fazer, chegando-se a um conceito unitário de responsabilidade, qual seja, de reação a um injusto perante

¹⁶¹ MELO, Diogo L. Machado de. O Papel da Culpa na Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Coords.). **Responsabilidade Civil do Estado** - Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p.118-119.

¹⁶² SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. São Paulo: Editora Almedina, 1990, p.107-112.

¹⁶³ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano. (BRASIL.

Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 02 mar. 2020.

a atribuição ressarcitória a um sujeito, porém, por intermédio de critérios distintos de imputação ofertado pelo sistema normativo.¹⁶⁴

Como nos ensina a doutora Weida Zancaner, a alcunhada “teoria objetiva” desprezou a necessidade da existência de culpa para a imputação de responsabilidade. Para semelhante teoria, o que importa é o nexo causal entre a ação da Administração e o dano.¹⁶⁵

No dizer da professora Zancaner, a teoria objetiva, retirando-se do dogma da culpa e elegendo por critério o nexo de causalidade entre o evento danoso e a atividade administrativa, derrubou, na maioria dos casos, a necessidade de distinção entre os atos lícitos e ilícitos. Em seu raciocínio, a culpabilidade, uma vez determinada como sendo de um agente, só tem importância para o Estado, que, com isso, consegue direito de regresso contra seu agente, podendo ressarcir-se daquilo que quitou ao administrado agredido em seu direito.¹⁶⁶

Na mesma direção, a jurista Tânia Maria Ahuali nos ensina que, a ideia subentendida à teoria do risco administrativo, que atribui ao Estado e às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, a responsabilidade extracontratual independentemente de investigação quanto à culpa na sua atuação, responsabilidade civil objetiva, é a de que as atividades administrativas são desenvolvidas no interesse da coletividade e, portanto, é justo que um indivíduo, ou um grupo determinado de indivíduos, que tenha sofrido lesões causadas por essas atividades, não infligidos aos demais membros da coletividade, seja por esta indenizado.¹⁶⁷

Para Ahualli, a doutrina e a jurisprudência remetem-se ao fundamento da responsabilidade objetiva estatal como princípio da repartição igualitária dos ônus e encargos sociais. Conforme esse pensamento, o Estado e as pessoas jurídicas

¹⁶⁴ GODOY, Cláudio Bueno de. **A Responsabilidade Civil pelo risco da atividade**: uma cláusula geral no Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 32.

¹⁶⁵ ZANCANER, Weida. Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p.1201-1203.

¹⁶⁶ ZANCANER, Weida. Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p.1201-1203.

¹⁶⁷ AHUALLI, Tânia Mara. Ensaio sobre o Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Coords.). **Responsabilidade Civil do Estado - Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p.344-349.

prestadoras de serviços públicos em geral devem responder pelo mero risco que a atividade por eles exercida abraça, ou seja, mesmo que a atuação estatal seja lícita, a prestação do serviço público ocorra de forma regular, o fato de um dano específico ter sido causado a um terceiro no desempenho da atividade já implica obrigação de indenizá-lo pelo prejuízo suportado.¹⁶⁸

Continuando seu pensamento, a jurista afirma que, há que se observar que, o pagamento da indenização implica entregar ao lesionado, valores do erário, os quais pertencem a toda a sociedade. O emprego do dinheiro da coletividade para tornar indene o terceiro prejudicado promove a repartição por igual dos sacrifícios decorrentes da atividade administrativa. Os riscos a ela atinentes, devem, portanto, ser amparados por todos igualmente, uma vez que a atividade administrativa é realizada em favor do interesse comum.¹⁶⁹

Ponto relevante a analisar diz respeito às pessoas que estão abrangidas pela regra de responsabilidade objetiva contida no § 6.º do art. 37 da Carta Magna: ela abrange todas as pessoas jurídicas de direito público: a administração direta, as autarquias e fundações de direito público e, também, todas as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, o que inclui as empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, as fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado que prestem serviços públicos e, ainda, as pessoas privadas, não integrantes da administração pública, delegatárias de serviços públicos (concessionárias, permissionárias e detentoras de autorização de serviços públicos).

É, também, oportuno reiterar que, para a jurista Tânia Ahuali, mesmo na hipótese de o dano originar-se de um ato ou fato administrativo perfeitamente lícito, a administração será obrigada a indenizar o terceiro prejudicado, a não ser que prove a ocorrência de alguma excludente. A responsabilidade objetiva estampada no § 6.º do art. 37 da Constituição as admite, dentre as quais merece especial menção,

¹⁶⁸ AHUALLI, Tânia Mara. Ensaio sobre o Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Coords.). **Responsabilidade Civil do Estado** - Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p.344-349.

¹⁶⁹ AHUALLI, Tânia Mara. Ensaio sobre o Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Coords.). **Responsabilidade Civil do Estado** - Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p.344-349.

a hipótese de culpa exclusiva da vítima, as situações de força maior e caso fortuito.¹⁷⁰

Podemos imaginar que se trata de uma espécie de investimento ou poupança pública para gerir imprevistos ou, empreendimentos. Considerando que todos nós administrados somos pagadores de tributos diversos que são canalizados, teoricamente, para o bem e o progresso da coletividade como um todo, somos, por conseguinte, financiadores da gestão pública. Com os recursos da comunidade são construídos determinados bens e obras públicas, bem como, efetuados os serviços públicos imprescindíveis ao bem de todos. Ora, se a repartição das benesses deve ser igualitária, por simetria, a repartição dos encargos e das eventuais lesões deve ser por igual dividida.

Nesse sentido, o julgado TJ-SP - AC: 10029646620178260320 SP 1002964-66.2017.8.26.0320, Relator: Jayme Queiroz Lopes¹⁷¹, afirma ser devida a indenização pleiteada por um motorista que teve seu veículo envolvido em acidente de trânsito provocado por um buraco na estrada. No caso, era dever do Estado a manutenção da via pública. Tendo sofrido o estrago em seu veículo particular, em virtude de parca manutenção na pista, é justo que o prejuízo em seu veículo deva ser repartido por toda a comunidade que, em último e indireto grau, é quem financia as atividades estatais.

2.1.5 Responsabilidade objetiva do Estado e o direito de regresso

O administrativista, Clovis Beznos, ao discorrer a respeito da possibilidade de o servidor ser responsabilizado civilmente afirma que, nenhuma responsabilidade lhe pode ser atribuída diretamente, por dano causado, por sua atuação, que nessa qualidade não se personifica individualmente, mas tão somente movimenta e confere a vontade à pessoa pública.¹⁷²

¹⁷⁰ AHUALLI, Tânia Mara. Ensaio sobre o Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Coords.). **Responsabilidade Civil do Estado** - Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p.350-351.

¹⁷¹ TJ-SP - AC: 10029646620178260320 SP 1002964-66.2017.8.26.0320, Relator: Jayme Queiroz Lopes, Data de Julgamento: 24/05/2019, 36ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 24/05/2019.

¹⁷² BEZNOS, Clovis. Aspectos sobre a Responsabilidade Civil do Servidor. In: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. (Coords.). **Direito Disciplinário Internacional** - Estudos Sobre

Na lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, conforme visto no primeiro capítulo deste texto, em relação a terceiros o agente não é a pessoa, mas integra órgão. Com efeito, segundo a lição do mestre, o Estado “não possui, nem pode possuir, um querer e um agir psíquico e físico, por si próprio, como entidade lógica que é”. Sua vontade e sua ação se constituem na e pela vontade e atuação dos seres físicos propostos à condição de seu agente, na medida em que se apresentam revestidos dessa qualidade.¹⁷³

Aduz o professor Celso Antônio que, na atuação estatal não existem duas vantagens, como existiria a do representante e do representado, mas uma única vontade, a vontade do agente, a qual é imputada diretamente ao Estado, ou seja, é havida como sendo própria do Estado e não de alguém diferente dele.¹⁷⁴

Em seu raciocínio, o que quer que o agente deseje, no exercício de sua atividade funcional, pouco importa se bem ou mal desempenhada, entende-se ser o que o Estado naquele instante quis, ainda que haja querido mal. O que o agente nessas condições faça é o que o Estado fez. Nas relações externas não se considera se o agente obrou bem ou mal. Considera-se, isso sim, se o Estado agiu bem ou mal. Em suma, não se biparte Estado e agente como se fosse representante, e, representado, respectivamente, mas, ao contrário, são considerados como unidade.¹⁷⁵

No entender do professor Beznos, esse é, exatamente, o sentido do princípio da impessoalidade, que informa que o agente jamais pode ser considerado como pessoa, quando expressa a vontade estatal, sendo uno e indivisível com o ser incorporado. Por essa circunstância, não há qualquer sentido em promover-se ação de ressarcimento de danos, em face do servidor público, eis que na qualidade de órgão, não pode ser responsabilizado em juízo, devendo a ação ser efetivamente dirigida contra a pessoa pública, que tenha atuado, pela ação do servidor, na qualidade do agente.¹⁷⁶

a Formação, Profissionalização, Disciplina, Transparência, Controle e Responsabilidade da Função Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p.457-458.

¹⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre a teoria dos órgãos públicos. **Revista de Direito Público**, Universidade de São Paulo, Instituto de Direito Público, 1971, p. 30-37.

¹⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre a teoria dos órgãos públicos. **Revista de Direito Público**, Universidade de São Paulo, Instituto de Direito Público, 1971, p. 30-37.

¹⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre a teoria dos órgãos públicos. **Revista de Direito Público**, Universidade de São Paulo, Instituto de Direito Público, 1971, p. 30-37.

¹⁷⁶ BEZNOS, Clovis. Aspectos sobre a Responsabilidade Civil do Servidor. In: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. (Coords.). **Direito Disciplinário Internacional** - Estudos Sobre

De outra parte, o servidor, em sua relação funcional com o Estado, ao contrário, é pessoa, e, por isso, cabe a sua responsabilidade regressiva, nos casos de ação dolosa ou culposa, causadora de danos a terceiros. Na visão do professor Clovis Beznos, é expressa a previsão de retorno da pessoa de Direito Público ou de Direito Privado prestadora de serviço público contra o agente causador do dano contanto que tenham sido condenadas a indenizar terceiro por ato lesivo do agente e que o responsável tenha se comportado com dolo ou culpa.¹⁷⁷

Dúvida não há que o órgão não se confunde com o agente nem com a pessoa jurídica de direito público. Na imagem da introdução do presente trabalho, o agente incorpora o Estado, é o próprio Estado, portanto, seja quando presta serviço, seja no momento de responder por eventual dano ao administrado, é o próprio Estado que responde. Por outro lado, em sua relação de pessoa física como trabalhador do Estado recebendo pagamento pelas atividades que exerce, também há de responder subjetivamente perante o seu empregador em caso de ação regressiva.

No entendimento do professor Bandeira de Mello, no caso de o terceiro lesado por comportamento do Poder Público mover a ação de indenização diretamente contra o agente, deixando de responsabilizar o Estado ou quem lhe faça as vezes, a dúvida que surge é se o lesado não pode buscar responsabilização solidária de ambos, uma vez que o agente responde apenas perante ao Estado, em ação de regresso, não tendo como o lesado acionar o indivíduo que o agravou. No que respeita à responsabilização do agente, o lesado estaria disputando a lide apenas no campo da responsabilidade subjetiva, dado que o agente só responde na hipótese de dolo ou culpa.¹⁷⁸

Enfatizando seu entendimento, o professor Bandeira de Mello alega que o sacrificado é quem deve decidir se aciona apenas o Estado, se aciona conjuntamente a ambos, ou se aciona unicamente o agente, uma vez que, não se

a Formação, Profissionalização, Disciplina, Transparência, Controle e Responsabilidade da Função Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 459.

¹⁷⁷ BEZNOS, Clovis. Aspectos sobre a Responsabilidade Civil do Servidor. In: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. (Coords.). **Direito Disciplinário Internacional** - Estudos Sobre a Formação, Profissionalização, Disciplina, Transparência, Controle e Responsabilidade da Função Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 459.

¹⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1062.

pode extrair do dispositivo constitucional em pauta alguma impossibilidade do lesado voltar-se, ele próprio, contra o agente.¹⁷⁹

No cotidiano, o administrado se depara com o agente público e com ele interage, mas, sabe ou deveria saber, que este é o Estado. Por exemplo, uma empresa ao ser autuada por sonegação de ICMS, recebe auto de infração e imposição de multas (AIIM) assinado por um agente fiscal. Há potencial prejuízo para a empresa uma vez que terá de dispor de recursos para pagar o auto. Contudo, caso exista erro cometido pelo fiscal em desfavor da entidade privada que não fora percebido, além do prejuízo normal da exação, ainda há o dano ocasionado por erro do agente.

O administrado tende a considerar tudo como culpa do Estado. Entretanto, caso perceba o erro, sua atitude será de tentar anular o AIIM o que ocasionará prejuízo ao Estado. Nesses casos, não há como negar a falha do agente. Por um lado, o Estado sabe que o administrado errou, mas terá que arcar com o ônus de tentar manter a parte correta do auto. Caso não consiga, poderá voltar-se contra o agente. Isso tudo ocasionará prejuízo para os dois lados numa eventual demanda judicial. Em tais casos, é muito difícil haver por parte do administrado uma demanda contra o agente público. Normalmente, ele confrontará o Estado.¹⁸⁰

Na visão do professor Bandeira de Mello, os mandamentos civis (artigo 186 e 927 do código civil) exprimem um tipo genérico de responsabilidade patrimonial, a responsabilidade civil. Em seu raciocínio, afora a hipótese de disposição cujo teor seja inequívoco em afastar a responsabilidade do agente do dano ou que, de modo insofismável, impeça o lesado de proceder diretamente contra o indivíduo responsável pelo comportamento danoso, “haver-se-á de concluir que agentes públicos respondem com o próprio patrimônio, perante o agravado, se lhe houverem causado prejuízo mediante conduta contrária ao Direito”.¹⁸¹

¹⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1062.

¹⁸⁰ Esclarecimentos: a lavratura de um AIIM é precedida de controle de qualidade por toda a equipe da qual o agente fiscal faz parte. Depois de lavrado e assinado, o autuado tem prazo para impugnar em instância administrativa. Há julgamentos de primeira e segunda instância no âmbito administrativo. Entretanto, pode haver lesão ao administrado em qualquer uma delas e, até, em mais de uma. A instância administrativa não faz coisa julgada. O autuado tem sempre a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário.

¹⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.1063.

Em seu pensamento, na tradição do ordenamento jurídico brasileiro, é melhor imputar responsabilidade ao funcionário que agiu mal, a lesar o administrado. Ou seja, a pessoa pública pode escapar à responsabilização; não, porém, o agente direto do dano, aquela pessoa física cuja conduta injurídica agravasse terceiro ao desempenhar funções públicas.¹⁸²

Aqui permitimos, com todo o respeito, discordar do mestre, uma vez que, o administrado na maior parte dos casos sabe que, no Estado brasileiro, além de ter o ônus da burocracia jurídica comum, ainda não terá suficiente garantia patrimonial da cobertura de seu prejuízo se acionar o simples agente público. Além do mais, como dissemos acima, em determinados casos, como o do exemplo da falha do agente fiscal na elaboração do AIIM, é muito comum o administrado tentar se safar de seu castigo como um todo, ou seja, tentar levar vantagem perante o erro do agente pleiteando a simples anulação do auto de infração.

Contudo, o professor Celso Antônio admite que a garantia de reparação do lesado simplesmente através do patrimônio do funcionário causador do dano não dá ao administrado toda a proteção necessária para acobertá-lo contra agravos que possam resultar da ação do Poder Público devido a três aspectos:¹⁸³

“Em primeiro lugar, porque, por vezes, o agente público não disporá de patrimônio suficiente para responder pelo montante do dano. O vulto dos prejuízos que a atuação estatal pode causar, em vários casos, excederá as possibilidades de suprimento comportadas pelo patrimônio do funcionário”.¹⁸⁴

É o que afirmamos acima. Além do ônus burocrático que terá de incorrer com dispêndio de tempo de recursos diversos, não há suficiente projeção de que tais custos serão compensados perante o patrimônio do agente, uma vez que esse é, infinitamente inferior ao patrimônio do Estado.

Em segundo lugar, no dizer do professor Celso, a responsabilidade do funcionário restringe-se às hipóteses em que este haja atuado com dolo ou culpa, seja esta por negligência, imprudência ou imperícia, implicando violação do Direito, mas, nem sempre o fato econômico lesivo aos direitos do administrado resultará de

¹⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.1063.

¹⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.1064.

¹⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.1064.

conduta estatal na qual se possa reconhecer, individualmente, um ou alguns agentes específicos como causadores do evento lesivo.¹⁸⁵

Não há dúvida quanto a isso. No caso do exemplo do AIIM, houve culpa ou dolo que poderiam ser provados. Mas existem casos em que o dolo não pode ser provado. Entra-se na seara da culpa. Essa é difícil de ser provada em alguns casos, especialmente, quando se envolve saúde (o denominado erro médico) e segurança pública (exemplos de troca de tiros com bala perdida acertando um transeunte).

Nas palavras do professor Celso Antônio, “Frequentemente, existirá situação em que, não se poderá dizer senão que o serviço estatal, em si mesmo, falhou por haver procedido abaixo dos padrões que seria lícito dele esperar, daí resultando o dano sofrido”¹⁸⁶

O professor menciona, ainda, uma terceira hipótese em que o administrado ficaria sem socorro: “É o caso de danos nos quais um bem juridicamente protegido e lesado pelo Estado, ainda que sem o intuito de o fazer, portanto, em comportamento lícito, e diligente”.¹⁸⁷

Semelhante situação aduzida pelo mestre corresponde às atuações lícitas do Estado que causam prejuízo ao particular como casos estudados acima em que deve ser repartido o ônus da responsabilidade perante a coletividade, uma vez que o benefício seria de todos.

Um exemplo é o julgado da Paraíba, TJ-PB 00006068220128150141 PB, Relator: Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque¹⁸⁸, em que o ato lícito foi configurado, entretanto, houve danos morais em invasão de domicílio por policiais militares. Embora houve caracterização de atividade lícita do Estado, fixou-se a responsabilidade objetiva e o dever de indenização. O Estado da Paraíba foi condenado a pagar uma indenização, a título de danos morais, no valor de R\$ 5 mil, em favor de uma mulher que teve a sua casa invadida por policiais militares sem autorização judicial.

¹⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.1064.

¹⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.1064.

¹⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.1065.

¹⁸⁸ TJ-PB 00006068220128150141 PB, Relator: DES. Marcos Cavalcanti de Albuquerque, Data de Julgamento: 11/02/2020, 3ª Câmara Especializada Cível.

Por outro lado, segundo Themístocles Cavalcanti, caso a responsabilidade civil seja objetivada para a Administração Pública, ela é subjetiva para o servidor público, visto ser necessária a prática de um ato ou omissão do mesmo, causador de vilipêndio ao interesse público ou do particular, quando constatado no exercício da função pública, ou em decorrência dela. Apurada a responsabilidade do servidor público, irá ele responder com o seu patrimônio particular até o limite do prejuízo que causou a terceiros ou ao erário.¹⁸⁹

Na lição de Mattos Neto, qualquer ato ilícito, bem como uma infração verificada, que cause lesão à terceiros, intencional ou não, em tese é reparável. Essas violações geram o dever de indenizar ou reparar, por parte da Administração Pública, com direito de regresso contra o servidor causador do dano direta ou indiretamente. Embora, para configurar a responsabilidade civil do servidor público é necessária a comprovação de existência de nexo causal entre o seu ato e o dano sofrido pelo terceiro, por meio da culpa subjetiva que é elemento configurador de sua responsabilidade.¹⁹⁰

Por seu turno, segundo a professora Maria Sylvia Di Pietro, quando se cuida de ofensa causada **a terceiros**, aplica-se a norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, em defluência da qual o Estado responde objetivamente, ou seja, independentemente da culpa ou dolo, mas continua com o direito de regresso em face do agente que causou o dano, desde que este tenha agido com culpa ou dolo.¹⁹¹

No caso, a reparação do dano pode ser feita no âmbito administrativo, afirma a professora Maria Sylvia, desde que a Administração constate então a sua responsabilidade e haja consciência entre as partes quanto ao valor da indenização. De outra forma, a pessoa que padeceu o estrago pode pleitear a reparação na esfera judicial, por intermédio de ação proposta contra a pessoa jurídica causadora do dano. Em caso de ser julgada procedente a ação, cabe direito de regresso em

¹⁸⁹ Themístocles Brandão Cavalcanti grafou sobre o presente tema: A responsabilidade civil decorre do exercício doloso ou culposo da função pública, que importe em prejuízo de terceiros. Segue-se desta forma, a teoria geral da responsabilidade civil, tal como se acha consagrada na legislação de responsabilidade no exercício da função pública. (CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 3. ed. n. IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 426).

¹⁹⁰ De igual forma o Código Civil de 1916, em seu artigo 159, definia a responsabilidade civil como sendo a obrigação de reparar o dano, atribuída a todo “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

¹⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.775.

oposição ao agente causador do dano. A responsabilidade da pessoa jurídica é objetiva, uma vez que não depende de culpa ou dolo, ao passo que a do agente público é subjetiva.¹⁹²

Na lição da professora Odília Ferreira da Luz, tratando-se de dano causado a terceiros, o parágrafo segundo do Artigo 122 da Lei nº 8.112 de 11 de Dezembro de 1990 reza que o servidor responsável pelo dano responderá em ação regressiva, a ser proposta pela Fazenda Pública. Contudo, no entender da professora, a fim de atender o princípio da economia processual, a Fazenda Pública, em vez de intentar ação de regresso, pode promover no juízo cível a execução da sentença criminal, para a reparação do dano (CPP, arts. 63 e seguintes; CPP, artigos 584, nº II). Na medida em que a responsabilidade do Estado é objetiva (art. 37, § 6º, CF) a denunciação a lide do Servidor Público é dispensável, por fundar-se em culpa subjetiva. Por esta razão é que a Fazenda Pública poderá acionar regressivamente o servidor público.¹⁹³

Na mesma direção, o professor Mattos Neto, afirma que, em se tratando de danos a terceiros, o § 2º fala em ação regressiva, significando dizer que Administração assume a responsabilidade, ressarcindo a vítima pelos danos causados dolosa ou culposamente por seu a gente que, agindo irregularmente diante do exercício de suas atribuições, causou-lhe o dano, movendo contra o mesmo servidor causador do prejuízo ação regressiva, de caráter indenizatório, tal como dispõe o art. 6º do art. 37, da CF/88.¹⁹⁴

No entender do professor, no que diz respeito ao parágrafo terceiro do artigo 122, o dispositivo alude à ação intentada contra aquele que lesou o Estado patrimonialmente, cuja obrigação de reparar o dano, até o limite do valor da herança recebida, se estende a seus sucessores.¹⁹⁵

Na mesma linha de concordância de ideias, manifesta-se Themístocles Cavalcanti quando afirma que, quanto à obrigação de ressarcir o dano, a mesma

¹⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 776.

¹⁹³ OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 299.

¹⁹⁴ MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

¹⁹⁵ MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

estende-se aos sucessores, que responderão até o limite do valor da herança recebida (§ 3º, art.122, Lei nº 8.112/90), sendo essa regra tradicional em nosso Direito Civil pátrio, figurando, inicialmente, no art. 1.796 do Código Civil revogado e, no art. 1997 da atual Lei Substantiva Civil. Logo, a herança não retira do patrimônio do devedor a garantia comum dos credores que receberão os seus haveres.¹⁹⁶

O jurista alerta, que, no entanto, os bens de família não podem ser objeto de execução, e penhorados, pois são protegidos pela Lei nº 8.009/90. Do mesmo modo que, isento de toda e qualquer culpa, o Estado é responsável pelo prejuízo causado a terceiros pelos atos de seu agente no desempenho irregular das atribuições de seu cargo ou função; sua responsabilidade é presumida e compulsória em lei.¹⁹⁷

Já a responsabilidade civil do servidor, conclui o jurista Cavalcanti, se faz em plano subjetivo, ou seja, a conduta do servidor será apurada de forma que ele responda pelo ato irregular praticado, que pode ter sido decorrente de ato omissivo, ou comissivo, de natureza dolosa, ou culposa, do qual ocasione lesão ao erário ou a terceiros, devendo a Administração intentar a competente ação civil indenizatória contra o servidor responsável.¹⁹⁸

A professora Maria Sylvia Di Pietro informa que, no âmbito federal, a Lei nº 4.619, de 28-4-65, estipula normas sobre a ação regressiva da União em face de seus agentes, atribuindo a sua propriedade aos Procuradores da República. Atualmente, a competência é dos Advogados da União, a quem toca a representação judicial da União, conforme artigo 131 da Constituição Federal. A proposição da ação é obrigatória em caso de condenação da Fazenda Pública, devendo o seu ajuizamento dar-se no prazo de 60 dias a datar do dia em que tiver trânsito em julgado a sentença condenatória.¹⁹⁹

Já no Estado de São Paulo, segundo a professora Di Pietro, a Lei nº 10.177, de 30-12-98, que conduz o processo administrativo no plano da Administração Pública estadual, vaticina um “procedimento de reparação de danos”, pela pessoa

¹⁹⁶ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 3. ed. n. IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 426.

¹⁹⁷ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 3. ed. n. IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p.426.

¹⁹⁸ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 3. ed. n. IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p.426.

¹⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 776.

jurídica, na província administrativa (arts. 65 e 66); e, também o procedimento para responsabilização do agente público responsável (arts. 67 a 70).²⁰⁰

Por derradeiro, no que diz respeito à prescrição, a professora Di Pietro informa que, o artigo 1º - C, acrescentado à Lei nº 9.494, de 10-9-97 pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24-8-01, estatui que, a prescrição quinquenal contra a Fazenda Pública, nesse caso, estendeu-se às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, expressão que abrange não só as entidades integrantes da Administração indireta, como, também, as concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviços públicos ou qualquer entidade privada que preste serviço público a qualquer título.²⁰¹

Ainda, no TRF-4 - AC: 50020005020174047013 PR 5002000-50.2017.4.04.7013²⁰², interessante evocar sua didática lição quando assevera que:

Os atos praticados por agentes do Estado que ensejarem danos a terceiros serão indenizados pelo Estado, **independentemente de dolo ou culpa**. Trata-se da teoria da responsabilidade do Estado **com base no risco administrativo** adotada, em regra, pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Neste ponto, sublinhamos e unanimidade glorificadora ao disposto no artigo 37 em seu parágrafo sexto do texto constitucional. O enunciado do dispositivo da carta maior é cabal e serve de lastro indubitável a muitas decisões que se fazem a respeito do tema.

Também, o julgado, STJ - REsp: 1681170 PI 2017/0143998-0, Relator: Ministro Herman Benjamin, que fazendo menção inexorável ao disposto constitucional, assevera que: “A responsabilidade do Estado decorre da teoria objetiva, consagrada no art. 37, § 6º. da CF, com base no risco administrativo que

²⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 776.

²⁰¹ “Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização pelos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9494.htm. Acesso em: 10 fev. 2020. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 776).

²⁰² TRF-4 - AC: 50020005020174047013 PR 5002000-50.2017.4.04.7013, Relator: Marga Inge Barth Tessler, Data de Julgamento: 25/02/2019, Terceira Turma.

prevê a obrigação de indenizar, independentemente de culpa ou dolo, as desde que comprovado o nexo da causalidade entre o dano e o ato ilícito do agente”.²⁰³

Portanto, em âmbito de responsabilidade objetiva do Estado no que concerne ao direito de regresso por parte do Estado, a ordem normativa por si só, do jeito que está assentada em nossa Constituição, não gera dúvidas quanto ao limite da responsabilidade do Estado ter o dever de indenizar o agravado em seu direito e, ao mesmo tempo poder ressarcir-se do valor perante o agente eventualmente faltoso de suas obrigações.

2.2 A Responsabilidade do Agente Público

Em suas atividades o agente público atua em várias esferas. Desde os serviços denominados essenciais como segurança pública, por exemplo, até os de oferecimento de comodidades à população, como água, luz, gás canalizado, entre outros. Já vimos que o conceito de agente público é abrangente. Dentro deste conceito, o agente público, seja por culpa, seja por dolo, pode cometer ilícitos nas três esferas de penalização que prejudicam o administrado ao invés de contribuir para o bem da sociedade geral.

O servidor público resigna-se à responsabilidade civil, penal e administrativa em virtude do exercício do cargo, emprego ou função. A professora Di Pietro conclui que, à vista disso, ele pode perpetrar atos ilícitos no âmbito civil, penal e administrativo.²⁰⁴

O professor Mattos Neto nos ensina que, o artigo 124 da Lei nº 8.112/90, prevê a responsabilidade civil administrativa do Servidor Público, em razão de ato comissivo ou omissivo, praticado no exercício ou desempenho de suas atribuições do cargo ou função ou que tenha conexão com as incumbências do cargo em que se encontre investido.²⁰⁵

Nas palavras de Bacelar Filho:

²⁰³ STJ - REsp: 1681170 PI 2017/0143998-0, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 21/09/2017, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 09/10/2017.

²⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 772-773.

²⁰⁵ MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

A responsabilidade administrativa decorre da prática pelo servidor de atos comissivos ou omissivos considerados irregulares no desempenho do cargo ou função. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor nesta qualidade. A responsabilidade civil, por sua vez, resulta de procedimento culposo ou doloso que importe prejuízo da Fazenda Pública ou de terceiros, perquirida em ação regressiva.²⁰⁶

Atos comissivos dependem da vontade do agente. Decorre de ação, seja ela deliberada ou não. Normalmente, menciona-se “culpa” ao agir da pessoa que tinha a intenção de contribuir positivamente para o todo social, contudo, seu procedimento tem um resultado inesperado. A omissão vai no sentido oposto. É um “não agir” do agente que se esquia da incumbência legal que tinha por justiça. Para ambas as atitudes, seja no “agir de modo incorreto” ou no “afastar-se sem justificativa legal”, o ordenamento jurídico prevê sanções nas três classes de penalidades.

Ensina o doutrinador Mattos Neto que, quando o servidor público responde a processo penal, e são utilizados os fatos da aludida esfera, como forma de fundamentar uma demissão administrativa, é determinante que haja o devido nexo causal na esfera administrativa.²⁰⁷

Não há dúvida que um ato somente pode ser passível de penalização se apresentar os três elementos possíveis: em primeiro lugar, ter ocasionado um dano efetivo ao prejudicado, em segundo lugar, ser oriundo de atividade da administração pública e, em terceiro lugar, haver nexo causal entre um e outro. Negativamente, pode ter ocorrido um dano ao administrado, mas não ter sido culpa da Administração, visto que não houvera atividade administrativa. Ou, por outro lado, ter havido atividade administrativa, mas, não ter ocasionado dano efetivo ao administrado. Nesses casos, não haverá o nexo causal, ou seja, não haverá a junção entre a atividade e o dano. Por conseguinte, nesses últimos casos, não se aventará possibilidade de responsabilidade administrativa.

Na lição de Bacelar Filho, as penalidades administrativas, penais e civis, mesmo independentes, são cumulativas, embora vigore a autonomia das instâncias, prepondera a regra de que a decisão absolutória proferida na instância penal

²⁰⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos Polêmicos do Regime Disciplinar do Serviço Público. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.702-703.

²⁰⁷ MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

sobreleva em relação às demais instâncias em caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.²⁰⁸

A instância penal é mais complexa, uma vez que envolve bens jurídicos de maior amplitude. O sistema probatório é mais intrincado. Ora, uma absolvição nessa instância alegando inexistência do fato é contundente. Nesse sentido, também, a justificativa da não autoria, visto que, se não houve o delito, ou, se houve, mas, haja prova de que não foi o agente público que cometeu, ambas situações resultam em conclusões de não autoria da ação por parte do agente público e, em decorrência, da Administração Pública.

Por outro lado, se houver condenação ou, se a absolvição for, simplesmente por falta de provas, a investigação continua nas duas outras esferas, ou seja, pode ter sido o injusto cometido em âmbito civil, ou no campo administrativo. Por outro lado, uma condenação no terreno penal, pode ser insuficiente para contemplar o ramo civil, e o administrativo. Por esse motivo, é possível a cumulatividade das penas.

A professora Di Pietro, afirma que, atualmente, existe além dessas, a responsabilidade por atos de improbidade administrativa que, nada obstante processada e julgada na área cível, gera resultados mais amplos do que exclusivamente patrimoniais, uma vez que pode levar à suspensão dos direitos políticos e à perda do cargo, com base no artigo 37, § 4º, da Constituição. Para os agentes políticos, ainda existe a intitulada responsabilidade política. Para esse fim, podem ser classificados alguns agentes políticos nomeados pela legislação e jurisprudência.²⁰⁹

Nos tempos atuais, por meio da divulgação da mídia geral, temos notícias de ilícitos administrativos no campo político. São os denominados “escândalos” que só mudam de nome e de época. Para contemplar tais atitudes nefastas, nosso ordenamento jurídico foi provido de pertinentes dispositivos legais, desde a Constituição Federal (que é, relativamente, recente – 1988) até as mais diversas leis

²⁰⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos Polêmicos do Regime Disciplinar do Serviço Público. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.702-703.

²⁰⁹ A professora Maria Sylvia Di Pietro em seu livro arrola uma série de agentes públicos que estão sujeitos à esse tipo de responsabilidade. O rol engloba, desde os chefes dos três poderes até cargos menos evidentes, como os de ministros de Estado e comandantes de farda. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 776-777).

infra constitucionais, como a LIA (Lei de Improbidade Administrativa - Lei Nº 8.429, de 2 de Junho de 1992).

2.2.1 A Responsabilidade Administrativa

O servidor responsabiliza-se administrativamente pelos ilícitos administrativos definidos na legislação estatutária e que anunciam os idênticos fundamentos do ilícito civil: ação ou omissão contrária à lei, culpa ou dolo e dano.

A professora Di Pietro, nos informa que, no âmbito federal, a Lei nº 8.112/90 prevê, no artigo 127, as penas de advertência, destituição de cargo em comissão, destituição de função comissionada, suspensão, demissão e cassação de Aposentadoria.²¹⁰

A advertência é aplicada a uma infração leve. Pode ser uma insubordinação ou, irregularidade quanto a assiduidade, por exemplo. Em casos de reincidência, após advertência, aplica-se a suspensão, isso em casos não graves e que se confinem ao âmbito administrativo da repartição em si. Casos mais graves que envolvam diretamente o atendimento ao administrado podem ser contemplados com penas mais severas as quais demandam procedimentos administrativos mais apurados.

Nesse caso, conforme Di Pietro, a infração será constatada pela própria Administração Pública, que deverá elaborar procedimento consentâneo a esse fim, garantindo ao servidor o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela iminentes, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição.²¹¹

O artigo 5º, inc. LIV, conforme lembra Bacelar Filho, aplica-se ao exercício da competência disciplinar. O processo e o procedimento disciplinar constituem garantias constitucionais dos servidores públicos, com as decorrências de vinculação do legislador, do aplicador e do intérprete à Constituição. Trata-se de uma garantia de meio e de resultados.²¹²

²¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 776-778.

²¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 776-777.

²¹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos Polêmicos do Regime Disciplinar do Serviço Público. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 704.

No ponto de vista de Mattos Netto, para a imposição da sanção administrativa, faz-se necessário que se narre circunstanciadamente o fato e o fundamento disciplinar em uma sindicância ou em um processo administrativo disciplinar, observados todos os direitos constitucionais do servidor público incidentes, sob pena de ser invadida a Instância disciplinar administrativa pela penal.²¹³

Romeu Bacelar nos lembra que, o artigo 148, da Lei n. 8.112/90, em consonância com a Constituição, define que o processo disciplinar é a ferramenta encarregada de averiguar a responsabilidade administrativa do servidor por infração cometida no exercício de suas atribuições ou que tenha relação com as prerrogativas do cargo em que se encontre investido.²¹⁴

Por sua vez, Di Pietro, afirma que, a Lei nº 8.112/90, no artigo 147, preconiza o afastamento preventivo por 60 dias, prorrogáveis por igual período, quando o afastamento for obrigatório para que o funcionário não influencie na apuração da irregularidade cometida. Trata-se de como medida preservativa da lei.²¹⁵

A professora Di Pietro lembra que, para os servidores temporários, o regime disciplinar, na esfera federal, é parcialmente gerido pela Lei nº 8.112/90, tendo em vista que a Lei nº 8.745/93, no artigo 11, manda aplicar aos mesmos algumas normas daquela lei, dentre elas a do artigo 127, I, II e III (penas de advertência, suspensão e demissão) e a do artigo 132, incisos I a VII e IX a XIII (hipóteses em que cabe a pena de demissão). A elucidação das infrações é feita “mediante sindicância, concluída no prazo de trinta dias e assegurada ampla defesa” (art. 10 da Lei nº 8.745/93).²¹⁶

Para os servidores temporários dos outros âmbitos de governo a matéria deve ser instruída por legislação própria. Para os servidores celetistas, a Lei nº 9.962, de 22-2-00 determina a sua dependência às normas da CLT, no que a lei não dispuser de modo oposto. A professora Di Pietro informa, ainda, que, dentre as hipóteses de

²¹³ MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

²¹⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos Polêmicos do Regime Disciplinar do Serviço Público. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.702-703.

²¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 776-778

²¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 776-778.

rescisão unilateral do contrato de trabalho, encontra-se “a prática de falta grave, dentre as enumeradas no artigo 482 da CLT” e a “acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas”.²¹⁷

Bacelar Filho ensina que, o procedimento é a forma de se efetivar a ação estatal e o processo, é espécie do gênero procedimento. Por sua vez, a doutrina costuma utilizar a expressão processo administrativo disciplinar para designar o processo administrativo punitivo ou sancionador para aplicação de sanções administrativas. O processo é interno e dirigido aos servidores públicos.²¹⁸

Para Di Pietro, os meios de apuração conjecturados nas leis estatutárias são os sumários, possuindo a verdade sabida e a sindicância, e o processo administrativo disciplinar, impropriamente denominado inquérito administrativo. Evidenciada a infração, o servidor fica sujeito a penas disciplinares.²¹⁹

A sindicância, segundo Bacelar Filho, é retratada pela teoria como procedimento indicado para apuração de eventual irregularidade e assume no corpo da Lei n. 8.112/90 (Regime Jurídico Único dos Servidores da União), feição processual.²²⁰

Uma sindicância, normalmente, é processo simples para apurar infrações que, ou não demandam procedimentos mais sérios, uma vez que a falta não foi capital, ou, para, de uma certa forma, “advertir” um ou mais agentes quanto a sua conduta ou, em casos menos numerosos apurar condutas que possam revelar algo mais grave.

O professor Bacelar filho enuncia que, haverá procedimento e não processo quando a Administração procede à apuração de fatos sem levar à aplicação de pena de qualquer espécie e, quando nesta investigação não ocorra conflito de interesses, ensejando o surgimento de um litigante contraposto à Administração Pública.²²¹

²¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 776-778.

²¹⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos Polêmicos do Regime Disciplinar do Serviço Público. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.702-703.

²¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.776-778.

²²⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos Polêmicos do Regime Disciplinar do Serviço Público. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.702-703.

²²¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos Polêmicos do Regime Disciplinar do Serviço Público. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 704.

Di Pietro afirma nesse sentido que, não existe, com relação ao ilícito administrativo, a tipicidade que particulariza o ilícito penal. A maior parte das infrações não é precisada, fronteirando-se a lei, em regra, a falar em falta de implemento dos deveres, falta de exaço no cumprimento do dever, insubordinação grave, procedimento irregular, incontinência pública. Não muitas são as infrações definidas, como o abandono de cargo ou os ilícitos que se relacionam a crimes ou contravenções.²²²

Os diversos Estatutos dos Servidores Públicos apresentam um rol de condutas tipificadas como ilícitas a partir de conceitos genéricos.²²³ O professor Bacelar Filho, adverte que, também o ordenamento jurídico positivo regulamentador do processo administrativo contra servidores públicos no Brasil é diverso e variado. Além do Estatuto dos Servidores, propriamente dito, existem muitos outros, cada qual estabelecendo regramentos diferenciados. O tipo de infração diverge de estatuto para estatuto, sendo obrigatória a adequada tipificação do fato à norma.²²⁴

Di Pietro, nessa direção, ensina que, a Administração Pública dispõe de certo limite de crítica no enquadramento da ofensa dentre os ilícitos previstos na lei, mas, isso não significa possibilidades de decisões arbitrárias, pois há critérios a serem observado. A lei (arts.128 da Lei Federal e 256 do Estatuto Paulista) determina que na aplicação das penas disciplinares serão ponderadas a natureza e a gravidade da infração e os danos dela resultarem ao serviço público.²²⁵

Para Romeu Bacelar, a possibilidade legislativa existe não apenas na definição da conduta ilícita, mas também na aplicação da sanção, como exemplifica o artigo 128. Diante da abertura legal, o processo administrativo disciplinar representa a garantia para a sociedade de que a competência disciplinar será

²²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 776-778

²²³ “Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”; o artigo 130, § 2º - Quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos Polêmicos do Regime Disciplinar do Serviço Público. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 704).

²²⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos Polêmicos do Regime Disciplinar do Serviço Público. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.708-709.

²²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.776-778.

exercida de modo responsável e coerente. O processo administrativo disciplinar é o instrumento colocado para atenuar a outra face do princípio da legalidade.²²⁶

Para a professora Maria Sylvia Di Pietro, no entanto, não há quesito de processo administrativo disciplinar, só exigido pela Constituição no art. 41, § 1º, inciso II, para os servidores estáveis, entretanto há que ser realizado um procedimento sumário para apuração de responsabilidade, em homenagem ao artigo 5º LV, da Constituição.²²⁷

Por outro lado, segundo o entendimento de Mattos Neto, não basta autoridade administrativa indicar a prática de um ilícito penal, ela terá que adequar o fato praticado pelo acusado em uma falta disciplinar, e não ficar na dependência de uma decisão da instância penal para transportá-la a instância disciplinar. Sem a comprovação de uma falta disciplinar por parte do servidor público, o nexo de causalidade que remete a um ilícito penal, a simples existência de um crime, que não tenha a ver com o exercício da função pública, não possibilita a injunção de sanção disciplinar, através de um processo administrativo disciplinar.²²⁸

Nesse sentido, Bacelar Filho, afirma que, a demissão de servidor estável só pode ocorrer em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo em que lhe sejam possibilitadas as garantias constitucionais, sendo certo que ao servidor público, admitido por concurso público, qualquer que seja o regime a que se submeta, também é possibilitado invocar o elenco de garantias protetivas.²²⁹

Neste ponto, mostra-se sumamente importante tratar cuidadosamente dos temas decorrentes de seus comandos, não se tendo dúvida de que o Processo Administrativo é um dos assuntos a merecer especial atenção.

Romeu Bacelar Filho nos ensina que, existe o processo da forma conceituada sempre que no exercício da competência disciplinar a Administração litigue ou acuse um servidor público da prática de um ilícito administrativo. O litigante ou o acusado

²²⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos Polêmicos do Regime Disciplinar do Serviço Público. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 704-705.

²²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.776-778.

²²⁸ MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

²²⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos Polêmicos do Regime Disciplinar do Serviço Público. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 706-707.

detém a posição de sujeito no processo e tratando-se de acusados em geral, abrange servidores públicos estáveis e não-estáveis, e, também, sanções administrativas leves ou graves.²³⁰

Segundo o doutrinador, a Administração Pública, no exercício de seu poder disciplinar, não pode impor sanções punitivas aos agentes públicos sem propiciar-lhes, primeiramente, a possibilidade de audiência a respeito da imputação que lhes é feita além de possibilitar o procedimento probatório e, no processo administrativo disciplinar. A Administração (Lei Federal n. 8.112/90 – artigo 143), no mais das vezes, é a própria encarregada do julgamento.²³¹

A instância administrativa procura oferecer ao agente acusado de prática indevida todas as garantias constitucionais devidas ao bom andamento do processo. Portanto, audiência, provas, investigações, testemunhas, tudo o que contempla o processo judicial é assegurado em âmbito administrativo.

A Constituição Federal de 1988 efetivou um conjunto de prerrogativas, como a apreciação da revogabilidade da pretensão punitiva, a presunção de inocência, o princípio do juiz natural, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos inerentes, os quais constituem matéria a ser exercitada por defesa técnica. Em se tratando de processo administrativo, é imprescindível a observância dos princípios do devido processo legal. O Estado deve garantir a intangibilidade do direito de defesa.²³²

A professora Maria Sylvia Di Pietro argumenta que, na aplicação de penalidade se requer a precisa motivação, a fim de demonstrar a adequação entre a infração e a pena proferida e impedir o arbítrio da Administração. O parágrafo único do artigo 128 da Lei nº 8.112/90, acrescentado pela Lei nº 9.527/97, requer que o ato de imposição da penalidade indique “o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar”, ou seja, impõe a motivação do ato punitivo. Isso decorre da Lei nº 9.784 de 29-1-99 (Lei de Processo Administrativo federal), a qual, além de prever o

²³⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos Polêmicos do Regime Disciplinar do Serviço Público. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 704.

²³¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos Polêmicos do Regime Disciplinar do Serviço Público. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.706-707.

²³² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos Polêmicos do Regime Disciplinar do Serviço Público. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.707-708.

princípio da motivação no artigo 2º, caput, ainda vindica, no parágrafo único, inciso VII, do mesmo dispositivo, a "indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos".²³³

Nesse sentido, o professor Romeu Bacelar argumenta que, a ausência de motivo ou a sua errônea invocação fere o princípio constitucional da ampla defesa, impossibilitando ao indiciado a plenitude do uso dessa garantia.²³⁴

Para o jurista, a presunção de inocência prevalece em favor de todos os que sofrem qualquer tipo de imputação antes da condenação judicial definitiva. Ela sempre foi importante garantia aos acusados, mas, agora é expressamente assegurada na Constituição, por isso a Administração Pública deve reconhecê-la (art. 5º, inc. LVII).²³⁵

Também, o Princípio do Juiz natural pressupõe a anterioridade da indicação do juiz. A Comissão de Processo Disciplinar só pode ser indicada após a ocorrência do ilícito administrativo. Além do mais, este princípio é constitucionalmente assinalado no art. 5º, incisos XXXVII. As garantias arroladas no princípio do juiz natural representam garantias de imparcialidade e objetividade do julgamento. Como observa Ada Pelegrini Grinover, o juiz natural é imparcial e pré-constituído.²³⁶

Somente a sentença penal condenatória é razão jurídica bastante para que alguém seja considerado culpado. Mesmo estando em curso ação penal, no entender de Romeu Bacelar, nada autoriza que o servidor seja considerado culpado, e punido, antecipadamente, por um fato pelo qual ainda não foi condenado.²³⁷

Bacelar Filho defende a ideia de que quando a hipótese configurar crime contra a Administração Pública não é possível a quem não detém legitimidade para afirmar a existência do delito impor pena expulsiva sob este fundamento. Para o doutrinador, tão somente o Poder Judiciário detém essa prerrogativa, sendo

²³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.776-778

²³⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos Polêmicos do Regime Disciplinar do Serviço Público. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.707-708.

²³⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos Polêmicos do Regime Disciplinar do Serviço Público. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.708-709.

²³⁶ GRINOVER, Ada Pelegrini. O Contencioso Administrativo na Emenda n. 7/1977. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 10, p. 279, jun. 1977.

²³⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos Polêmicos do Regime Disciplinar do Serviço Público. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 710-711.

aconselhável o sobrestamento do processo administrativo até a decisão definitiva do feito criminal.²³⁸

A absolvição no processo judicial torna impossível o exercício da pretensão punitiva. No entender do professor Bacelar Filho, qualquer modalidade utilizada pela sentença penal que, declare negativa do fato, negativa da autoria, extinção da punibilidade pela prescrição ou absolvição por falta de provas, constitui efeitos que repercutem na via administrativa, não obstante, a redação do artigo 126 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. O preceptivo reafirma a antiga redação do artigo 1.525 do Código Civil, mantida no artigo 935 do novo diploma.²³⁹

O professor Bacelar Filho lembra, ainda que, no processo administrativo disciplinar o ônus da prova é da Administração Pública, uma vez que, não se pode aceitar que o papel de indiciado gere para o atingido a obrigação de comprovar a sua inocência e o Administrador reste inerte.²⁴⁰

Na conclusão deste ponto, trazemos à baila um julgado em âmbito penal, mas, que envolve os âmbitos administrativo e penal. Trata-se do julgado STJ - APn: 825 DF 2013/0320093-9, Relator: Ministro Herman Benjamin²⁴¹ que contempla muito do que foi enunciado nas linhas acima, a respeito da responsabilidade administrativa do agente público

A ação trata da “perda do cargo como efeito da condenação”, conforme artigo 92 do código penal, mesmo que aposentado compulsoriamente pelo CNJ.

Pauta a independência da instância administrativa e penal. Afirma a obrigatoriedade de que o decreto de perda do cargo seja lançado mesmo nas hipóteses em que o condenado já se encontre aposentado, exonerado ou demitido em âmbito administrativo.

Portanto, o próprio trecho da ementa publica já afirma por si próprio a importância e a base do que foi estudado neste subitem.

²³⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos Polêmicos do Regime Disciplinar do Serviço Público. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.711.

²³⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos Polêmicos do Regime Disciplinar do Serviço Público. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.712.

²⁴⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos Polêmicos do Regime Disciplinar do Serviço Público. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.712.

²⁴¹ STJ - APn: 825 DF 2013/0320093-9, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 08/04/2019, CE - Corte Especial, Data de Publicação: DJe 26/04/2019.

O julgado, em sua ementa, afirma quanto a:

INDEPENDÊNCIA DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA E PENAL. OBRIGATORIEDADE DE QUE O DECRETO DE PERDA DO CARGO SEJA LANÇADO MESMO NAS HIPÓTESES EM QUE O CONDENADO JÁ SE ENCONTRE APOSENTADO, EXONERADO OU DEMITIDO EM ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

Como assinalado anteriormente aqui neste subitem, há independência entre as instâncias penal, civil e administrativa. No caso julgado, a discussão é quanto à penalidade administrativa de aposentadoria compulsória e o castigo da esfera penal da perda do cargo. Deixa claro a sentença judicial que, decreto da perda do cargo seja efetivado mesmo que o agente já se encontre desligado de sua função pública em âmbito administrativo nas hipóteses previstas no ordenamento.

Em outro ponto do julgado: “a definição do encerramento da instrução como marco para a prorrogação da competência, privilegia, em maior extensão, o princípio da identidade física do juiz, ao valorizar o contato do magistrado julgador com as provas produzidas na ação penal”.

Aqui, se reafirma o princípio da identidade física do juiz. Trata-se de um princípio do direito processual penal e constitucionalmente fortalecido. A reforma processual penal de 2008 estipulou, no § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal, o princípio da identidade física do juiz, o qual assevera que “o **juiz** que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”, cuja regra está ligada à garantia do juiz natural (artigo 5º, incisos LIII e XXXVII, da Constituição) estudado, anteriormente, e, também, uma das garantias do processo administrativo. Muito embora no entendimento do Supremo Tribunal Federal, o princípio da identidade física do juiz deva ser aplicado com as exceções que se afiguram no artigo 132 do Código de Processo Civil.

Prossegue o enunciado do julgado afirmando:

Não caracteriza cerceamento de defesa o indeferimento de pedido de oitiva de testemunha conhecida da parte desde o início da marcha processual e que não foi arrolada na fase de defesa e tampouco na oportunidade legal de diligências complementares de que trata o artigo 10º da Lei 8.038/1990.

Certo isso como em qualquer processo de âmbito penal. Na verdade, o simples indeferimento de uma testemunha não significa que há cerceamento de defesa, embora, por vezes, seja argumento de advogados

Em outro trecho do dispositivo da sentença, o julgado enuncia:

PERDA DO CARGO COMO EFEITO DA CONDENAÇÃO 34. Conforme o artigo 92 do Código Penal, porque a pena privativa de liberdade aplicada foi superior a um ano por crime praticado com violação de dever para com a Administração Pública, deve incidir o efeito específico da perda do cargo público. Trata-se de crime ligado ao exercício funcional, praticado no desempenho do cargo e com abuso dele.

O texto, portanto, é claro ao dizer que essa perda do cargo decorre em virtude e automaticamente por efeito da condenação penal. Nada tem a ver com eventual pena administrativa que tenha ou, não, incorrido.

Um pouco mais adiante, o dispositivo confirma o que foi dito no parágrafo anterior:

NECESSIDADE DA DECRETAÇÃO DA PERDA DO CARGO, NÃO OBSTANTE A SANÇÃO DE APOSENTADORIA COMPULSÓRIA APLICADA PELO CNJ 35. O acusado, detentor de cargo vitalício, foi aposentado compulsoriamente com proventos proporcionais pelo CNJ em 18/9/2018. A aposentadoria que o levou à inatividade é resultado da aplicação da penalidade máxima cominada no artigo 42, inciso V, da Lei Complementar 37/1997 (Loman).

Por conseguinte, uma vez que o réu estava cumprindo a pena administrativa da aposentadoria compulsória, e, restando condenado na esfera penal há que ser decretado a pena de perda do cargo para efeitos de cumprimento da sanção penal. Isso corrobora com o enfoque dado anteriormente da máxima independência das instâncias penal e administrativa, embora a penal aqui permaneça avantajada.

Nesse sentido, o enunciado do julgado é cristalino:

Nota-se claramente que o fato de o agente público ter perdido o cargo não afasta sua responsabilização, que, a teor do artigo 181 do mesmo diploma normativo, só se extingue com a sua morte ou com a prescrição. 37. Perduram, conforme se vê, os efeitos do exercício da função pública desempenhada para além do seu perdimento, o que fundamenta o prosseguimento da apuração da responsabilidade administrativa, que pode culminar até mesmo na pena de cassação de aposentadoria. É dizer: o Direito

Administrativo preservou a sua autonomia e a sua independência, assegurando a conclusão do processo disciplinar e a incidência da pena administrativa mesmo que o servidor público tenha perdido o cargo que desempenhava por força de sentença penal condenatória ou de sentença cível de improbidade administrativa. 38. O objeto da discussão nestes autos, entretanto, trata da hipótese reversa: a autonomia e a independência do Direito Penal, designadamente na aplicação da sanção do artigo 92 do Código Penal, quando o funcionário público perdeu o cargo pela via administrativa. INDEPENDÊNCIA DA ESFERA PENAL E ADMINISTRATIVA 39. O ponto aqui analisado versa exclusivamente sobre a independência da esfera penal e administrativa.

Portanto, toda a teoria estampada no começo deste sub tema é estampada no enunciado colacionado acima do julgado. Trata da independência das instâncias, da apuração da responsabilidade administrativa, e, de o Direito Administrativo ter mantido autonomia e independência, garantindo a conclusão do processo disciplinar e a aplicação da pena administrativa ainda que o agente público tenha perdido o cargo que exercia.

E logo após, o dispositivo afirma: “Importa observar que a mesma repartição da competência penal e da administrativa ditada pela Lei Estadual 9.628/1974 é encontrada no artigo 125 da Lei 8.112/1990, o Estatuto do Servidor Civil da União”.

Aqui, o enunciado judiciário faz referência à lei estadual do Ceará em comparação com o estatuto do servidor público civil da União. Como afirmado anteriormente, cada unidade federativa tem seu próprio estatuto, no entanto, tais estatutos não tem diferenças cabais entre si, e menos ainda com relação ao estatuto federal.

Já por derradeiro, o enunciado do Judiciário aduz: “POSSIBILIDADE DA REVERSÃO DA PENALIDADE ADMINISTRATIVA PELA VIA JUDICIAL OU MESMO ADMINISTRATIVA”.

Trata-se de um efeito do julgado administrativo, visto que, a via administrativa não faz coisa julgada. A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV, assevera que o Poder Judiciário é, sempre, a última vontade assegurada na conclusão de um conflito. Tal mandamento é conhecido como Princípio do acesso à justiça. Por conseguinte, embora possa se aventar a hipótese de uma “coisa julgada administrativa”, a parte contrariada sempre pode se socorrer do Poder Judiciário graças ao disposto constitucional em seu artigo quinto.

Por fim, o dispositivo do julgado, em epígrafe, afirma: “não há o que justifique que, condenado penalmente, a ele subsista apenas a sanção administrativa e que se despreze o efeito da condenação penal”.

Não existe dúvida quanto a isso em nenhum julgado penal. Ao contrário, esse âmbito de responsabilidade é diretivo a algumas situações em que pairam suspeitas no âmbito civil e administrativo. Estudado acima foi que, em casos de absolvição penal por negativa de autoria ou de fato dá azo a mesma decisão nas outras esferas de responsabilização. Entretanto, quando existe a condenação no meio penal, não há falar em condenação ou não em âmbito das outras esferas.

Por conclusão, apensamos o julgado acima corroborando na prática tudo o que foi enunciado na teoria doutrinária a respeito da responsabilidade administrativa do agente público. Sobressaem a independência das instâncias, as garantias constitucionais aos agentes públicos, eventualmente, incriminados e à Administração Pública.

2.2.2 A Responsabilidade Civil

Passamos, então, à abordagem da responsabilidade civil do agente público. Conforme dito antes, essa responsabilidade diz respeito ao âmbito econômico-financeiro. Pode ocorrer devido a infração simples, como a quebra de um objeto, até um dano de maior significância envolvendo o âmbito penal.

A responsabilidade civil, na lição de Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, está atrelada à prática de um ato omissivo ou comissivo, de forma dolosa ou culposa, pelo servidor público no exercício ou, em virtude de sua função, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.²⁴²

Na mesma linha, Mattos Neto ensina que a responsabilidade civil-administrativa do servidor público resulta da prática de ato omissivo ou comissivo,

²⁴² Ao definir o conceito de responsabilidade civil, Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, assim o fez: É a consequência que o agente livre sofre pela prática dos seus atos, em violação de dever que lhe cabe cumprir. Corresponde, na ordem jurídica, à sanção que recebe o agente pelo desconhecimento das suas obrigações, em desrespeito ao direito de outrem, a fim de ser reparado o dano sofrido por este. (MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. **Princípios de Direito Administrativo**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 474).

levado a efeito no desempenho do cargo ou função, violador de seus deveres e que causam prejuízo para terceiros ou para a Administração Pública.²⁴³

A professora Di Pietro nos ensina que, a responsabilidade civil é de jaez patrimonial e decorre do artigo 186 do Código Civil²⁴⁴, que sacramenta a regra aceita, consoante a qual todo aquele que lesiona outrem é obrigado a repará-lo.²⁴⁵

Conforme o ensinamento de Mattos Neto, a ação ou omissão praticada pelo Servidor Público, que resulta em dano para terceiros ou à Administração Pública, deverá ser aquela levada a efeito contra dispositivo de lei, independentemente, dela ter sido executada de forma consciente com dolo ou de forma culposa.²⁴⁶ Dano material é verificado quando existente um prejuízo ao patrimônio, terceiros ou a Administração Pública, pela falta ou por defeituosa prestação de serviços por parte do servidor público no cumprimento de sua obrigação legal.²⁴⁷

O julgado TJ-AC - APL: 00013351420098010009 AC 0001335-14.2009.8.01.0009, Relator: Cezarinete Angelim, é exemplo de ação que o poder público moveu contra mandatário do poder municipal com base em responsabilidade deste para com a Administração pública devido sua atitude ter ocasionado prejuízo à comunidade.

Segundo a ação movida pelo município de Senador Guimard em face do ex-prefeito por ter suportado prejuízos financeiros em virtude de sua inclusão no CADIN e SIAFI (cadastros de restrição de crédito). Pleiteou-se que o autor do ilícito, no caso, deveria ser obrigado a ressarcir a Fazenda Pública municipal pela via de ação indenizatória, com base na teoria da responsabilidade civil do agente público. Entretanto, para imputar-se a responsabilidade civil ao agente público é imprescindível a comprovação do dano causado, seja à Administração Pública, seja ao terceiro.

²⁴³ MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

²⁴⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito

²⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.774.

²⁴⁶ MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

²⁴⁷ MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

Também deveria haver comprovação de que o agente público agiu com culpa civil, ou seja, por meio de comportamento doloso ou culposos em sentido estrito. Segundo o dispositivo da sentença, “a individualização da culpabilidade do ex-Prefeito é imprescindível para a imposição de uma eventual condenação, uma vez que a ele não pode ser imputada a responsabilidade por danos ao Erário eventualmente praticados por outros agentes públicos, simplesmente pelo motivo de ser Chefe do Executivo na época dos fatos”. No entanto, não houve a comprovação efetiva do fato.

O julgado é importante para caracterização da responsabilidade ressarcitória civil que tem o agente público devido a ocorrência de prejuízo a Administração pública ocorrido por incúria do agente público independente de culpa ou dolo.

Na lição da professora Maria Sylvia, as leis estatutárias em geral determinam procedimentos auto-executórios não dependentes de outorga judicial, pelos quais a Administração desconta dos vencimentos do servidor a quantia necessária ao ressarcimento dos prejuízos, considerado o limite mensal fixado em lei. Quando o servidor é contratado pela legislação trabalhista, segundo a professora, o artigo 462, § 1º, da CLT só permite o desconto com a permissão do empregado ou em caso de dolo.²⁴⁸

Um caso simples seria a quebra de um patrimônio, por exemplo, um espelho da repartição. Independentemente, da intenção, apura-se o custo do objeto quebrado e emite-se a fatura para o servidor pagar. Em caso de objetos cujos valores sejam mais dispendiosos, poderá haver a necessidade de parcelamento em descontos da folha de pagamento do servidor. O processo é necessário, apenas, quando o agente não reconhece de imediato o seu erro. Por exemplo, quando um bem é encontrado quebrado e ninguém assume a infração. Também, em casos em que se alega a necessidade do serviço ou acidente de trabalho.

A professora Maria Sylvia informa que, para os servidores federais, a Lei nº 8.112/90, não aparta a possibilidade de ser feito desconto dos vencimentos ou proventos. Para os servidores estaduais, distritais e municipais, a matéria é tratada nas respectivas Constituições e leis orgânicas.²⁴⁹

²⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.774-775.

²⁴⁹ No artigo 121, determina que o “servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições”. Pelo artigo 122, “a responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposos que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros”. Conforme § 1º do

No geral, o procedimento não é muito diferente entre as unidades federativas. Também, não há muita variedade entre elas e o que acontece no âmbito federal. No mais das vezes, em casos de objetos simples e de baixo valor há o pagamento, por outro lado, nos casos cujos valores sejam mais robustos, há o desconto na folha de pagamento. Maior trabalho existe, contudo, quando a lesão resvala para o cenário em que há de se apurar a conduta criminosa. Antes de mais nada, como mencionado no item anterior, existe a necessidade de um processo.

A reparação do dano, conforme ensinamento do professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, atinente aos artigos 121 e 122 do código civil, “pode ser também de ordem moral, uma vez que não é necessário que o dano seja somente ao patrimônio financeiro de terceiros e da Administração”.²⁵⁰

No conceito de Mattos Neto, o dano moral é a violação que uma pessoa privada ou jurídica sofre em seus sentimentos, ao seu bom nome, honra, reputação etc., quando ocorre uma prestação de serviços defeituosa ou quando inexistente o cumprimento de uma obrigação legal por parte do servidor público. O nexo de causalidade, por sua vez, implica que o dano se produza em consequência necessária direta e imediata da atuação do servidor público.²⁵¹

Segundo o ex-ministro de STF, Themístocles Brandão Cavalcante, o parágrafo primeiro do artigo 46 estipula que a indenização do prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada através de desconto em folha de pagamento (art. 46, Lei nº 8.112/90). O valor pode ser parcelado, desde que cada prestação não seja inferior ao valor correspondente a dez por cento da

mesmo dispositivo, “a indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no artigo 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial”. As reposições e indenizações devidas ao erário devem ser previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de 30 dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado, conforme previsto no artigo 46. Nos termos do § 1º do artigo 46, “o valor da parcela não poderá ser inferior ao correspondente a 10% da remuneração, provento ou pensão”.

O artigo 45 veda expressamente que qualquer desconto incida sobre a remuneração ou provento, “salvo por imposição legal, ou mandamento judicial”.

²⁵⁰ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios de Direito Administrativo**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 474.

²⁵¹ MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

remuneração, provento ou pensão (§ 1º, art. 46) recebida pelo responsável pelo devido ressarcimento ao erário.²⁵²

No entanto, na visão do jurista, é importante sublinhar a necessidade de haver o nexo causal adequado entre a atividade que causou o dano e o resultado para se imputar responsabilidade. Declara o parágrafo primeiro do artigo 122, quanto à indenização de prejuízo ao erário, quando causado de maneira dolosa pelo servidor, cuja liquidação é executada judicialmente de modo integral, uma vez que se pressupõe que um prejuízo causado intencionalmente, nunca pode ensejar como atenuante de boa-fé; tão somente o pagamento da indenização é que será feita conforme o previsto no art. 46 desta lei.²⁵³

A professora Odília Ferreira, no entanto, alerta que a responsabilidade civil resultante da prática de um ato culposos não seguirá necessariamente o estabelecido no artigo 46 da presente lei, visto que o parágrafo 1º do artigo 122 em questão, impõe ser o prejuízo causado com dolo. Sucede que a Administração Pública, para se utilizar da prerrogativa do aludido parágrafo primeiro, deve conferir ao acusado o direito de defesa, pois qualquer alteração do seu patrimônio deve ser precedida do processo legal.²⁵⁴

Também, aduz a mestra que, o desconto em folha de pagamento do servidor público deve guardar razoabilidade, pois não se pode esquecer que os vencimentos possuem caráter alimentar. Isto porque a lei estabelece um percentual mínimo a ser descontado mensalmente (dez por cento), deixando de estabelecer, contudo, o percentual máximo que se pode descontar mensalmente a título de reposição ao erário.²⁵⁵

O julgado STJ - REsp: 1633295 MG 2016/0277003-9, Relator: Ministro OG Fernandes²⁵⁶, é didático no sentido de afirmar não ser possível a responsabilização

²⁵² CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 3. ed. n. IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.p.426.

²⁵³ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 3. ed. n. IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

²⁵⁴ OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 299.

²⁵⁵ OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 299.

²⁵⁶ TJ-AC - APL: 00013351420098010009 AC 0001335-14.2009.8.01.0009, Relator: Cezarinete Angelim, Data de Julgamento: 02/07/2013, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 05/07/2013.

peçoal do agente público pelo pagamento das astreintes²⁵⁷ quando ele não figure como parte na ação, sob pena de infringência ao princípio da ampla defesa.²⁵⁸ Na verdade, pode-se inferir que a responsabilização peçoal do agente público evocada na ação só é possível quando ele figure como parte da mesma, independentemente, do que quer que ele pague ou, em qualquer situação que se apresente contra ele. O dispositivo lembra o princípio da ampla defesa.

Na lição de Di Pietro, em caso de crime de que suceda prejuízo para a Fazenda Pública ou enriquecimento ilícito do servidor, ele ficará subordinado a sequestro e perdimento de bens, mas com intervenção do Poder Judiciário, na forma do Decreto-lei nº 3.240, de 8-5-41, e Lei nº 8.429, de 2-6-92 (arts. 16 a 18).²⁵⁹

Nesse sentido, o julgado, STF - AO: 1833 AC - ACRE 9993078-24.2013.1.00.0000²⁶⁰, Relator: Min. Alexandre de Moraes ao tratar de improbidade administrativa de agente público. Na verdade, foi comprovado uso irregular de verbas públicas na câmara municipal. Portanto, caracterizou-se responsabilidade subjetiva na prática de atos de improbidade administrativa. A ementa afirma a propósito que, há impossibilidade de solidariedade na pena de multa em face do critério da individualização.

A pena de multa é uma espécie de sanção penal. Caracteriza-se por apresentar natureza patrimonial e que, na maioria das vezes, é infringida no preceito secundário da norma penal de forma isolada ou cumulada com a pena de prisão.

Conforme o julgado em epígrafe:

Atos de improbidade administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário; podendo ser praticados tanto por servidores públicos (improbidade

²⁵⁷ Astreinte é sinônimo de: multa, coima. Multa diária que, estabelecida por sentença judicial, se aplica em razão da obrigação de fazer ou de não fazer; tem a finalidade de pressionar o devedor a cumprir o que foi estabelecido judicialmente ou no título da dívida, quanto maior o atraso no pagamento, maior se tornará sua dívida. Etimologia (origem da palavra **astreinte**). Do francês *astreinte*. (Dicionário on line da língua portuguesa).

²⁵⁸ STJ - REsp: 1633295 MG 2016/0277003-9, Relator: Ministro OG Fernandes, Data de Julgamento: 17/04/2018, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 23/04/2018.

²⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.774-775.

²⁶⁰ STF - AO: 1833 AC - ACRE 9993078-24.2013.1.00.0000, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Data de Julgamento: 10/04/2018, Primeira Turma.

própria), quanto por particular - pessoa física ou jurídica - que induzir, concorrer ou se beneficiar do ato (improbidade imprópria). 3. A prova documental demonstrou a presença do dolo nas condutas praticadas, comprovando que os réus se apropriaram diretamente, ou foram ilicitamente beneficiados, de valores do erário utilizados para benefício próprio ou de terceiros. Possibilidade de responsabilização dos agentes públicos e dos particulares pela prática de ato de improbidade administrativa, pois presente o elemento subjetivo do tipo, uma vez que efetivamente comprovada a prática dolosa da ilegalidade qualificada e tipificada em lei (arts. 9, 10 e 11 da LIA). 4. O princípio da individualização da pena consagrado constitucionalmente no inciso XLVI do art. 5º exige a estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja suas finalidades de prevenção e repressão. A imposição das penas decorreu de juízo individualizado da culpabilidade dos réus, tendo a magistrada analisado detalhadamente o grau de reprovabilidade de suas condutas ilícitas e aplicado as sanções de maneira razoável e proporcional.

Trata-se de ação com base em improbidade administrativa do agente público. Semelhante improbidade restou comprovada. A necessidade probatória, como se aduziu em parágrafos anteriores deste subitem do estudo, foi satisfeita e possibilitou a comprovação dos fatos. Nesses casos, o âmbito civil avizinha-se à seara penal. No entanto, ambos são independentes e podem ser cumulativos.

Também, o julgado STJ - AgInt no AREsp: 1275175 PB 2018/0080644-5, Relator: Ministro Sérgio Kukina²⁶¹, trata-se de ação de improbidade administrativa que inclui ofensa a mandamentos supremos do regime jurídico público, como fraude a licitações e a concursos públicos.

No dispositivo da sentença:

Na espécie, as sanções de ressarcimento ao erário, perda da função pública e pagamento de multa civil mostram-se proporcionais ao grau de reprovabilidade dos atos praticados. 4. A multa civil consubstancia sanção pecuniária, sem qualquer cunho indenizatório, motivo pelo qual não configura bis in idem sua aplicação cumulada com a imposição de ressarcimento ao erário.

²⁶¹ STJ - AgInt no AREsp: 1275175 PB 2018/0080644-5, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Data de Julgamento: 11/02/2020, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 30/03/2020.

Nesse ponto, o julgado faz menção didática à multa civil comparando-a com o ressarcimento ao erário, asseverando suas diferenças e justificando não se tratar da prática de “bis in idem”.²⁶²

2.2.2.1 As Excludentes da Responsabilidade

No ensinamento de Mattos Netto, a culpa concorrente da vítima influi, ou até mesmo mitiga, a responsabilidade civil do Estado e de seu servidor, como referido no artigo 122 da lei federal, a responsabilidade civil do servidor público pode ser diluída por força maior ou caso fortuito pela teoria da prescrição. É certo que a responsabilidade civil do servidor público pode ser afastada quando revelado inexistente o fato no juízo criminal.²⁶³

Para o jurista, caso esteja presente uma das citadas possibilidades, será suficiente para excluir a responsabilidade civil do agente público, visto que seu ato danoso foi desqualificado pela falta do nexo de causalidade. O servidor público não pode prever a força maior, que é evento que retira a culpa subjetiva que, é elemento imprescindível para a responsabilização do agente. Por equivalência, a culpa exclusiva do particular, também, exclui a culpa subjetiva do servidor público.²⁶⁴

Na mesma linha de raciocínio, Flávia Maria Pellicari Sallun assevera que, em situações onde foi apurada que a falha se deu em virtude do serviço em si, o servidor público fica também com exclusão de sua responsabilidade reconhecida, pois a falta de serviço não é de sua competência, pois a máquina administrativa não se confunde com os que lhe compõe.²⁶⁵

Para o professor Mattos Netto, a falta de serviço, onde se julga o serviço e não o agente, verifica-se quando a Administração Pública deixa de desempenhar

²⁶² Trata-se de um princípio jurídico que significa “bis”, repetição, “in idem”, sobre o mesmo. No Direito Tributário, caracteriza-se no momento em que o mesmo ente tributante cobra um tributo do contribuinte sobre o mesmo fato gerador, mais de uma vez. Não se confunde com a bitributação (entes tributantes diversos exigem do mesmo sujeito passivo tributos decorrentes do mesmo fato gerador).

²⁶³ MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

²⁶⁴ MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

²⁶⁵ SALUM, Flavia Maria Pellicari. Responsabilidade Objetiva do Estado nas Atividades Perigosas - o Risco Integral Positivado no Código Civil. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Coords.). **Responsabilidade Civil do Estado** - Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 306-307.

seu papel corretamente. A falta de serviço público independe da falta do Servidor, pois o funcionamento defeituoso ou insatisfatório do serviço público, que causa dano ao seu usuário não é causado pelo agente público e, sim, pela máquina estatal, que deixa de cumprir, ou, cumpre mal, suas obrigações. No entender de Mattos Netto, apenas, é responsabilizado o servidor público na falta de serviço se ele consumir ato omissivo, deixando de praticar o que lhe competia para tornar eficiente o serviço. Já na segunda situação, onde se verifica a falta pessoal do Servidor Público, a responsabilidade civil nasce do seu ato culposo ou doloso, capaz de causar prejuízo ao próprio Poder Público ou à terceiros.²⁶⁶

Concluimos este ponto, afirmando que é tênue, embora, clara, a diferença entre a responsabilidade civil e penal quando se trata de procedimentos que envolvem ofensas de agentes públicos à Administração Pública. A legislação é contundente quanto à aplicação dos castigos penais, mas, deixa clara em sua interpretação, a independência e cumulatividade das searas. Nesse contexto, conforme visto nos julgados apensados, embora o agente seja penalizado nos âmbitos administrativo e penal, não deixa de ter de ressarcir economicamente ao erário, e, pagar eventual multa através do castigo civil.

2.3 A Responsabilidade Penal

Neste ponto, estudamos a responsabilidade penal do agente público. Aqui os acontecimentos tornam-se mais graves. As investigações devem ser bem mais rigorosas. O servidor público, teoricamente, não poderia ser um criminoso. Antes de entrar para o serviço público, é requerido do candidato uma gama de procedimentos com o fito de demonstrar à Administração pública que o postulante ao cargo ou ao emprego é pessoa de caráter ilibado.

"Considera-se detentor de reputação ilibada o candidato que desfruta, no âmbito da sociedade, de reconhecida idoneidade moral, que é a qualidade da pessoa íntegra, sem mancha, incorrupta".

O trecho acima é de um parecer do Senado Federal efetuado com o propósito de esclarecer o conceito constitucional de "reputação ilibada".

²⁶⁶ MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

Não resta dúvida de que o aspirante ao serviço público deve ser alguém com boas intenções para com a coletividade. O conceito abrange desde o agente político até o mais humilde concorrente a emprego, função ou cargo público. Abarca, inclusive, os particulares em colaboração com o serviço público.

Contudo, o crime acontece.

De outra parte, um agente público pode cometer um crime não estando em serviço. Por exemplo: um militar pode espancar até a morte a sua esposa, incorrendo em crime comum (Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha). Ou, ainda, um agente fiscal de rendas pode falsificar um documento particular para obter vantagens indevidas, quando não esteja exercendo o seu ofício na condição de cidadão comum.

São exemplos de práticas criminosas que, embora envolvam agentes públicos, nada dizem respeito à função de tais pessoas, uma vez que, esses crimes não foram cometidos por esses indivíduos na condição e em exercício de cargo público, mas, em virtude de fatos pessoais de suas vidas particulares. Nesses casos, não há que falar em responsabilidade criminal de agente público. Esses crimes comuns são apurados ordinariamente na instância penal como fatos acontecidos na vida de quaisquer pessoas que terão de responder criminalmente, mas, não como agentes públicos.

Por outro lado, existem os crimes cometidos em função da situação do indivíduo ser agente público e estar exercendo função, cargo ou ocupação como tal. Ainda, no que diz respeito a exemplos anteriores: caso o militar, na qualidade de servidor público, executar a tiros um suspeito de ter praticado um crime comum, ocasionará um fato que deverá ser apurado e ter suas condições reveladas em inquérito administrativo e penal decorrendo para o militar a responsabilidade como agente público em exercício de sua ocupação.

No exemplo do agente fiscal de rendas, caso cometa um crime de falsificação de documento do contribuinte em exercício de fiscalização com o fito de prejudicá-lo por um motivo torpe, também há de responder como agente público, uma vez que, operou a infração na condição de agente público.

Não somente, os crimes dolosos são contemplados com a responsabilidade penal do agente público. Conforme estudado no primeiro capítulo, a conduta ilícita do agente público pode se dar por atos culposos ou dolosos. Há que se apurar os fatos e solucionar a lide em juízo.

O julgado STM - APL: 70001267420197000000, Relator: Carlos Augusto de Sousa,²⁶⁷ referente a crime militar culposo de agente público, oferece exemplo de caso típico de responsabilização de agente público por semelhante conduta. Didaticamente, expõe em seu dispositivo o que se segue: “faz-se necessária a existência simultânea dos seguintes requisitos: a) conduta humana voluntária, comissiva ou omissiva; b) inobservância de dever de cuidado objetivo; c) resultado lesivo não querido ou não assumido pelo agente; d) nexo de causalidade entre conduta e resultado; e) previsibilidade e f) tipicidade, conforme se pode observar da dicção do art. 33, inciso II, do COM”.

O julgado lembra que:

Mesmo nos casos de crimes culposos há a exigência do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado lesivo, de modo que deve a acusação desnudar o liame entre o extravio do dispositivo de disparo e a alegada desídia do Acusado.

Adiante, o dispositivo afirma que:

Conforme consabido, a responsabilidade penal é sempre subjetiva, por isso que é absolutamente inadmissível a atribuição, em sede penal, de responsabilidade objetiva pela prática criminosa, consistente na atribuição de um resultado danoso a um indivíduo, unicamente em razão da função por ele ocupada. Assim, prevalece sempre, na seara penal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa (*nullum crimen sine culpa*), absolutamente incompatível com a ultrapassada concepção medieval do *versari in re illicita*, banida do domínio do direito penal da culpa. 5. Em respeito ao princípio da ultima ratio, o julgador deve analisar se o bem jurídico pode ser tutelado, de forma plena e eficaz, por outros ramos do Direito, que não o penal, optando-se somente em último caso em atingir a liberdade do cidadão.

Portanto, alguns dogmas jurídicos são lembrados nesse julgado, como a exigência do nexo de causalidade entre o dano sofrido e a ação do agente administrativo, a inadmissibilidade da responsabilidade objetiva e, por oposto responsabilidade subjetiva com aferição da culpabilidade do agente. Também, o preceito universal de que não há crime sem culpa e que esta é condição

²⁶⁷ STM - APL: 70001267420197000000, Relator: Carlos Augusto de Sousa, Data de Julgamento: 03/02/2020, Data de Publicação: 18/02/2020.

determinante para aferição da responsabilidade penal do agente. E, por derradeiro, o julgado lembra que, a instância penal deve ser a última a prestar socorro a um bem jurídico que pode ser tutelado em outros âmbitos jurídicos, quais sejam, o civil e o administrativo.

2.3.1 A Improbidade Administrativa

Infelizmente, não é de hoje, nem apenas em nosso país, que a prática nefasta de improbidade ao serviço público é cometida.

Na opinião dos professores Sundfeld e Câmara, na maior parte das vezes, a intenção do agente é algo difícil de se verificar. Contudo, a caracterização da improbidade exige seu exame.²⁶⁸

Na lição da professora Maria Sylvia Di Pietro, a lesão ao princípio da moralidade ou a qualquer outro princípio compulsório à Administração Pública consiste em uma das modalidades de ato de improbidade. Para que este ato se caracterize, no entendimento da professora, não é fundamental a demonstração de sua ilegalidade, basta comprovar-se a lesão à moralidade administrativa.²⁶⁹

Nesse sentido, os professores Sundfeld e Câmara asseveram que, para um ato ser considerado ímprobo faz-se necessário apresentar mais do que a objetiva desconformidade com a lei. É preciso que o agente, ao praticá-lo, tenha apresentado o ânimo de descumprir a lei ou avocado conscientemente o risco de praticá-lo; bem como a intenção de desatender aos princípios norteadores da atividade administrativa, e, tenha, enfim, efetuado ato de má-fé, enfeitado pelo Direito. Concluem os doutrinadores que, a improbidade é constatada na análise subjetiva do móvel do agente, e, não no simples confronto objetivo do ato com a lei.²⁷⁰

O professor Ricardo Marcondes anuncia em seu texto o disposto no parágrafo 4º do art. 37 da CF de 1988, o qual estabelece que, os atos de improbidade

²⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Improbidade administrativa de dirigente de empresa estatal. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.133-135.

²⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1023.

²⁷⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Improbidade administrativa de dirigente de empresa estatal. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.133-135.

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. Conclui o mestre a respeito do conceito jurídico: improbidade é uma imoralidade qualificada pela desonestidade do agente.²⁷¹

Segundo a professora Di Pietro, o servidor responde penalmente quando perpetra crime ou contravenção. Há no ilícito penal, os mesmos elementos qualificadores dos demais tipos de atos ilícitos, no entanto, com algumas especificidades. A ação ou omissão deve ser antijurídica e típica, isto é, assemelha-se ao padrão de conduta definido na lei penal como crime ou contravenção.²⁷²

Há que se verificar dolo ou culpa. Deve haver relação de causalidade e dano, ou perigo de dano. A lesão pode se consubstanciar, mas, nem sempre, basta existir o risco, como acontece na tentativa e, em alguns tipos de crime que ameaçam a incolumidade pública. A responsabilidade penal do servidor é verificada em âmbito Judiciário.²⁷³

Em termos criminais, a definição de servidor público é ampliada, e se aproxima do conceito de agente público. O empregado de entidade privada é considerado funcionário público, para fins criminais, em caso de a empresa realizar atividade típica da Administração Pública. Também, o empregado das sociedades de economia mista, das empresas públicas e de outras entidades sob controle direto ou indireto do poder público, integrantes da Administração Pública indireta.²⁷⁴

Portanto, o agente público que praticar conduta criminoso, quer por culpa, quer por dolo, estará sujeito à responder criminalmente por sua atitude. Como visto

²⁷¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 641-642.

²⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.778.

²⁷³ De acordo com o artigo 229 da Lei nº 8.112/90, é assegurado auxílio-reclusão à família do servidor ativo, nos seguintes valores: dois terços da remuneração, quando afastado por motivo de prisão, em flagrante ou preventiva, determinada pela autoridade competente, enquanto perdurar a prisão; ou metade da remuneração, durante o afastamento, em virtude de condenação, por sentença definitiva, a pena que não determine a perda do cargo. Pelo § 3º do mesmo dispositivo, incluído pela Lei nº 13.135/15, “o auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do servidor recolhido à prisão”, Pelo Estatuto de São Paulo (art. 70), o funcionário perde, em qualquer hipótese, dois terços do vencimento. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 778).

²⁷⁴ O artigo 327 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.983, de 13-7-00, “funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. O § 1º equipara a funcionário “quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração pública”.

anteriormente, há independência entre as searas penal, civil e administrativa, contudo, a conclusão no âmbito penal pode servir de pilastra para as outras instâncias em alguns casos de absolvição.

2.3.1.1 A Lei de Improbidade Administrativa (LIA)

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (LIA) é um dos principais mandamentos infraconstitucionais referentes à conduta do agente público. Portanto, ao nos referirmos à responsabilidade penal do agente público, analisamos, neste ponto, os seus dispositivos principais que se referem à ação de improbidade, a quem pode ser designado como agente público, as principais lesões cometidas contra a Administração Pública e as sanções advindas.

O artigo primeiro diz respeito aos legitimados a propor a ação de improbidade administrativa.

Na lição do professor Mattos Neto, a Lei 8.429/92 abrangeu toda e qualquer pessoa que se envolva com a administração pública, até mesmo, as que dela não faça parte, porém, se beneficie, ainda que, evasivamente, da ação imoral. Nesse rumo, o artigo primeiro, caput, inicia dispondo quem pode praticar o ato. E, o artigo segundo define, especificamente, o conceito legal de agente público.²⁷⁵

Nas palavras da ministra do STJ, Eliana Calmon: "[...] Os arts. 1º e 3º da Lei 8.429/1992 são expressos ao prever a responsabilização de todos, agentes públicos

²⁷⁵ A conjugação desses dispositivos resulta na interpretação de que podem praticar o ato ímprobo a seguinte classe de pessoas:

- os servidores públicos das entidades públicas. Entendendo-se por servidor público, o estatutário o celetista ou o remanescentes de regimes pretéritos e por entidade pública a administração direta, autarquia e fundação pública;
- servidores públicos celetistas dos entes governamentais privados tais como fundações governamentais privadas, sociedades de economia mista e empresas públicas;
- contratados particulares exercendo provisoriamente funções estatais sem vínculo profissional, a saber: representações da sociedade civil em conselhos ou comissões de licitação, jurados, mesários em eleição etc.;
- agentes políticos obedecidas as disposições constitucionais;
- eleitos, nomeados, designados, contratados temporários, empregados, enfim toda e qualquer sorte de gente que se relacione diretamente com a administração. (MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019).

ou não, que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indireta. [...]"²⁷⁶

Quanto ao conceito abrangente de agente público, isto é, os que estão aptos a figurar como sujeitos ativos da ação de improbidade administrativa, abarca desde os titulares dos mais elevados cargos políticos de chefes dos poderes da república até os mais humildes serviçais passando pelos prestadores de serviço que de alguma forma executem funções na Administração Pública. Nas palavras do ministro Luiz Fux, na época, do Superior Tribunal de Justiça:

[...] Os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, não são somente os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, insculpido no art. 2º, da Lei n.º 8.429/92. 4. Deveras, a Lei Federal nº 8.429/92 dedicou científica atenção na atribuição da sujeição do dever de probidade administrativa ao agente público, que se reflete internamente na relação estabelecida entre ele e a Administração Pública, ampliando a categorização de servidor público, para além do conceito de funcionário público contido no Código Penal (art. 327) [...].²⁷⁷

Na lição do professor Mattos Neto, a lei pretendeu cercar-se de todas as formas de abrangência da administração da coisa pública. No parágrafo único do artigo primeiro, fez incluir que, também, é ato de improbidade, o praticado contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício, de cargo público, bem como, daquelas para cuja criação ou custeio o Erário tenha contribuído ou contribua com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da renda anual.²⁷⁸

Ainda, no entendimento do professor Mattos Neto, como a lei, de fato, quer proteger os recursos públicos em seu mais amplo espectro e modalidades, considerou no artigo terceiro que subjugados as suas regras estão também pessoas que não agentes públicos, mas que incentive ou concorra para a execução de ato de improbidade, ou dele se beneficie sob qualquer forma, direta ou indiretamente.²⁷⁹

²⁷⁶ STJ-Processo: AgRg no AREsp. 264086/ MG; Relator: Min. Eliana Calmon; Órgão Julgador: Segunda Turma; Julgamento: 06/08/2013; Publicação: DJe 28/08/2013.

²⁷⁷ STJ-Processo: REsp 1081098/DF; Relator: Min. Luiz Fux; Órgão Julgador: Primeira Turma; Julgamento: 04/08/2009; Publicação: DJe, 03/09/2009.

²⁷⁸ MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

²⁷⁹ MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

No entendimento da professora Di Pietro, a LIA estabeleceu os atos de improbidade em três dispositivos: no artigo 9º, vela atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; no artigo 10, ocupa-se dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; e no artigo 11, aponta os atos de improbidade administrativa que aviltam contra os princípios da Administração Pública.²⁸⁰

Na visão do professor Marcondes, o legislador tencionou, na Lei 8.429/1992, exaurir a força normativa do conceito jurídico de improbidade. O texto literal abarca na tipificação das condutas ímprobas, condutas culposas e as condutas atentatórias aos princípios da Administração Pública, contudo, somente condutas desonestas admitem a qualificação de ímprobas. A desonestidade faz parte do núcleo essencial do vocábulo “improbidade”, inscrito no inciso V do art. 15 e no § 4º do art. 37, ambos da CF de 1988.²⁸¹

Na interpretação do doutor Antônio José de Mattos Neto, a lei 8.429/92 é provida de conceitos indeterminados e ambíguos para cuja avaliação teleológica da norma exige do intérprete a incessante busca de protótipos como os princípios gerais da administração pública. Há que se verificar que, a Lei 8429/92 criou o, que se pode dizer, tipo administrativo ou tipo de improbidade.²⁸²

Por sua vez, no artigo “Improbidade Administrativa de Dirigente de empresa estatal”, os autores Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara afirmam que a Lei 8.429, de 02/6/1992 prevê as consequências do ato de improbidade, mas, o conceito genérico de ato de improbidade administrativa não se faz exato, por isso, a referida noção há que ser retirada da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, cujo ponto de partida deve ser o texto constitucional.²⁸³

²⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.1023.

²⁸¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 641-642.

²⁸² MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

²⁸³ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Improbidade administrativa de dirigente de empresa estatal. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.128-130.

No mesmo sentido, a professora Lúcia do Valle Figueiredo afirma que, a lei instituiu três classes diferentes de ato de improbidade, contudo, sem defini-la. Para a doutrinadora, todas são bastante amplas.²⁸⁴

Na visão do professor Mattos Neto, o texto legal peca por falha técnica, ao confundir os princípios de imparcialidade e legalidade com os deveres funcionais de honestidade e lealdade. Registre-se que o pecado técnico é tanto maior quando se observa que a própria lei, no seu artigo 4, reconhece explicitamente a legalidade e a impessoalidade como princípios vetores da administração pública.²⁸⁵

A Lei Complementar nº 157, de 29-12-16, remodelou a Lei 8.429/92, para antecipar mais uma circunstância de ato de improbidade administrativa, no artigo 10-A, qual seja, os atos de improbidade administrativa originários de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.²⁸⁶

Seguindo cada artigo, a lei traz um rol de situações em que as respectivas hipóteses de improbidade estariam notadamente configuradas. A dúvida que a norma propõe, segundo os doutrinadores Sundfeld e Câmara, é a de saber se os incisos que completam os referidos artigos constituem, por si sós, tipos completos e autônomos de improbidade administrativa, ou, se eles só se perfazem com a conjunção de outras circunstâncias exteriores contidas no caput dos artigos ou no próprio conceito de improbidade administrativa, extraído do ordenamento.²⁸⁷

O artigo 6º da Lei nº 8.249/92 em relação à Administração Pública, dispõe que, o agente público faltoso ou o terceiro beneficiário será sancionado com a perda dos bens acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio e, além disso, tal perda é um dos efeitos da condenação penal (CP, Art. 91).²⁸⁸

²⁸⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Improbidade Administrativa: Algumas Considerações nos Aditamentos Contratuais Inválidos. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.374-375.

²⁸⁵ MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

²⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.1023.

²⁸⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Improbidade administrativa de dirigente de empresa estatal. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.131-133.

²⁸⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 1995, p.48-59.

Pelo enunciado dos artigos. 9º, 10 e 11, configuram atos de improbidade os atos dos agentes públicos os que resultem enriquecimento ilícito, que ocasionem prejuízo ao Erário e que ofendam os princípios da Administração Pública.²⁸⁹

Na visão de Sundfeld e Câmara, quanto aos dois primeiros tipos, sua aplicação está adstrita, além de à improbidade em si, a condicionantes mais objetivas: haver um enriquecimento ilícito e haver prejuízo ao erário. O ponto comum que os une, na opinião dos autores, é que todos demandam a prática de um ato de improbidade.²⁹⁰

Nas palavras de Marcelo Figueiredo:

Infere-se do art. 9º da Lei nº 8.249/92 e constitui ato de improbidade administrativa, importando enriquecimento ilícito ou sem causa, auferir o agente público qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida, em razão do exercício do cargo, mandato, função ou emprego.²⁹¹

No entender de Ricardo Marcondes, o inciso VII do art. 9º da Lei 8.429/1992, ao contrário do espírito da lei, essa regra não configura banalização da improbidade administrativa e tipifica uma presunção legal relativa, importando clara inversão do ônus da prova.²⁹²

Para a professora Lúcia Vale Figueiredo, a conduta dolosa do agente público, para se enquadrar no art. 9º (enriquecimento ilícito), será sempre dolosa e, mais ainda, pensa ser impossível imaginar-se enriquecimento ilícito sem dolo.²⁹³

Nesta linha de pensamento, Sundfeld e Câmara, afirmam que o preceito apresenta hipótese completa do tipo “improbidade administrativa que importa

²⁸⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 641-642.

²⁹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Improbidade administrativa de dirigente de empresa estatal. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

²⁹¹ FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 1995, p.38-39.

²⁹² “Adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”. (MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 641-642).

²⁹³ Receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenham interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público. (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Improbidade administrativa de dirigente de empresa estatal. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 131).

enriquecimento ilícito”; pois, receber vantagens de terceiros para fazer ou deixar de fazer algo de sua competência, é ato frontalmente contrário à moral administrativa e propicia, ao mesmo tempo, enriquecimento ilícito do agente público infrator.²⁹⁴

Segundo o art. 9º, caput, há o enriquecimento ilícito quando o agente auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão de seu vínculo com a administração pública. O professor Mattos Netto alerta que, a expressão “lei da vantagem patrimonial” não significa, tão só, a natureza econômica, mas se refere, além disso, a semblantes da moralidade administrativa, no sentido ético ao se analisar a licitude da conduta.²⁹⁵

Em seu entendimento, no art. 9º, a lei enumera doze incisos que capitulam específicas maneiras de enriquecimento ilícito. Chama atenção a prevista no inciso VII, onde se evidencia o aumento patrimonial injustificado, em que há dissonância entre as rendas e rendimentos auferidos pelo agente público e sua respectiva capacidade de adquirir bens.²⁹⁶

Para a professora Lúcia Vale Figueiredo, o enriquecimento ilícito tem feição clara. Caso não se aceite ter havido superfaturamento ou qualquer ato de corrupção por parte dos agentes públicos, não se poderá cogitar da prática dolosa de ato de improbidade administrativa.²⁹⁷

Na verdade, no entendimento da professora, não se poderá falar em enriquecimento ilícito sem qualquer prova ou, pelo menos, qualquer configuração mais nítida que possa induzir à existência de tal figura jurídica.²⁹⁸

O professor Ricardo Marcondes elaborou uma viva e profunda análise deste dispositivo. Afirmo o mestre que, ao se imputar ao réu o dever de provar a licitude,

²⁹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Improbidade administrativa de dirigente de empresa estatal. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.131.

²⁹⁵ MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

²⁹⁶ MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

²⁹⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Improbidade Administrativa: Algumas Considerações nos Aditamentos Contratuais Inválidos. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 374-375.

²⁹⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Improbidade Administrativa: Algumas Considerações nos Aditamentos Contratuais Inválidos. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 374-375.

há autêntica inversão do ônus da prova. No disposto do inciso VII do art. 9º da Lei 8.429/1992, o autor deve provar o enriquecimento e a desproporção entre este e a remuneração do agente; se provados esses dois fatos e não houver prova da licitude do enriquecimento, a ação de improbidade deve ser julgada procedente.

No entender do professor, o sistema não exige a prova da ilicitude. O ônus da prova da licitude do enriquecimento, cabe ao réu. No caso, consoante entendimento do professor Marcondes, é mais fácil para o agente provar que o enriquecimento é lícito, do que para o Estado provar que o enriquecimento é ilícito.²⁹⁹

Lúcia Vale Figueiredo vê, no artigo 10, a culpa no seu sentido lídimo, de descaso, de desatenção, de despreparo, conduta que escaparia dos padrões normais de comportamento do homem médio. Por sua vez, no artigo 11, a professora acredita que a conduta deverá ser necessariamente dolosa.³⁰⁰

O professor Mattos Netto analisa a outra acepção de atos de improbidade como os que causam prejuízo ao erário público capituladas no artigo 10 e seus treze incisos. Em seu pensamento, o caput do dispositivo consigna como ato de improbidade o que resulta prejudicial ao erário, quando o sujeito, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, causa perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento por desaviso ou negligência, ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades públicas.³⁰¹

Examinando o que denomina “a terceira classe de improbidade”, o professor Mattos Neto vê correspondência com os atos que atentam contra os princípios da administração pública. O artigo 11 da lei em apreço estatui que, consiste improbidade atentatória aos princípios regentes da administração pública qualquer

²⁹⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 646-647.

³⁰⁰ Receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenham interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público. (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Improbidade Administrativa: Algumas Considerações nos Aditamentos Contratuais Inválidos. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 131).

³⁰¹ MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade ao interesse público.³⁰²

A simples ação em desacordo com a lei, no entender do professor, não implica atuação ímproba. Pela amplitude do artigo 11, pode levar, numa primeira análise, à impressão de que todo e qualquer ato nulo, haja vista que, por ser contrário ao princípio da legalidade seria um ato de improbidade administrativa.³⁰³

Na mesma linha de raciocínio, os professores Sundfeld e Arruda Câmara afirmam que essa interpretação conduz a situações absurdas. Pode-se lembrar, na visão dos mestres, que o uso pelo administrador da competência de anular seus próprios atos poderia ocasionar a confissão de conduta de improbidade, sujeita às gravíssimas penas da Lei 8.429/1992. Por conseguinte, isso, na prática, eliminaria a possibilidade de o administrador atuar como revisor de seus próprios atos, uma vez que, os pedidos de reconsideração baseados em questões de legalidade seriam ineficientes.³⁰⁴

Em verdade, no entendimento dos professores, quando o artigo 11 da Lei 8.429/1992 prevê a ofensa ao princípio da legalidade, como hipótese de conduta ímproba, não se referiu à prática de qualquer ato ilegal, mas a uma espécie deles. O tipo descrito se dirige contra os atos intencionalmente ilegais.³⁰⁵

Na interpretação da professora Maria Helena Diniz, o agente público que receber propina para praticar qualquer ato arrolado nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei Nº 8.249/92 será responsabilizado civilmente por lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa. Quanto à estipulação das demais penalidades, previstas no art. 12 da referida Lei, dependerá da modalidade do ato que levou a efeito, caso importe enriquecimento ilícito, ou, viole princípios da administração

³⁰² MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

³⁰³ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Improbidade administrativa de dirigente de empresa estatal. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.131-134.

³⁰⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Improbidade administrativa de dirigente de empresa estatal. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.131-134.

³⁰⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Improbidade administrativa de dirigente de empresa estatal. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.131-134.

pública, ser-lhe-ão aplicados apenas se a sua conduta for dolosa e se causar lesão ao erário, se dolosa ou culposa.³⁰⁶

No dizer de Mattos Neto, a fim de que se possa fortalecer objetivamente o acréscimo patrimonial ilegal, a lei de improbidade, no artigo 13, vincula a posse e o exercício do agente público à apresentação de declaração, anualmente atualizada dos bens e valores que compõem seu patrimônio privado.³⁰⁷

Nesse sentido, a Lei n. 8.730/93 determina a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas, com indicação de suas fontes, para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.³⁰⁸

Consoante já indicado, os atos de improbidade estão expressos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, com alterações introduzidas pela Lei nº 13.019, de 31-7-14. Alguns deles podem ser equivalentes a crimes precisados na legislação penal e a infrações administrativas fixadas nos Estatutos dos Servidores Públicos.³⁰⁹

Mesmo que a autoridade administrativa represente ao Ministério Público, na forma dos artigos 7º, para reivindicar a indisponibilidade dos bens, e, 16º, para pleitear o sequestro de bens, não há que deixar de ser engendrado e ter tramitação normal o processo administrativo, visto que, ele se insere como expressão do poder disciplinar da Administração Pública, com a essência de poder-dever e, por conseguinte, irrenunciável.³¹⁰

Lúcia Valle Figueiredo, por sua vez, traz à baila o exame dos contratos administrativos pelos Tribunais de Contas. Em sua lição, esse exame se constitui em manifestação de concordância para que possam produzir ou continuar a produzir efeitos válidos. Trata-se, em seu entender, de homologação do ato administrativo em sentido lato anteriormente celebrado.³¹¹

³⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. Um breve estudo filosófico-jurídico sobre a natureza jurídica da propina. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). **Direito Administrativo e Constitucional** - Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 1997, p. 513-514.

³⁰⁷ MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

³⁰⁸ MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

³⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.1027-1029.

³¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.1027-1029.

³¹¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Improbidade Administrativa: Algumas Considerações nos Aditamentos Contratuais Inválidos. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de**

A eficácia desses contratos, na sua visão, deve estar sob condição resolutória. É dizer, se considerados ilegais, devem ser desfeitos, sobrestados, por isso mesmo, não pode ser determinada, desde logo, a quebra dos sigilos fiscal e bancário do agente administrativo "acusado" de improbidade caso não se indique a situação ilegal, quer pelo Tribunal de Contas, quer pelo Ministério Público, situação essa, cujo resultado, seja o enriquecimento ilícito.

Ainda, para a professora, caso a imputação seja danosa ao erário, é necessário ficar cabalmente provado, quer no Tribunal de Contas, quer na ação judicial, ter havido superfaturamento por parte da firma contratada, porque, se assim não for, antes, poder-se-á falar em violação aos princípios da Administração (art. 11 da Lei). A hipótese, então, é a do art. 11, e, não mais, do art. 10, com sanção diferenciada e configuração legal diversa.³¹²

➤ A Ação de Improbidade

Estabeleceu-se o entendimento, vastamente aplicado na prática, de que a ação judicial admissível para apurar e punir os atos de improbidade tem a natureza de ação civil pública.³¹³

A professora Maria Helena Diniz, por seu turno, nos ensina que, pode propor ação civil de improbidade administrativa tanto o órgão do Ministério Público, como a pessoa interessada, ou seja, o sujeito passivo mediato, que é o Estado, e, o imediato, que é a pessoa jurídica afetada pelo ato, dentre as arroladas no artigo primeiro e parágrafo único da Lei nº 8.429/92.³¹⁴

Por outro lado, qualquer cidadão é parte legítima para propor ação por improbidade administrativa, em conformidade com o que prevê a Constituição Federal de 88, em seu artigo 52, LXXIII, além do que dispõe o texto da LIA.

Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 372-375.

³¹² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Improbidade Administrativa: Algumas Considerações nos Aditamentos Contratuais Inválidos. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello.** São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.372-375.

³¹³ É sob essa forma que o Ministério Público tem proposto as ações de improbidade administrativa, com aceitação pela jurisprudência (cf. Alexandre de Moraes, 2000:330-331).

³¹⁴ DINIZ, Maria Helena. Um breve estudo filosófico-jurídico sobre a natureza jurídica da propina. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (Org.). **Direito Administrativo e Constitucional - Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba.** 2. ed. São Paulo, Malheiros, 1997, p. 513-514.

O julgado STJ - AgInt no AREsp: 731011 MG 2015/0146989-5, Relator: Ministro Sérgio Kukina³¹⁵, trata de ação de improbidade administrativa alegando propaganda governamental com objetivo promocional. Tal conduta fere o princípio da publicidade, estampado no artigo 37, parágrafo primeiro, do texto constitucional. Conforme o dispositivo:

Diante das premissas fáticas estabelecidas pelo Tribunal de origem, não há como se afastar a prática de improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei nº 8.429/1992. Ademais, a alteração das conclusões adotadas demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 3. Por fim, 'quanto à interposição pela alínea 'c', este Tribunal tem entendimento no sentido de que a incidência da Súmula 7/STJ impede o exame de dissídio jurisprudencial, uma vez que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto, com base na qual o Tribunal de origem deu solução à causa.

O julgado, portanto, dispõe sobre a violação do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa que dispõe sobre os princípios da Administração Pública. Como visto anteriormente, um dos princípios constitucionais violado foi, justamente, o da publicidade.

São inúmeras as lesões passíveis de serem classificadas como ato de improbidade do agente público. Na verdade, a Lei de Improbidade Administrativa, embora no entendimento de juristas de escol, lembrados neste trabalho, possua defeitos, trata-se de uma norma abrangente da condição do agente público em sua conduta. Ademais, em nosso entendimento, a norma é contemplativa de fatos que não deixam quaisquer margens de dúvidas no que diz respeito a serem contrários ao ordenamento jurídico e a bens jurídicos de elevado valor da Administração Pública.

³¹⁵ STJ - AgInt no AREsp: 731011 MG 2015/0146989-5, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Data de Julgamento: 15/03/2018, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 08/05/2018.

3 A LINDB E A RECONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) é norma jurídica que impacta as regras de direito público. Este trabalho intenta, em particular, as que cuidam da responsabilização dos agentes públicos, entre os quais, os que decidem ou emitem opiniões técnicas.

Conforme a própria ementa da norma propõe, o escopo geral da Lei 13.655/2018 é a gênese de um espaço de melhor segurança jurídica e eficiência no desempenho administrativo, em face, especialmente, da dura atuação dos órgãos de controle.³¹⁶

No meio das novidades trazidas pelo mencionado diploma, evidencia-se o artigo 28 da LINDB, que determina o que se segue: “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

O referido dispositivo do mandamento legal em questão atribui responsabilidade pessoal ao agente público em caso de dolo ou erro grosseiro. Semelhante responsabilização pessoal, contudo, não tira a responsabilidade do Estado por atos de seus agentes, conforme prevê o artigo 37, § 6º da Constituição.

Entretanto, muitas críticas despontaram quando de sua promulgação. Além do quê, algumas dúvidas prementes no que se refere à eficácia de seus dispositivos, em especial, o artigo 28.

O presente estudo propõe-se a esclarecer como o artigo 28 resguarda o administrador público que quer agir de forma ética e progressista, mas, nem sempre tem êxito com aquilo que propõe. Têm-se, aqui, o objetivo de vasculhar o sentido normativo do dispositivo, bem como, as fronteiras de sua aplicação e algumas de suas possibilidades. Além disso, pretende-se remover algumas interpretações confusas e esclarecer questões que afloraram a respeito do dispositivo em si.

³¹⁶ Seminário “**Impactos de Lei nº 13.655/18 no Direito Administrativo**”, realizado em Tiradentes, cidadezinha do Estado de Minas Gerais, no dia 14 de junho de 2019.

3.1 “O Apagão das Canetas”

O agente público, em cumprimento de sua função, faz presente o Estado (como foi visto no primeiro capítulo dessa obra) e, nessa situação, toma decisões. Um dos princípios do direito administrativo, implícitos constitucionalmente, é o da hierarquia. Semelhante princípio atesta atribuições diversas aos agentes públicos as quais cometem ações de tomada de decisões cujo âmbito maior se concentra nos altos escalões.

Não é difícil entender que um comandante em uma operação policial tem maior capacidade de decisão que o soldado que opera o comando. Assim, também, um delegado regional tributário possui maior número de atribuições decisivas que um agente fiscal que opera trabalhos fiscais em seu dia a dia na linha de frente com o contribuinte.

Entretanto, quanto maior a competência dada ao agente para decidir, maior sua responsabilidade nos resultados advindos dos labores executados.

No âmbito da Administração Pública, existem várias situações de tomada de decisão ao longo da cadeia hierárquica. Normalmente, um comando, antes de ser dado ao executor imediato da tarefa, parte do superior geral e, ao longo da cadeia hierárquica, é detalhado e aperfeiçoado. Em cada ponto da escala hierárquica, existe a tomada de decisão e, por conseguinte, a responsabilidade advinda. Portanto, tomar decisões é estar sujeito às responsabilidades oriundas de atos emanados pelo agente que efetuou, e, que tomou decisões. Tanto o agente que decide em maior escalão, como o operador imediato, tomam decisões e, portanto, ambos estão sujeitos às responsabilidades civil, administrativa e penal de seus atos.

Segundo os juristas Gustavo Binenboj e André Cirino, já se disse que a administração da instituição pública deveria ser resumida na aplicação mecânica da lei. Vinculados positivamente à lei formal, gestores públicos deveriam, simplesmente, dar materialidade à vontade legislada. O mundo da aplicação da lei de ofício, no entender dos juristas, é um lugar bastante confortável para o agente público, vez que, basta seguir o comando legal para se evitar problemas. O gestor que cumpre e faz atingir a lei é probo em qualquer cenário.³¹⁷

³¹⁷ BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

Como a atividade pública é austeramente regida por lei, e espelha um dos princípios basilares da administração pública, o da Legalidade, todas as operações emanadas do serviço público seguem rigidamente os comandos evidenciados na ordem normativa. Isso se processa nos mais variados escalões hierárquicos do serviço público. Todavia, a ideia de filiação rigorosa à vontade dos representantes do povo reunidos em assembleia mostrou-se, segundo o jurista, em alguns casos, fora de propósito.

Na visão de Binenboj e de Cirino, sabe-se hoje, que, administrar acarreta funções proativas de prestação de serviços públicos; compreende, ainda, considerações complexas a respeito de como regular os setores da economia, além de, circundar decisões difíceis em âmbitos deixados em aberto pelo legislador.

Contudo, no entender dos juristas, os órgãos de controle procuram o mundo da aplicação “*ex officio*” da lei. Na verdade, insistem em advogar que, basta ao administrador seguir o caminho dos comandos normativos, para que não seja punido. Esse administrador público é denominado “administrador médio”, segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Trata-se de um agente público que age diligentemente. Ainda que a aplicação da lei provoque algum juízo interpretativo, essa exegese, que é idêntica a dos órgãos de controle, pode ser mensurável de forma precisa por esse gestor.³¹⁸

Somente o administrador médio está cômodo e seguro na opinião dos juristas que advogam o sentido positivo da nova LINDB. Sem tal discernimento, no entanto, os incentivos ao administrador público que quiser ser honesto, serão de adoção de atitude estritamente burocrática, em sua pior conotação. Será um sujeito preso a ritos e precauções que tendem a gerar paralisia decisória. Trata-se o “apagão das canetas”.

Aqui, menciona-se o administrador que toma decisões como um verdadeiro gestor emanador de comandos autorizativos, proibitivos ou permissivos em seu âmbito de atuação, uma vez que, todos os setores públicos possuem seus gestores máximos. Entretanto, como dissemos acima, a tomada de decisão se esvai ao longo de toda a rede hierárquica do setor, uma vez que, atuar no setor público é tomar decisões.

³¹⁸ BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p.203-224, nov.2018.

Quando se discute a respeito de controle externo, não é novidade a quantidade destravada de ações civis públicas por prováveis atos de improbidade administrativa propostas pelo Ministério Público em desgraça dos administradores públicos, à base, sempre, de uma pressuposta ineficiência quanto à tomada de decisões. Foi visto anteriormente, no tema concernente à responsabilidade penal do agente público que a ação própria contra a improbidade administrativa é, justamente, a ação civil pública.

De igual feitio, os Tribunais de Contas, no afã de exercer um controle efetivo, ousaram não apenas aconselhar e controlar, mas se superpor mesmo ao gestor público, apenando os agentes públicos quando não existente uma concomitância de escolhas entre o encarregado da função administrativa e o controlador.

Isso gerou, no âmbito da administração pública brasileira, um receio em decidir. Explicando, na dúvida, melhor não decidir, ainda que a omissão se traduza em prejuízo ao interesse público. Esse estado de coisas teve, por conseguinte, reflexo em toda a administração pública ao longo de suas mais variadas hierarquias.

O julgado TCE-MG - INSPEÇÃO EXTRAORDINÁRIA: 741733, Relator: CONS. Gilberto Diniz³¹⁹, trata da visão jurídica a respeito dos conflitos entre o princípio da eficiência e dos demais princípios da Administração Pública.

Em seu dispositivo argumenta:

1. APÓS A REFORMA ADMINISTRATIVA DE 1998, TORNOU-SE IMPERIOSO RECONHECER, NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, A EFICIÊNCIA COMO VALOR A SER OBSERVADO PELO ADMINISTRADOR, QUE PRECISA EQUACIONAR, AO LADO DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE, DA MORALIDADE E DA PUBLICIDADE, O RACIOCÍNIO ACERCA DOS CUSTOS E DOS BENEFÍCIOS DE SUAS AÇÕES. 2. O AFASTAMENTO DE ANACRÔNICA VISÃO QUE REDUZ O DIREITO AO TEXTO DA LEI E QUE PERMITIU A COLOCAÇÃO DA EFICIÊNCIA NO ROL DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EXPLÍCITOS QUE REGULAM A ATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA PERMITIRÁ RECONHECER QUE A PERSECUÇÃO DO DANO, POR MEIO DO PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS, SERÁ DEMASIADO ONEROSA PARA OS

³¹⁹ TCE-MG - Inspeção Extraordinária: 741733, Relator: CONS. Gilberto Diniz, Data de Julgamento: 05/03/2015, Data de Publicação: 09/08/2017.

COFRES PÚBLICOS, EM CERTOS CASOS. NA PONDERAÇÃO ENTRE, DE UM LADO, O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E, DE OUTRO, OS PRINCÍPIOS DA PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PRIVADO E DA EFICIÊNCIA, HÁ SITUAÇÕES EM QUE O CUMPRIMENTO CEGO DA LEI DEVE CEDER DIANTE DE VALORES MAIORES. 3. HÁ SITUAÇÕES EM QUE, NA COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CITADOS, DEVERÁ O INTERPRETE IDENTIFICAR NA LEGALIDADE, SOBRETUDO QUANDO OCORRER TAMBÉM A VIOLAÇÃO À MORALIDADE, O LIMITE À APLICAÇÃO DE RACIOCÍNIO ESTRITAMENTE ECONÔMICO E, POR ISSO MESMO, INCOMPLETO, PORQUANTO QUE NÃO RECONHECE NO SEGUIMENTO DO FEITO ATÉ A DECISÃO FINAL, O INSTRUMENTO PEDAGÓGICO E MORALIZANTE QUE O PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL PODE SER.

Portanto, o julgado espelha uma visão dominante da época que, mesmo após a reforma administrativa de 1998, contrapunha o princípio da eficiência aos demais princípios constitucionais administrativos. O julgador, apesar de reconhecer que não se pode rigidamente se ater ao texto da lei em detrimento de maior eficiência da Administração Pública, afirma que esse princípio poderá acarretar maiores custos para a mesma Administração em detrimento de princípios como os da legalidade e da moralidade.

3.2 Argumentos favoráveis à alteração do contexto jurídico decisório do gestor público

Justificativas diversas e bem aquinhoadas de razão foram emitidas em favor da elaboração de norma legal que permita maior liberdade de ação em favor do agente público em sua liberdade de agir. Como veremos no item onde se menciona a respeito de, sobre quais seriam os agentes públicos a que a lei se refere, embora o mandamento legal refira-se a todos os agentes públicos, aqui, no contexto argumentativo em prol do gestor público, tem-se a noção clara de que os argumentos de defesa de vários juristas se dão em prol do agente público que toma decisões em esfera superior hierárquica.

No entender dos juristas Gustavo Binenboj e André Cirino, no texto “O Artigo 28 da LINDB A cláusula geral do erro administrativo”, o dispositivo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) ergue-se no cenário descrito no subitem anterior (O apagão das canetas). Necessitava-se, por conseguinte, atender

ao administrador que procura, sinceramente, bem administrar com inovação, mas tem receio de agir.³²⁰

O legislador necessitava lidar com o receio de qualquer espécie de criatividade administrativa, de não querer assumir a ameaça de erro. Com efeito, conforme os juristas afirmam no texto, o rigoroso sistema de controles administrativos, que nem sempre é eficaz para inibir casos graves de corrupção, acaba por desaconselhar ação daqueles que poderiam sugerir mudanças.³²¹

O artigo 28 da LINDB, conforme os juristas alegam, tem o intento de proteger o gestor com boas motivações, para que ele possa assumir o risco de decidir com tranquilidade. No entender dos juristas, do mau administrador continuam ocupando-se os inúmeros estatutos de controle da moralidade administrativa (Lei de Improbidade Administrativa, Lei Geral de Licitações, entre outras.) A LINDB, no seu artigo 28, quer tutelar o administrador com incentivos positivos de inovação no cuidado com a coisa pública.

Há uma visão elegante do administrador honesto e de boas intenções que tenta fazer uma boa administração pública. Esse administrador, movido não só pela ambição financeira e de poder, estaria repleto de ideias inovadoras que, poderiam melhorar o curso da administração pública no espaço em que tais gestores administram. Entretanto, devido a controles extremos, os gestores não podem desenvolver o que sabem e o que podem.

Caso contrário, na opinião dos juristas, o incentivo ao gestor é de obedecer a ritos sem se preocupar com as consequências. Num contexto, como o de nosso país, em que se brada por gestão mais eficiente, seria impossível desprezar um tratamento diferente ao erro e aos meios de controle. Dessa maneira, é impacto imediato do artigo 28 da LINDB a reconfiguração da noção de administrador médio.

Erros que não sejam grosseiros podem ser permitidos. Ainda que esse ponto exija avanço da jurisprudência e da doutrina na definição dos delineamentos desse

³²⁰ BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p.203-224, nov. 2018.

³²¹ BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p.203-224, nov. 2018.

denominado “administrador médio”, o fato é que já se tem, com o artigo 28, um progresso.³²²

A tutela do gestor honesto, conforme lição da jurista Juliana Bonarcosi, coopera para o experimentalismo administrativo, vez que, trata-se de critério alternativo ao protótipo de comando e de controle da gerência pública. Sua estrutura só é possível em um universo em que se conceda espaço ao engano. A autora, em seu ensaio, relata três fases de aprendizagem: na primeira, há o processo de aprendizagem, na segunda, existe o ajustamento decisório e, depois, há que existir a verificação da melhor posição institucional para decidir.³²³

É mais que hora de se aliar a moralidade com a eficiência. Isso pode ser difícil, mas, a cada crise enfrentada, a situação mostra-se mais premente.

No raciocínio de Binenboj e de Cirino, o administrador público precisa aprender errando, uma vez que, é apto a adequar escolhas e considerar redefinições institucionais. A visão é declaradamente pragmatista e presume a constante reanálise de suposições e avaliação das consequências. Entretanto, deve-se recomendar que a tolerância ao erro não pode significar complacência. Pode-se admitir a falha, mas, não, a desídia, o descuido e más gestões. O importante é sopesar o equívoco com os motivos e os cuidados que foram tomados.

Há muitos comandos legais que determinam o agir público. O direito administrativo é composto por um conjunto de normas contidas em diplomas legislativos esparsos, ou seja, não sistematizados em um código. Assim, ao agir, à autoridade pública compete a análise de incontáveis diplomas específicos os quais são editados pelas mais variadas esferas federadas.

O processo TC Nº 0700535-0 do tribunal de contas do Estado de Pernambuco,³²⁴ é elucidativo quanto à questão da dependência do gestor público no processo de tomada de decisões em relação aos órgãos de controle e à rígida estrutura da lei.

³²² BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p.203-224, nov. 2018.

³²³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Quem é o ‘administrador médio’ do TCU?** - LINDB exige que condutas sejam avaliadas a partir da realidade. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em: 27 nov. 2018.

³²⁴ Tribunal de contas do Estado de Pernambuco, na 33ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO REALIZADA EM 12/09/07, PROCESSO TC Nº 0700535-0.

Em seu preâmbulo enuncia: “A Decisão negou registro às admissões dos servidores listados nos Anexos I a IV do Relatório Preliminar, impondo multa ao recorrente, prefeito do Município na época do concurso e admissões”.

Como trecho da decisão, após várias considerações, assevera:

O gestor público, quando se coloca em tal ministério, deve padecer os ônus do seu cargo. Não há como vingar a mera asseveração de que não tinha conhecimento das irregularidades, que estava de boa-fé ou que fez o que estava ao seu alcance para depurar os fatos. A comissão do concurso responderá nas esferas penais e civis, mas o recorrente deve arcar como gestor, perante a esfera administrativa do Col. Tribunal de Contas.

Portanto, é uma questão indubitável que, em meio a uma legislação esparsa, abundante e, muitas vezes pouco elucidativa, o administrador que necessita por um lado resolver problemas urgentes ou realizar obras em direção ao progresso do espaço que administra, independentemente, de qual seja esse espaço, está sujeito a limites rígidos que se constituem muitas vezes em verdadeiras algemas legais.

Em síntese, a insegurança reinante na época afastava investidores das atividades econômicas, gerando consequências sociais graves. A nova redação da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, trouxe ao país maior expectativa no que se refere ao âmbito de responsabilidade aos atos do Poder Público e às relações entre a administração e o administrado, evitando medidas fora da realidade que, por vezes, nem são possíveis de cumprimento.

O artigo 28 da LINDB tem por escopo oferecer segurança jurídica ao agente público com boas justificativas, mas falível como qualquer pessoa.

De um lado, a responsabilização do agente público nos contextos de dolo e erro grosseiro tem o impacto de reprimir e desestimular os casos de corrupção, fraude e culpa grave. De outro lado, aceitar o erro, salvo quando grosseiro, faz sentido num regime jurídico que cogite viabilizar soluções inovadoras e impedir que as carreiras públicas se tornem ardis contra pessoas corretamente intencionadas.

3.3 Traços da Nova LINDB

A Lei 13.665/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nome da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, introduziu dez novos artigos e foi sancionada dia anterior à sua publicação.

Apesar de sua entrada discreta no campo das relações jurídicas, seus efeitos passaram a ser questionados de forma variada. Alguns artigos tiveram o desígnio de mudar o panorama jurídico a partir daquele momento.

Cultivando uma nova estrutura permissiva à tomada de decisões na área da administração pública, de maneira a evitar o “apagão das canetas”, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB - passou por cruciais modificações, já no ano de 2018, por intermédio das alterações promovidas pela lei 13.655/18, com a implantação de diversos dispositivos que permitem ao gestor a materialização das políticas públicas de forma mais segura e tendente à solidificação da eficiência no empreender o exercício da função administrativa.³²⁵

Na visão do professor Sérgio Ferraz, muitos de seus dispositivos, inseridos por meio de sua modificação, encastelam a administração pública quanto à tomada de decisões, permitindo maior segurança jurídica no obrar administrativo e evitando, por último, o afoito controle externo que costumava ocorrer em situações donde, por via de regra, não emergia sequer a possibilidade de se controlar.³²⁶

Entre os preceitos da nova lei, encontra-se o artigo 28, que estabelece que, o agente público deverá responder pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, ou seja, a norma consente maior

³²⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. **Consultor Jurídico – CONJUR**. 25 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto> Acesso em: 16 dez. 2018.

³²⁶ FERRAZ, Sérgio; SAAD, Amauri Feres. **Autorização de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2018. São contundentes quanto à categorização da Administração Pública eficiente. “(...) o núcleo hoje inegável do direito administrativo repousa no cultivo ao conceito de eficiência. Há que se olhar até com piedade a opinião dos primeiros e apressados glosadores (ou, melhor, autênticos “gozadores”) que, atordoados com a inserção na Constituição do princípio da eficiência, se dedicaram a negar sua relevância e compostura jurídica e a pregar fosse ele ignorado até pelos juristas (à semelhança do que antes intentado relativamente ao princípio da moralidade). Negação cega e estulta (do mesmo quilate da negação à imperatividade, em nosso constitucionalismo, do princípio da subsidiariedade). A busca da eficiência é a busca da própria razão de ser do direito administrativo; e tão dramática é essa constatação, que na referida obra coletiva, supracitada, chegamos, mesmo, a afirmar que eficiência é o nome que hoje poderíamos dar ao próprio direito administrativo. (...). Analogicamente, diremos: ao direito administrativo da função administrativa, ao direito administrativo do ato administrativo, ao direito administrativo da coparticipação, segue-se, e hoje prepondera, o direito administrativo da eficiência (e, pois, o direito administrativo do controle)”.

estabilidade para a prática dos atos administrativos, ao tirar do gestor, o temor imensurável quanto à tomada de decisões.

Nas palavras da professora Maria Sylvia Di Pietro:

O artigo 28 da LINDB contém importante norma sobre responsabilização dos agentes públicos pelas decisões ou opiniões técnicas que emitirem. Trata-se de norma limitadora dirigida aos órgãos de controle: eles somente podem responsabilizar pessoalmente o agente público se a decisão ou opinião técnica for emitida com dolo (intenção de praticar ato ilícito) ou erro grosseiro (que não admite qualquer dúvida sobre a sua ocorrência, como a aplicação de dispositivo legal já revogado ou decisão em afronta a súmula administrativa ou jurisprudencial de amplo conhecimento na esfera administrativa). O objetivo evidente da norma é o de impedir que os órgãos de controle responsabilizem os agentes públicos por decisões ou opiniões que sejam aceitáveis e defensáveis diante de divergências doutrinárias ou jurisprudenciais sobre a mesma matéria. A simples divergência de opinião em relação à adotada pelo órgão de controle não pode servir de fundamento para a responsabilização do agente público.³²⁷

No entanto, a ordem dada não decide a situação por completo, uma vez que, se limita ao seu próprio *caput*, sem que esclareça o que se deve entender por erro grosseiro.

O conceito de dolo já se faz mais assimilável na prática, o erro grosseiro, por oposto, necessita de maior esclarecimento, sob pena de cair num rodeio anguloso, o chamado conceito jurídico indeterminado, justamente, o que a lei se propõe a evitar.

Existia, no original projeto de lei 7.448/17, a previsão de três parágrafos no artigo 28. Contudo, tal parágrafo foi vetado, e, nas razões do veto, consta que a busca pela pacificação de compreensões é essencial para a segurança jurídica.³²⁸

O dispositivo colocado admite a desconsideração de responsabilidade do agente público por decisão ou opinião com base em interpretação jurisprudencial ou doutrinária não acomodada ou mesmo minoritária. Deste modo, a proposta

³²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.90-91.

³²⁸ O § 1º guardava a seguinte redação: “Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião fundamentada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não serenadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser a posteriori aceita por órgãos de controle ou judiciais”

Os parágrafos segundo e terceiro, apesar de importantes, não possuem relevância para a presente discussão, razão pela qual não são citados.

atribui discricionariedade ao administrado em agir com base em sua própria certeza, o que se traduz em insegurança jurídica.

De tal modo, sobrou ao artigo 28 tão somente a redação do *caput*, que é genérica e, de conteúdo juridicamente indefinido. Existem, no entanto, casos em que se nota, facilmente, que o agente público poderia ter agido com mais perspicácia, não incidindo em erro grosseiro ou, até mesmo dolo.

Existem circunstâncias que são impassíveis de dúvidas, e que não provocam qualquer discussão jurídica. Por exemplo, um auto de infração de imposição de multas lavrado em face de uma empresa tendo por base, apenas, o plano de trabalho e os relatórios informatizados de arrecadação setorial na qual esteja inserida aquela entidade, mas, que não apresenta provas concretas da sonegação por parte daquele contribuinte específico, tais como, cópias de livros e documentos fiscais. Tal ato administrativo tributário contém erro que pode ter uma presunção *iuris tantum* de “grosseiro”, pois, improvavelmente, o encarregado da feitura do AIIM investigou todos os pontos do trabalho, baseando-se em inferências estatísticas que, embora, por vezes, verídicas, não possuem o condão de provas cabais.

No entanto, na opinião do jurista André Carvalho, ao se refletir a imprecisão do termo “erro grosseiro”, a lei, no que diz respeito ao seu sentido, volta ao ponto de partida, e, aqui, se desponta a dúvida de ser cabível aos órgãos de controle definir, quanto à possibilidade de ser ou não suscetível de responsabilização pessoal, a ação do agente público, uma vez que, a imprecisão do termo conduz ao controle casual, desatento de qualquer conteúdo objetivo e, mais que isso, aumentando, sem qualquer obstáculo, a insegurança jurídica.³²⁹

A fim de regulamentar o alcance da norma, os ministros do Tribunal de Contas da União apresentaram versões diferentes a respeito do que representa a suposta grosseria do erro.³³⁰ A inclusão, no texto legal, de que o agente responde

³²⁹ CARVALHO, André Castro. Pele em jogo: a LINDB e as assimetrias ocultas no cotidiano do administrador público brasileiro. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro anotada**. São Paulo: Quartier Latin. 2019, Vol. II, p. 443.

³³⁰ “Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro (art. 28 do decreto-lei 4.657/42 – LINDB) o descumprimento de normativo da entidade pelo gestor, especialmente o que resultar em danos materialmente relevantes.” (Acórdão 2677/18 julgado em 21 de nov. de 2018. Relator: min. Benjamin Zymler).

“O erro grosseiro a que alude o art. 28 do decreto-lei 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela lei 13.655/18, fica configurado quando a conduta do agente público

pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas nos casos de dolo ou erro grosseiro forja a conclusão de que não pode existir uma implicação de responsabilidade caótica, mas, apenas, nos casos previstos na lei, expressamente, dolo e erro grosseiro.

Não obstante, a inexatidão jurídica dos termos utilizados pela LINDB, designadamente, “erro grosseiro”, o seu artigo 28 pode funcionar como um ícone, afastando a incontornável guerra renhida pelos órgãos de controle junto ao exercente da função administrativa, e, permitir maior eficiência na gestão pública, uma vez que, dirimida a inércia do agente público em decidir.

No entanto, para que isso possa, efetivamente, ocorrer de modo uniforme, é justo que a interpretação dada pelos órgãos de controle harmonize-se com a inteligência da norma, e, que seja uma porta aberta para ação do administrador público. Assim, faz-se necessário que haja moderação para a devida aplicação da norma, pois, do contrário, com a banalização da expressão “erro grosseiro”, apenas incentiva-se o citado “apagão das canetas”.

A seguir, passamos a discutir algumas questões polêmicas a respeito do artigo 28 da LINDB e que também são traços da nova LINDB.

3.3.1 A Reconfiguração da Responsabilidade do Agente Público: Questões Polêmicas a respeito do Artigo 28 da LINDB

Como mencionado no subcapítulo anterior, a publicação da lei 13.665, de 25 de abril de 2018, trouxe alterações ao decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (LINDB), por meio da inserção de dez novos artigos, os quais tencionaram garantir maior segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. A lei em epígrafe foi regulamentada, finalmente, por meio do Decreto 9.830/19 de 10 de junho de 2019.

A alteração do texto original da LINDB tornou-se alvo de diversas críticas, na medida em que, órgãos controladores, tal como o TCU, reputaram-na como meio facilitador de possível debilitação do controle da Administração Pública. Todavia,

se distancia daquela que seria esperada do administrador médio, avaliada no caso concreto.” (Acórdão 2860/18 julgado em 5 de dez. de 2018. Relator: min. Augusto Sherman).

“Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, erro grosseiro (art. 28 do decreto-lei 4.657/42 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) é o que decorreu de grave inobservância do dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.” (Acórdão 2924/18 julgado em 12 de dez. de 2018. Relator: min. José Mucio Monteiro).

em contraposição, foi amplamente difundida a ideia de que o instrumento normativo veio a conceder maior confiança ao gestor público de boa-fé, que, muitas vezes, deixa de agir em prol de inovações, por arreçar sua responsabilização pessoal, em função de mero entendimento diverso do controlador.

Esse trabalho pretende ser isento de apoio a um ou a outro lado da questão. Houve muitas críticas ao novo texto da LINDB, críticas, às quais, nós não concordamos em seu inteiro teor e, expomos nosso ponto de vista adiante. Entretanto, não se pode perder de vista que, num país como o nosso, faz-se imprescindível a atuação vigilante dos órgãos de controle.

Algumas das questões que foram manifestadas dizem respeito ao artigo 28. Semelhantes dúvidas despontaram, inclusive, como formas de críticas viris, mas, afiguram-se improcedentes na visão de doutrinadores de escol e operadores do direito que possuem muita propriedade e discernimento na análise da novidade jurídica.

Antes de sua sanção, muitas vozes do mundo jurídico levantaram-se arguindo legitimidade da nova lei.³³¹ Aqui, pretende-se explanar a respeito desses quesitos.

✓ Há Vício de Inconstitucionalidade no Dispositivo Legal?

A primeira questão que se manifesta como crítica, procura sustentar a realidade de um vício de inconstitucionalidade no dispositivo legal, que acontece por força de presumida incompatibilidade com o artigo 37, parágrafo sexto da Constituição da República.³³²

³³¹ A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), a Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT), entidades representativas dos interesses da Magistratura do Trabalho, Magistratura Federal, Procuradores Federais, Ministério Público e Auditores Fiscais do Trabalho, de âmbito nacional. Também o Ministério Público se levantou e o Tribunal de Contas da União foi autor de outro número de críticas.

No que se refere especificamente ao artigo 28 do texto legal, afirmou o TCU que o texto libera o agente de responsabilização em caso de negligência, imprudência e imperícia.

³³² BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

Como visto exhaustivamente no capítulo segundo desse texto, o preceito constitucional em questão trata da responsabilidade objetiva do Estado e do direito de regresso que, tem a pessoa jurídica de direito público, ou, quem lhe faça a vez, de acionar o agente público culpado em caso de que haja prova de culpa ou dolo de sua conduta.

A Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União, em declaração lavrada no curso da tramitação do PL n. 7.448/2017, percorre o caminho argumentativo de que o dispositivo constitucional, ao referenciar a culpa, ao lado do dolo, como causas desencadeadoras do direito de regresso da Administração Pública contra o seu agente, seria não compatível com a norma legal que prevê somente o erro grosseiro, ao lado do dolo, como origem de responsabilização.

Segundo os juristas Gustavo Binenboj e André Cirino, o argumento se estabelece na premissa de que, culpa e erro grosseiro seriam conceitos jurídicos incongruentes, como se a adoção de um importasse a exclusão do outro, por total incompatibilidade.³³³

No entanto, conforme o raciocínio de ambos, o erro passível de responsabilização no costume jurídico brasileiro pressupõe a ocorrência de culpa, na visão do jurista. Aquele que se engana, na linha de princípio, teria agido de modo diverso, caso soubesse da realidade. Por conseguinte, o caminho é o de que o engano em sua pura configuração deve ser relevado. Só não existirá indulgência se houver culpa. Nesse sentido, arredado de erro e culpa serem conceitos apartados, no que se alega a possibilidade de responsabilização pessoal, tem-se que são conceitos análogos.³³⁴

Concordamos com os juristas. Uma vez que, normalmente, ninguém em circunstância alguma deseja errar. Caso uma pessoa cometa uma ação de modo equivocado, há de ser em virtude de algumas das circunstâncias já explicitadas anteriormente, as quais remetem aos conceitos de negligência, imperícia ou imprudência. No mais das vezes, na pressa de executar um trabalho, o agente esquece um detalhe importante. Não fosse assim, somente se poderia dizer que é

³³³ BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

³³⁴ BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

caso de dolo. Ora, dolo não é culpa. Uma pessoa de inteligência média não erra querendo errar: erra querendo acertar.

Em segundo lugar, com vista no artigo 37, parágrafo sexto, no entendimento dos juristas citados, verifica-se que o constituinte adotou um conceito dilatado ao se referir à culpa, mas, não fechou questão sobre o grau ou, veemência de sua incidência para a configuração de responsabilidade do agente público. Faz-se evidente que não existe uma vedação constitucional a que o legislador democrático saliente o conceito de culpa ou, adote certa modalidade ou intensidade para que a responsabilidade se mantenha configurada.

Concluem os juristas que, isso é um corolário da abertura semântica do termo e um ditame de criação democrática do sentido das normas constitucionais ao longo do tempo. Não há como pretender congelar um conceito característico de culpa, apenas, por desejo da doutrina, dificultando sua regulamentação legal dentro de certas guias semânticas.³³⁵

Uma vez que, as palavras, por vezes, não possuem o condão de serem suficientemente, elucidativas, conceitos, e, expressões podem e devem ser revistos ao longo do tempo, conforme o que se apresente no contexto jurídico social em determinado momento. Uma vez que, o legislador é incumbido de tecer a lei, há que ter a prerrogativa de rever um conceito no momento em que regulamenta uma lei ou mesmo a elabora.

A adoção da classe de “erro grosseiro” parece uma lícita opção legislativa, que respeita os limites de livre composição estabelecidos pelo constituinte. Para Binenboj e Cirino, o erro grosseiro é um código peremptório que exprime como a culpa deve ser estimada para que o agente público possa ser responsabilizado.

Isso, na opinião dos juristas, atende a objetivos síncronos que o legislador pretendeu harmonizar ao fazer a sua escolha: de um lado, a punição aos casos de negligência, imprudência e imperícia graves, e, de outro lado, a ascensão da segurança jurídica e, de certa abertura empírica a soluções inovadoras pelo agente público que se mantiver no limite entre os deveres de prudência e renovação, sem transbordar para os extremos.

³³⁵ BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

O artigo 143 do Código de Processo Civil também regimentou as hipóteses de responsabilização pessoal da judicatura.³³⁶

No momento em que o inciso I se refere a hipóteses de dolo ou fraude, o inciso II, adicionado pelo parágrafo único, impõe condições a fim de que a conduta culposa do magistrado produza sua responsabilização. Proferido de outra maneira, não é qualquer recusa, omissão ou retardamento culposos de cautelas pelo juiz que serão aptos a gerar a sua responsabilização, mas, tão somente, os casos em que a culpa seja avaliada pelas conjecturas do parágrafo único, cujas feições apontarem a exigência de maior graveza.

O legislador buscou, no entender de Binenboj e de Cirino, reprimir atitudes dolosas, fraudulentas e aquelas eivadas de culpa grave, como condição de reprimir atos e omissões indesejáveis, mantendo o espaço de livre convencimento do juiz.³³⁷

Em um e outro caso, tanto do artigo 28 da LINDB, como o do artigo 143 do CPC, o que se vê, no entender do jurista, é a tentativa de se erigir certa construção institucional, na qual, o agente público não se torne cativo de órgãos de controle que, pelo manejo de um conceito amplo de culpa, consigam, em verdade, influenciar, interferir ou, mesmo, precisar o conteúdo dos atos de competência dos agentes controlados.³³⁸

Existem duas consequências não desejáveis, na visão dos juristas citados, advindas do temor por parte dos agentes públicos, sobretudo, quando sujeitos a elevado grau de segurança jurídica na atividade dos órgãos de controle: a primeira diz respeito à inibição de qualquer ânimo inovador (conforme já descrito, anteriormente, no subitem do “apagão das canetas”) e a segunda é a subserviência institucional às orientações dos controladores.

Ambas as consequências são nefastas à Administração Pública e, por efeito, à toda coletividade. Não há inovação, não há progresso por um lado e, por outro,

³³⁶ Art. 143. O juiz responderá civil e regressivamente, por perdas e danos quando:

I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II- recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias.

³³⁷ BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

³³⁸ BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

incha-se de poder o órgão controlador que, por sua vez, também tende a não evoluir.

✓ **A Nova Lei refere-se a todos os agentes públicos que se acham acolhidos em seu conceito legal ou, a regra refere-se apenas, a Agentes Públicos Específicos?**

No primeiro capítulo, foi apresentado o conceito de agente público bem fundamentado nas lições dos eminentes doutrinadores Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Di Pietro. Vimos que se trata de concepção abrangente de pessoas que, em determinada ocasião, e, lugar, prestam serviços incorporando a si o Estado.

Preliminarmente, o texto da LINDB refere-se ao agente público. Assim, são abrangidos pela expressão legal os servidores públicos estatutários em geral, os empregados públicos, os contratados no regime da CLT, além de agentes políticos e comissionados. Deve ser, da mesma forma, incluída no conceito de agente do artigo 28, qualquer pessoa que exerça função pública, mesmo que de modo temporário, tais como os particulares em colaboração com o poder público, ou, mesmo, os contratados na forma do artigo 37, IX da Constituição Federal, além do que, gerencie recursos públicos por meio de delegação, ou, por algum tipo de subvenção.³³⁹

Dito de outra forma, o agente público da LINDB é o protagonista descrito na Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), consoante seus artigos primeiro e segundo. A leitura alargada se funda pela racionalidade da norma do artigo 28: proteção do sujeito que trata com o bem público e corre os riscos típicos daí advindos, tais como, ser alvo de uma ação de improbidade administrativa.

Na verdade, exercer o serviço público é tomar decisão. Decide, por exemplo, o Presidente da República ao nomear, entre outros agentes, o ministro da saúde, da educação e da justiça. Mas, também, o agente de saúde de um hospital de campanha ao dar alta médica hospitalar a um paciente recuperado de covid-19, também, está decidindo. Ou, mesmo, um professor da rede pública de ensino, ao

³³⁹ BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p.203-224, nov. 2018.

liberar um aluno de fazer prova em determinado dia, ou, um policial militar, ao abordar um suspeito em via pública.

Quando tais agentes públicos decidem, eles se reportam a seus conhecimentos técnicos, e, também, fundamentam-se em procedimentos legais a que estão sujeitos de modo a bem exercer seu ofício. Não se reportam, por certo, na imensa maioria das vezes, a um superior de alto escalão. Por exemplo, um agente fiscal de rendas para autuar um contribuinte, certamente, não irá aguardar permissão do Secretário da Fazenda e Planejamento.

No que concerne ao alcance subjetivo da norma, no entanto, ela não se aplica a todo e qualquer agente público, mas, àqueles com alçada para decidir, ou, emitir opiniões com base em critérios técnicos. Por exemplo, um consultor tributário, que emite um parecer em consulta realizada por um contribuinte pessoa jurídica a respeito de interpretação a ser dada a uma Decisão Normativa tributária do ICMS, a partir dos critérios estabelecidos na Lei 6.374/1989, ou, ainda, de um agente político municipal, que decide remover um servidor, fundando-se no artigo 36 da Lei Federal 8.112/1990. A esses agentes públicos a norma do artigo 28 foi elaborada.³⁴⁰

No entanto, o artigo 28 da LINDB não terá aplicação a todos os atos praticados por tais agentes públicos. Destarte, é o artigo 28 aplicado àqueles que decidem ou emitem opiniões técnicas e, com elas, causam prejuízos à Administração Pública, imbuídos de vontade e consciência para a feitura do ato e obtenção do resultado danoso (dolo), ou, quando agem com erro grosseiro.³⁴¹

A incidência da norma está restrita às decisões e opiniões adotadas com base em critérios técnicos, o que subentende alguma liberdade de decisão.

Por conseguinte, caso tais agentes públicos concretizem alguma ilicitude no exercício de poder administrativo vinculado, o artigo 28 da LINDB não terá incidência. Então, a responsabilização em caso de conduta culposa, exigirá, apenas, a prova da culpa simples (*grave, leve ou levíssima*).

³⁴⁰ Nesse sentido, inclusive, há precedentes na jurisprudência tanto do STF (MS 24631, rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, j. 09.08.2007), quanto do STJ (REsp 1183504/DF, 2ª Turma, rel. Ministro Humberto Martins, DJe de 17/06/2010; REsp n. 1.454.640 – ES, 1ª Turma, j. 15.10.2015).

³⁴¹ “Que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave” (TCU, acórdão 2391/18 – Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, data da sessão: 17/10/18).

O julgado TJ-GO - APL: 00984303520128090100, Relator: Carlos Hipólito Escher³⁴², é elucidativo no que diz respeito ao preceito da LINDB referir-se, apenas, a decisões e opiniões adotadas com base em critérios técnicos. Trata-se de ação civil de improbidade administrativa movida com fundamento no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, em violação de princípio administrativo.

No dispositivo afigura-se a causa do não acolhimento dos embargos de Declaração em Agravo Interno em Apelação Cível:

2. Uma vez não verificado erro grosseiro na conduta do embargante/apelante, à época Secretário Municipal do Meio Ambiente de Luziânia, em não ter fiscalizado seus subordinados acerca do processamento dos feitos administrativos em trâmite naquela municipalidade, dada a dinâmica de trabalho de uma Secretaria, e as inúmeras atividades de um gestor público, tornando impossível que tivesse um controle individual sobre o serviço a ser executado por cada subordinado, deve ser exercido o juízo de retratação, para adequar o decisum fustigado ao entendimento do STJ.

✓ **A Norma atinge todas as espécies de decisões e de opiniões técnicas?**

O artigo 28 dispõe, igualmente, a respeito da responsabilidade pessoal do agente tanto por atos decisórios, quanto por orientações. A cobertura da norma, portanto, vai da contribuição do técnico que indica, com base em seu conhecimento e experiência, para fins de cálculo de pagamento de impostos, ou, parecer de médico do INSS para fins de auferir benefício de aposentadoria junto ao órgão competente, até, a ação concreta que causa transformações na esfera jurídica.

A opinião técnica a que alude o preceito compreende pronunciamentos de advogados públicos no desempenho de atividade consultiva. A norma dirige-se ao parecerista e lida com o dilema relativo aos limites de sua responsabilização por suas opiniões jurídicas. Trata-se de questão longa, mas, recorrente, a qual foi, inicialmente, pacificada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Mandado de Segurança 24.073/DF, em 2002.³⁴³

³⁴² TJ-GO - APL: 00984303520128090100, Relator: Carlos Hipólito Escher, Data de Julgamento: 04/02/2020, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 04/02/2020.

³⁴³ Naquela época, a Corte precisou que só há responsabilidade pessoal do parecerista em casos extremos. No precedente, debateu-se o caso de advogado de empresa estatal que opinara em processo administrativo de contratação direta. O TCU tensionava responsabilizar o parecerista e o administrador público, solidariamente, em razão de contratação que teria sido impertinente, por inobservância das normas licitatórias.

Na opinião dos juristas André Cirino e Gustavo Binlenboj, de acordo com o artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, independentemente, do caráter de vínculo, ou, mesmo, de existir, ou, não, conteúdo decisório passível de ser extraído do parecer, apenas, existirá responsabilidade em caso de erro grosseiro ou, em caso de dolo.³⁴⁴

De fato, o artigo 28 refere-se a opiniões e decisões, de maneira que se torna indiferente o conhecimento da existência, ou, não, do caráter vinculante do parecer. Para os juristas, primordial é verificar se há dolo, ou, erro grosseiro. Poderá haver

Concluiu-se, por unanimidade, que a responsabilização precisava ser restringida às hipóteses de “erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo”.

Segundo o relator, como a discordância é natural ao direito, para responsabilizar o advogado que opinou sobre a ação administrativa, “é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável”.

O acórdão de 2002, ainda que categórico, não finalizou a questão.

Em 2007, em julgamento entabulado quatro anos antes, o STF, no MS n. 24584/DF, sob a relatoria do ministro Marco Aurélio Mello, deliberou por maioria que pode haver outras oportunidades, além de erro grosseiro e dolo, que levem à responsabilização do parecerista.

Trata-se dos casos que compreendem parecer obrigatório e vinculante. A hipótese posta a julgamento abarcava a pretensão de procuradores do INSS que sustentaram que não poderiam se entregar ao controle do TCU em razão de manifestação técnica requisitada na forma do artigo 38, VI e parágrafo único da Lei 8.666/93 (Lei Geral de Licitações- LGL), o qual exige a exteriorização de parecerista na fase interna do processo licitatório sobre o edital e os termos da contratação.

Como consta do voto do relator, o parecer jurídico do artigo 38 da LGL, seria obrigatório e com texto vinculante. Por isso, não ofereceria margem a resolução divergente pelo tomador da decisão. Tem-se mais que uma simples apreciação optativa pelo advogado público. Em outras palavras, o gestor está adstrito ao que disse o parecerista, de maneira que a decisão final também é de responsabilidade do prolator da opinião jurídica que, certamente por isso, é passível de inspeção pelos órgãos de controle. No mesmo julgamento de 2002, o ministro Joaquim Barbosa citou a doutrina francesa de René Chapus, amplamente acolhida pela literatura jurídica brasileira, para quem existiriam três espécies de pareceres: os facultativos, os obrigatórios e os vinculantes. Os primeiros, como o nome sugere, são opcionais e solicitados por conveniência e oportunidade da autoridade que pretende uma opinião de especialista. Os segundos são obrigatórios por determinação normativa e vinculam, em princípio, o administrador público. No entanto, caso o gestor pretenda executar ato em sentido diverso do que foi orientado e a questão for minimamente controvertida, carecerá de um novo parecer no sentido de sua decisão. Já no caso de parecer vinculante, o legislador teria estabelecido que a decisão administrativa estará positiva e insuperavelmente atada ao entendimento do parecerista. Tal seria o caso do parecer do artigo 38 da Lei n. 8.666/93, conforme o STF.

Em 2007, o STF, sob o Ministro Joaquim Barbosa, repisou o entendimento firmado no MS 24.584/DF, com o que elucidou a adoção da diferenciação entre pareceres facultativo, compulsório e vinculante, tendo-se que este último transporta à “efetiva partilha do poder decisório”. O caso concreto do MS de 2007, contudo, seria de parecer facultativo, o que possibilitou o deferimento da ordem e o abandono da tentativa de responsabilização dos pareceristas.

Casos mais hodiernos afastaram a possibilidade de punição do parecerista, mas ressaltaram, em linha com o MS 24.631/DF, que tal apartação de responsabilidade se daria tão só para os pareceres de caráter opinativo.

Em suma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal anui a responsabilização do parecerista caso houver erro grosseiro, dolo ou sua opinião tiver teor vinculante. Neste último caso, a responsabilidade haverá em razão de que, segundo a Corte, o parecerista seria uma espécie de corresponsável.

³⁴⁴ BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p.203-224, nov. 2018.

dolo, quando o gestor público atuar com propósito de consumir um ato contrário à Administração Pública. Ainda, o técnico, que deliberadamente recomende algo indevido.

A demonstração de ocorrência de dolo, por via normal, reflete uma fraude, e, pressupõe exame de elemento subjetivo, o que traz dificuldade probatória, e, por sua vez, dependerá de investigação cautelosa. Por outro lado, a ocorrência de erro grosseiro, embora sugira a interpretação de conceito jurídico indeterminado, provavelmente, é mais fácil de se verificar.

Nesse sentido, o julgado TRF-4 - AG: 50254065620184040000 5025406-56.2018.4.04.0000, Relator: Vivian Josete Pantaleão Caminha,³⁴⁵ aduz, claramente, o que foi dito acima, concernente a pronunciamentos de advogados públicos em atividade consultiva.

Em seu dispositivo:

1. É cediço na jurisprudência que a responsabilização de advogado público é admissível somente quando ele comete erro grave no desempenho de sua atividade profissional ou age, dolosamente, para viabilizar a prática de ato ilegal. E, mesmo quando o parecer jurídico integra a formação do ato administrativo tido por irregular (art. 38 da Lei n.º 8.666/1993), a sua força só será vinculante se a lei assim dispuser, impedindo a autoridade decisória de adotar outra conclusão. Vale dizer, a emissão de opinião técnica, sem caráter vinculante, por agente do corpo jurídico do ente público, não constitui, por si só, ato de improbidade administrativa, ainda que sirva de motivação da decisão da autoridade pública. Trata-se de atividade meramente consultiva, que reflete um juízo de valor, o ponto de vista do parecerista sobre a matéria submetida ao seu exame, sem ser impositivo para a autoridade que possui o poder decisório.

✓ Qual o sentido técnico da Expressão “Erro Grosseiro”?

Desde a introdução do presente trabalho, essa é a pergunta capital do texto em seu inteiro teor. Afinal, é questão que não quer calar e que demanda análise de juristas, sociólogos, filósofos, psicólogos e, talvez, de estudantes de outras ciências do saber humano. Entretanto, este é um trabalho jurídico. O sentido técnico apresentado da expressão em epígrafe há que se expressar juridicamente. Abaixo

³⁴⁵ TRF-4 - AG: 50254065620184040000 5025406-56.2018.4.04.0000, Relator: Vivian Josete Pantaleão Caminha, Data de Julgamento: 24/07/2019, Quarta Turma.

procuramos evidenciar opiniões de juristas e estudiosos da expressão em análise e dos problemas apresentados com a enunciação mostrada.

Inicialmente, há que se sustentar que, o fim do dispositivo da LINDB é confirmar a propícia segurança para que o agente público seja capaz de efetuar suas funções adequadamente. Quando se menciona o fator de adequação, quer-se, com isso, remeter à ideia de correção e, também, de autonomia, estando vinculado, apenas, ao disposto na ordem normativa.

Por isso, determina que ele só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões em caso de dolo ou erro grosseiro, o que abrange, por óbvio, situações de negligência grave, imprudência grave ou imperícia grave.

De mais a mais, a grande índole da prescrição legal é a de pacificar a discussão a respeito da inviabilidade, ou, não, de se responsabilizar advogados e procuradores por suas opiniões exaradas em processos administrativos. E, neste ponto, restou serenado pelo Supremo Tribunal Federal que, somente haverá responsabilização em caso de erro ou dolo grave.

Nesse sentido, o julgado STF - MS: 31815 DF - Distrito Federal 9985850-32.2012.1.00.0000, Relator: Min. Rosa Weber³⁴⁶, em um trecho que reproduz exatamente o que foi anotado acima:

[...] Em suma, ao contrário do que tentam fazer crer o Impetrante e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, descabe se cogitar da intangibilidade absoluta do advogado público com relação às manifestações jurídicas emitidas em contratos administrativos. Ao contrário, contanto que aja com dolo ou culpa grave, o parecerista deverá ser responsabilizado.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, a “culpa grave é caracterizada por um proceder em que há imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na omissão de um grau mínimo e elementar de diligência que todos observam”³⁴⁷

³⁴⁶ STF - MS: 31815 DF - Distrito Federal 9985850-32.2012.1.00.0000, Relator: Min. Rosa Weber, Data de Julgamento: 04/11/2019, Data de Publicação: DJe-244 08/11/2019.

³⁴⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 169 (apud TCU, Acórdão 2391/2018 – Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, Data da Sessão: 17/10/2018).

Portanto, o aspecto linguístico da expressão quer significar uma conduta culposa no dizer do direito civil, mas, eivada de excepcionalidade absurda para o bom senso normal de cada cidadão.

Da análise do tipo jurídico é possível concluir pela imprescindibilidade da produção probatória que demonstre, não somente, a ocorrência do dano, mas, também, apesar de mais penoso, o elemento subjetivo do agente público no momento da efetivação do ato ímprobo, com o fim de que se possibilite o imperativo de sua responsabilização pessoal.

Em 24 de abril de 2019, o Plenário do Tribunal de Contas da União expediu o Acórdão 2.391/2018 (rel. min. Benjamin Zymler)³⁴⁸, por intermédio do qual procedeu à reinterpretação do dispositivo da LINDB, cuja redação estipula que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.³⁴⁹

No dispositivo:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA LIQUIDAÇÃO E PAGAMENTO DE DESPESAS DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE EXECUTIVO. CONTAS IRREGULARES, DÉBITO E MULTA. AUSÊNCIA DE CULPA GRAVE DE UM DOS RESPONSÁVEIS. AFASTAMENTO DA MULTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTOS PELA EMPRESA CONTRATADA E POR DIRETOR DE ADMINISTRAÇÃO DA FUNASA. SUPOSTAS OMISSÕES E CONTRADIÇÕES. CONHECIMENTO. ACOLHIMENTO PARCIAL DO RECURSO DA EMPRESA PARA, SEM EFEITOS INFRINGENTES, INTEGRAR A DELIBERAÇÃO COM OS FUNDAMENTOS DO VOTO. ACOLHIMENTO DO RECURSO DO DIRETOR, POIS ELE NÃO ATUOU DIRETAMENTE NA FISCALIZAÇÃO E SUPERVISÃO DO CONTRATO, ESTANDO EM SITUAÇÃO IDÊNTICA A OUTRO AGENTE NÃO CHAMADO AO PROCESSO. CONSTITUIÇÃO DE PROCESSO APARTADO. 1. É possível o julgamento antecipado parcial do mérito de processo de controle externo, quando satisfeitos os requisitos estabelecidos nos arts. 355 e 356 do Código de Processo Civil, que se aplica subsidiariamente aos processos de controle externo.

³⁴⁸ TCU - Tomada de Contas Especial (TCE): 00741620130, Relator: Benjamin Zymler, Data de Julgamento: 24/04/2019, Plenário.

³⁴⁹ O presidente da República vetou os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 28 que constavam do projeto aprovado e enviado à sanção. Com isso, apenas o *caput* do dispositivo constou do texto legislativo, sem definição precisa do que vem a ser “erro grosseiro”.

Na decisão da corte de contas, a locução “erro grosseiro” restou interpretada com conteúdo jurídico semelhante à clássica noção de “culpa grave”. O julgado foi proferido após a edição da Lei 13.655/18.³⁵⁰

Até então, angariava destaque no âmbito do TCU o Acórdão 1.628/2018 (Plenário, rel. min. Benjamin Zymler), no qual a expressão “erro grosseiro” era interpretada com sentido semelhante à noção de “administrador médio”.³⁵¹

No dispositivo:

44. Entendo, pois, que a conduta desse responsável foge do referencial do “administrador médio” utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação. Tratou-se, a meu ver, de erro grosseiro, que permite que os agentes respondam pessoalmente por seus atos, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com redação dada pela Lei 13.655/2018) : ‘Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro [...]’.

Por sua vez, a jurista Doutora Juliana Bonacorsi de Palma, em artigo, comprovou, pelo exame de 133 acórdãos do TCU, que a expressão “administrador médio”, entre todas aquelas utilizadas para firmar a responsabilidade naquele tribunal era, em seu dizer, “insólita”.³⁵²

³⁵⁰ Essa foi a interpretação defendida no artigo publicado na **Revista ConJur** em 10/5/2018, sob o título “Alteração da LINDB revoga parcialmente lei de improbidade administrativa”, notadamente a propósito do inexplicável rumo tomado pela jurisprudência do STJ na inexacta colação de precedentes ao longo do tempo, bralhando, para fins de improbidade administrativa, os conceitos de culpa grave e culpa simples. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/interesse-publico-alteracao-lindb-revoga-parcialmente-lei-improbidade>. Acesso em: 27 nov. 2018.

³⁵¹ Número do Acórdão 1628/2018 - PLENÁRIO. Relator Benjamin Zymler. Processo 024.434/2014-0. Tipo de processo: Relatório de Auditoria (RA). Data da sessão 18/07/2018 Número da ata 27/2018 - Plenário.

³⁵² O administrador médio é, antes de tudo, um sujeito leal, cauteloso e diligente (Ac. 1781/2017; Ac. 243/2010; Ac. 3288/2011). Sua conduta é sempre aceitável e irrepreensível, orientada por um senso comum que remove das normas seu verdadeiro sentido teleológico (Ac. 3493/2010; Ac. 117/2010). Quanto ao grau de conhecimento técnico exigido, o TCU hesita. Por um lado, precisa ser versado em práticas habituais e consolidadas, dominando com perfeição os instrumentos jurídicos (Ac. 2151/2013; Ac. 1659/2017). Por outro, reclama do administrador médio o básico fundamental, não lhe exigindo exame de detalhes de minutas de tratos ou acordos administrativos que lhe sejam submetidos à anuência, por exemplo (Ac. 4424/2018; Ac. 3241/2013; Ac. 3170/2013; 740/2013). Sua atuação é preventiva: ele devolve os valores amplificados pela remuneração por aplicação financeira aos cofres federais com prestação de contas, e não se adianta em aplicar esses recursos (Ac. 8658/2011; Ac. 3170/2013). Não deixa de aferir a regularidade dos pagamentos sob seu controle (Ac. 4636/2012), não descumprir determinação do TCU e não se compromete pessoalmente com irregularidades administrativas (Ac. 2139/2010)”.
Portanto, a jurisprudência do TCU sobre o “administrador médio” apresenta, num exame severo a respeito dos pressupostos inerentes à responsabilização funcional, o conteúdo bastante aproximado da responsabilidade objetiva, fundamentalmente porque o elemento subjetivo dos comportamentos passa a ser avaliado sob o ângulo exclusivo da violação à norma legal, não se demonstrando

Quanto ao Acórdão 2.391/2018 do Plenário do TCU, por um lado, os ministros procederam a uma melhor definição do conteúdo jurídico de “erro grosseiro” atribuindo-lhe a mesma expressão jurídica da “culpa grave”, e, por outro, legitimaram a interpretação restritiva a respeito da “dimensão de aplicabilidade” do novo artigo 28 da LINDB.

O dispositivo do acórdão assim assevera:

82. Dito isso, é preciso conceituar o que vem a ser erro grosseiro para o exercício do poder sancionatório desta Corte de Contas. Segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele ‘que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio’. Se ele for substancial, nos termos do art. 139, torna anulável o negócio jurídico. Se não, pode ser convalidado.

83. Tomando como base esse parâmetro, o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.

Por conseguinte, o acórdão é dado como ponto de partida na definição da expressão “erro grosseiro”. Pela primeira vez, desde a publicação da lei e, com ela, das dúvidas que se seguiram com respeito a essa expressão, pode-se ter um parâmetro objetivo do proceder do agente público quando eivado de conduta não condizente com a perfeita ação exigida em seus afazeres do cotidiano. Tendo como fundamento a medida do TCU, pode-se mensurar o erro leve como o que somente é evitado por pessoa de zelo extraordinário, ou seja, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias da atividade. Na verdade, é o que seria

“mediano” o indivíduo que comete ilegalidades (ainda que despida de dolo ou culpa grave), ou que, obviamente, destoa da concepção atual da corte, divulgada nos informativos disponíveis na internet. Convém verificar, nesse passo, que a construção pretoriana do TCU que deu ensejo à “teoria do administrador médio” caminha *pari passu* com a doutrinação jurisprudencial do STJ sobre “dolo genérico” ou “dolo *in re ipsa*” (presumido), em matéria de improbidade administrativa. Em ambos os casos, os tribunais não raramente se bastam em examinar, em tese, condutas vedadas pelo ordenamento, para concluir — independentemente do contexto e dos desejos do agente sob julgamento — pela presença do dolo genérico que conduz à responsabilização. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Quem é o ‘administrador médio’ do TCU?** - LINDB exige que condutas sejam avaliadas a partir da realidade. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em: 27 nov. 2018).

normal no proceder de um agente público imbuído de espírito cuidadoso e rigoroso com o desempenho e a responsabilidade que sua função exige.

O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com cuidado abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do comum, consideradas as circunstâncias do afazer. Por conseguinte, o erro grosseiro é o que se originou de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi efetuado com culpa grave”.³⁵³

Ainda, reportando-se ao “erro grosseiro” o ministro em seu voto, citando doutrina consagrada, assim proferiu:

84. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “culpa grave é caracterizada por uma conduta em que há uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na omissão de um grau mínimo e elementar de diligência que todos observam” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. São Paulo: Atlas, p. 169)

85. Os aludidos autores invocaram a doutrina de Pontes de Miranda, segundo a qual a culpa grave é “a culpa crassa, magna, nímia, que tanto pode haver no ato positivo como no negativo, a culpa que denuncia descaso, temeridade, falta de cuidados indispensáveis”. (PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado, t. XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 72).

Pode-se esquematizar o resultado do acórdão da seguinte maneira:

Gradação do Erro	Pessoa que seria capaz de perceber o erro	Efeito sobre a validade do negócio jurídico (se substancial)
Erro grosseiro	Com diligência abaixo do normal	Anulável
Erro (sem qualificação)	Com diligência normal	Anulável
Erro leve	Com diligência extraordinária – acima do normal	Não anulável

É cristalino que o Tribunal de Contas da União desuniu duas variedades de responsabilidade. A primeira delas tem critério punitivo, o qual requer a existência de dolo ou do “erro grosseiro” (culpa grave) do agente público, para fins de responsabilidade. A outra, por sua vez, possui estrutura reparatória, e, funciona, de

³⁵³ BARCELOS, Dawison. Erro Grosseiro e o poder Sancionatório do TCU. **O Licitante – portal de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em: <http://www.olicitante.com.br/erro-grosseiro-tcu-lindb/> Acesso em: 13 fev. 2020.

modo autônomo pela disposição do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição — e que avoca dolo ou culpa simples.³⁵⁴

Em artigo, o professor Joel Menezes Niebuhr realçou, com fundamento em três fontes distintas de argumentação, o desacerto dessa nova indicação emanada do TCU.³⁵⁵

O primeiro argumento, creditado ao professor Clovis Beznos (Congresso Goiano de Direito Administrativo, 2018), é o de que nada impede que o legislador infraconstitucional discipline e estabeleça balizas e limitações, fixando graus de culpa para finalidade da obrigação de indenizar por parte de agentes públicos.

Não há vedação constitucional a que o legislador possa concebê-lo, sendo totalmente constante essa hipótese na legislação infraconstitucional. A respeito, examine-se o inciso I do artigo 143 e o artigo 181, ambos do Código de Processo Civil, que prescrevem que magistrados e membros do Ministério Público podem, apenas, ser responsabilizados por perdas e danos, caso procedam com dolo ou fraude, aplicando-se a mesma regra para ministros do Tribunal de Contas da União.³⁵⁶

A segunda alegação, exaurida da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é a de que, não cumpre ao TCU realizar controle de constitucionalidade de lei (confira-se STF, MCMS 35.410/DF, rel. min. Alexandre Moraes, em 15/12/2017).³⁵⁷

O terceiro raciocínio é o de que o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição destina-se aos danos causados pelos agentes públicos a terceiros (externos), e não aos danos causados pelos agentes públicos à própria administração pública.

³⁵⁴ O tema foi objeto de intenso debate no último Congresso Goiano de Direito Administrativo (nov./2018), no painel de que participaram os professores Clovis Beznos (PUC-SP), Juliana Bonacorsi de Palma (FGV-SP), e José dos Santos Carvalho Filho (RJ). As opiniões dos participantes não convergiram em todos os termos, tendo Carvalho Filho apontado possível conflito entre o artigo 28 da Lindb e o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição, e Clovis Beznos sustentado a distinção entre responsabilidade do Estado (objetiva por força da Constituição) e responsabilidade subjetiva do agente público, sendo dado ao legislador, no último caso, estabelecer requisitos típicos e diferentes de responsabilização.

³⁵⁵ NIEBUHR, Joel. **O Erro Grosseiro** – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/category/categoria-licitacao>. Acesso em: 27 nov. 2018.

³⁵⁶ “Ninguém discute, especialmente magistrados, membros do Ministério Público e ministros do Tribunal de Contas da União, que é permitido ao legislador infraconstitucional restringir as suas responsabilidades por perdas e danos, inclusive afastando a possibilidade de responderem por conduta meramente culposa, ainda que por culpa grave”.

³⁵⁷ “O Tribunal de Contas da União tratou da constitucionalidade do artigo 28 da LINDB. Fez uma espécie de interpretação conforme a Constituição, porque restringiu o alcance literal e mais amplo do dispositivo, defendendo que ele ofenderia o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal”.

O texto constitucional aduz de modo categórico que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros...” — e como resultado, o legislador democrático pode definir a responsabilidade interna de maneira desigual, sob pena de inconstitucionalidade da responsabilidade funcional dos magistrados, dos membros do Ministério Público e dos tribunais de contas.³⁵⁸

As alterações possibilitadas pela Lei 13.655/18 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro objetivaram oferecer maior segurança jurídica aos agentes públicos em seu proceder diário. Na verdade, elas pretendem ser um expediente aventado pelo legislador à falta de padrões de responsabilização no exercício das funções públicas. Há que se admitir que, a inserção do artigo 28 na LINDB tencionou alterar o horizonte das responsabilidades públicas no Brasil.

Entretanto, dúvida não há de que, o veto ao parágrafo 1º do artigo 28 do projeto feriu a compreensão mais exata do que deveria ser visto como “erro grosseiro”.³⁵⁹

Assim sendo, não se deveria considerar como veículo de “erro grosseiro” a decisão ou opinião que tivesse sido “baseada em jurisprudência ou doutrina, em orientação geral ou, ainda, em compreensão razoável, ainda que não se dirigisse a ser em momento posterior aceita por órgãos de controle ou judiciais”. Existiria, nesse caso, uma correlação entre a definição legal e o conteúdo da Súmula 400 do STF, onde se lê: “DECISÃO QUE DEU RAZOÁVEL INTERPRETAÇÃO À LEI, AINDA QUE NÃO SEJA A MELHOR, NÃO AUTORIZA RECURSO EXTRAORDINÁRIO PELA LETRA “A” DO ART. 101, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL”.³⁶⁰

Em artigo publicado recentemente, os juristas Gustavo Binenboj e André Cirino lecionam a respeito da noção de erro. Seguimos os passos dos juristas para

³⁵⁸ Aduz o professor Joel Niebuhr: “o Acórdão do Tribunal de Contas da União ocupa-se de dano pretensamente causado por agentes da FUNASA à própria FUNASA. Logo, não divisa dano causado a terceiro, o que repele o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal – o dispositivo constitucional não poderia servir de fundamento para desfazer a condicionante da responsabilidade em dimensão ampla, inclusive por perdas e danos, apenas aos casos de dolo ou de erro grosseiro, como preceituado no artigo 28 da LINDB”. (NIEBUHR, Joel. **O Erro Grosseiro** – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/category/categoria-licitacao>. Acesso em: 27 nov. 2018).

³⁵⁹ “§ 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais.”

³⁶⁰ Data de Aprovação - Sessão Plenária de 3/4 /1964.

importante compreensão do tema em âmbito civil e, por reflexo, no direito administrativo, mais especificamente, quanto à compreensão do artigo 28 da LINDB.

A noção de erro, com base no entendimento clássico, para os juristas, envolve uma falsa percepção da realidade, seja ela, de fato ou, de direito. Tal realidade se desdobra na prática de ato que não se associaria à vontade de alguém caso este conhecesse a verdade. No Direito Civil, o erro primordial, é causa de anulabilidade, conforme o artigo 138 do Código Civil. O legislador procura definir erro substancial o que poderia ser notado por pessoa de diligência comum em face da situação do negócio segundo caput do artigo 138, Código Civil.³⁶¹

No entender dos juristas Gustavo Binenboj e André Cirino trata-se, como perpassa da exemplificação do artigo 139, de equívocos que interfiram com a alma do negócio jurídico, suas partes e suas suposições centrais. Erros corriqueiros, como erro de cálculo (artigo 143, CC) são passíveis de correção e não viciam o negócio jurídico.³⁶²

O erro, no Direito Civil, também pode ser acoplado à responsabilização. Apresentam-se, a título de exemplo, os feitos de responsabilização por erro médico, em que se mensura se o profissional agiu com a cautela que lhe era esperada para evitar avaria ao paciente, ou, se o erro era, ou, não era escusável. Em tal rumo, verifica-se a existência de culpa, sendo pacífico o entendimento de que, não existe responsabilidade por erro médico sem que haja negligência, imperícia ou imprudência.³⁶³

O artigo 28 da LINDB também importa a possibilidade de responsabilização de quem age com engano. O preceito tem por intento a falsa acepção da veracidade de fato, ou, de direito, consumada por técnico, parecerista ou gestor administrativo. Contudo, não é qualquer erro que ocasionará responsabilidade. Unicamente, o erro grosseiro, nos termos da lei, será habilitado a conduzir a algum tipo de punição.³⁶⁴

³⁶¹ BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

³⁶² BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

³⁶³ BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

³⁶⁴ BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 203-224, nov. 20

Será erro grosseiro, *exempli gratia*, a aplicação de norma jurídica revogada, ou a decisão ou opinião que ignore o evento de uma prescrição, a despeito de as informações pertinentes constarem do processo administrativo. Por exemplo, a lavratura de um auto de infração por débitos ocorridos seis anos antes do exercício fiscalizado, quando a lei tributária assevera que o prazo decai em cinco anos.

Importante, no entender dos juristas Gustavo Binenboj e André Cirino, é corroborar que o erro grosseiro, com fins de responsabilização não afasta o contexto de culpa. Na verdade, estão abrangidas na concepção de erro grosseiro as definições de imprudência, negligência e imperícia, quando realmente forem graves ou gravíssimas.

Esclarecendo: da mesma forma que a responsabilização, seja ela de âmbito civil, ou, de âmbito penal, do médico que se equivocou, admite um juízo sobre a intenção do agente, o erro do artigo 28 da LINDB depende de um juízo de culpabilidade. Caso contrário, além de se contestar a falibilidade humana, estar-se-ia acanhando a tentativa de novas práticas administrativas. E, aqui, no entender dos juristas, Binenbog e Cirino, está a suprema virtude do dispositivo em análise, qual seja, o de gerar um ambiente conveniente à originalidade, cuidando de administradores e técnicos que procuram inovar os meios de gerência pública. Caso suas experiências de inovação não sejam afortunadas, eles apenas respondem por dolo ou erro grosseiro.³⁶⁵

O julgado TCU - Tomada de Contas Especial (Tce): 03342920154, Relator: Augusto Nardes³⁶⁶, apresenta em seu teor a definição adotada pelo tribunal da expressão “erro grosseiro” alicerçada em regulamentação da lei vigente.

(...)15. Nessa linha, as novas diretrizes incorporadas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) por meio da Lei 13.655/2018 trouxeram a lógica de responsabilização do agente público por erro grosseiro, cuja definição foi materializada por meio do Decreto 9.830/19:

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

³⁶⁵ BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

³⁶⁶ TCU - Tomada de Contas Especial (TCE): 03342920154, Relator: Augusto Nardes, Data de Julgamento: 17/03/2020, Segunda Câmara).

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

(...)

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

16. Em complementação, este Tribunal tem considerado erro grosseiro aquele praticado com culpa grave, assim entendida como aquela decorrente de uma grave inobservância de um dever de cuidado (Acórdão 4.771/2019-TCU-1ª Câmara). No presente caso, vislumbra-se a ocorrência desse tipo de erro, uma vez que o entendimento deste Tribunal de que a apresentação do contrato de exclusividade entre artistas e o empresário contratado é indispensável para caracterizar a hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93.

✓ **Seria o Mandamento Legal uma espécie de Farol Verde ao mau Agente Público?**

Cumpra também desviar as alegações falazes de que o artigo 28 da LINDB ensejaria a proliferação de agentes públicos ruins, mal-intencionados, ou, até bem-intencionados, mas, de perfil acomodado, que se conservarão em suas acomodações “com o burro amarrado na sombra”, adotando condutas negligentes, imprudentes e imperitas.

Enunciado de outro modo, o novo marco legal outorgaria tolerância indevida ao erro. A crítica não parece sensata. Ela parte da asserção de que quanto maior seja a ameaça e a potência do controle, o resultado teria propensão a sempre ser o melhor para o interesse público. Contudo, esse objeto não trabalha desse jeito.

Os juristas Gustavo Binenboj e André Cirino argumentam da seguinte maneira³⁶⁷: Primeiro, porque o controle não se pode pensar duto e infalível, devendo reconhecer suas próprias limitações materiais e intelectivas. Segundo, porque há um alto custo encaixado em modelos de controle maximalistas, o que nem sempre ostenta um saldo positivo para a sociedade. Terceiro, porque a insegurança jurídica tende a propiciar um fenômeno de seleção adversa,

³⁶⁷ BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p.203-224, nov. 2018.

desestimulando a atração de agentes públicos com perfil inovador e empenhados na mudança do paradigma.³⁶⁸

Por outras palavras, todo o controle tem as suas mazelas. Não se consegue controlar tudo em uma instituição, além do que, quanto maior o controle, maior o custo. Há que se considerar a relação custo-benefício, portanto. Além do mais, conforme exaustivamente enunciado em linhas anteriores, a confusão que se faz entre a inovação de um administrador bem intencionado e inovador com outro simplesmente corrupto e mal intencionado leva, por final, à inércia, ao apagão das canetas e ao privilégio de gestores acomodados no simples cumprimento de organogramas.

Por derradeiro, na opinião dos juristas, porque o respectivo controle estabelecido em cláusulas muito amplas e sem limites claros favorece o desvio, o abuso e o despropósito. Por conseguinte, delimitar e especificar as situações de responsabilização provoca, não apenas, o controle mais efetivo dos agentes controlados, mas, obsta a concentração de um incômodo poder discricionário nas mãos dos agentes controladores.³⁶⁹

Uma vez que, o controle tem de controlar o próprio controle, nada é isento de ser fiscalizado, e, por vezes, o erro e o dolo moram, justamente, no patamar de agentes que deveriam zelar pelo controle de qualidade ou da moralidade.

O julgado STJ - AgInt no AREsp: 495216 PE 2014/0071133-8, Relator: Ministro Sérgio Kukina³⁷⁰ diz respeito a complexidade de enquadramento de mau agente público que obra com indolência a sua função. Há que se ter provas substanciais para definição do ato de improbidade. No dispositivo, assim é enunciado:

1. A jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a atuação do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10 (EResp 479.812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki,

³⁶⁸ BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

³⁶⁹ BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

³⁷⁰ STJ - AgInt no AREsp: 495216 PE 2014/0071133-8, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Data de Julgamento: 26/06/2018, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 02/08/2018

Primeira Seção, julgado em 25.8.2010, DJe 27.9.2010). 2. Este Tribunal tem reiteradamente se manifestado no sentido de que "o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico" (REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011). 3. Segundo o arcabouço fático delineado pelas instâncias ordinárias, não restou demonstrado o dolo genérico na liberação antecipada de valores, uma vez que o agente não atuou imbuído da intenção de proceder irregularmente quanto à execução das verbas repassadas por meio de convênio, circunstância suficiente para afastar configuração do ato ímprobo.

- ✓ **Estariam revogados ou, no mínimo, ultrapassados os dispositivos anteriores à publicação do novo texto legal como o artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa que, por sua vez, já cuidava de um ato ruinoso do Agente Público em detrimento da Administração Pública? Teria o artigo 28 da LINDB o condão de prejudicar a aplicação da LIA?**

Outra importante questão que demanda a respeito da existência frutífera da nova lei e, por decorrência, do seu disposto no artigo 28, é quanto a sua compatibilidade com outra lei já existente no ordenamento jurídico: a Lei de Improbidade Administrativa de 1992, em especial, no que se refere ao disposto em seu artigo 10, ao regulamentar o artigo 37, parágrafo quarto, da Constituição Federal. O problema estaria na sua influência quanto à aplicação da LIA.

Nesse ângulo, ganha destaque a discussão sobre a possível revogação do artigo 10 da Lei 8.429/1992 (LIA) pelo artigo 28 da LINDB. Parte da doutrina abraça a tese de que o artigo 28 da LINDB, ao exigir a prova de dolo ou erro grosseiro (sinônimo de culpa grave) para a responsabilização dos agentes públicos por suas decisões ou opiniões técnicas, teria abolido, parcialmente, o artigo 10 da LIA. Para os que agasalham essa tese, a partir da entrada em vigor da Lei 13.655/2018, tão só, os atos lesivos ao erário praticados mediante dolo ou culpa grave, trariam a incidência da tipologia do artigo 10 da LIA.

Na doutrina, entre outros, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ao reportar-se a respeito do tema, manifesta-se do seguinte modo:

Nesse contexto cumpre frisar que a Lei 13.655, de 25.4.2018, acrescentou o artigo 28 à Lei de Introdução às Normas do Direito

Brasileiro, prevendo que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. Com isso, revogou-se parcialmente o artigo 10 da Lei de Improbidade, que previa a possibilidade de cometimento culposo das infrações nele previstas.³⁷¹

No mesmo sentido, no entender dos juristas André Cirino e Gustavo Binlenboj, o artigo 28 da LINDB como lei pospositiva e de mesma escala hierárquica que a Lei de Improbidade Administrativa, trabalha a sua derrogação parcial, para redefinir as modalidades culposa e terminar por exigir a configuração de erro grosseiro. Pelas mesmas causas já acima elencadas, trata-se de uma indiscutível opção legislativa, efetuada consoante os princípios e regras constitucionais aplicáveis.³⁷²

Por outro lado, no entender dos juristas acima citados, a resposta à presente questão pode ser contraposta por remissão à explanação quanto à ofensa ao artigo 37, parágrafo sexto, da Constituição Federal. Além do que, no entender daqueles, no caso da Lei de Improbidade Administrativa, nem mesmo se põe a questão de haver uma norma constitucional pressagiando a responsabilização na modalidade culposa.³⁷³

Nessa direção, também, a visão do administrativista Rafael de Oliveira, “o art. 28 da LINDB reflete na interpretação do art. 10 da Lei 8.429/1992 e confirma a necessidade de culpa grave, o que equivale ao erro grosseiro, para responsabilização dos agentes públicos”.³⁷⁴

Seguindo esse raciocínio, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná editou o enunciado n. 10, que assim dispõe:

O artigo 10 da Lei nº 8.429/92 deve ser interpretado à luz do artigo 28 da LINDB (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), com as alterações feitas pela Lei nº 13.655/18, não mais sendo admitida a caracterização de ato de improbidade administrativa que cause lesão ao erário quando o agente atua com culpa simples ou

³⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 990.

³⁷² BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

³⁷³ BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

³⁷⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Improbidade Administrativa** – Direito Material e Processual. 7. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 89.

leve; apenas mediante dolo ou erro grosseiro, equivalente este à culpa grave nos termos do Decreto nº 9.380/19.³⁷⁵

Há que se observar que o enunciado em questão também acredita que houve uma revogação parcial do artigo 10 da LIA pelo artigo 28 da LINDB. No texto, há um acomodamento do erro grosseiro em relação ao dolo, retirando, por conseguinte, a possibilidade de configuração de ato de improbidade administrativa funesto ao erário na modalidade culposa, independentemente do nível de culpa.

Todavia, analisando-se por outro ponto, pode-se argumentar que, para a configuração do ato lesivo ao erário (LIA, artigo 10), é indiferente que o sujeito ativo tenha atuado com dolo ou culpa. O componente subjetivo terá influência apenas na prescrição das sanções renunciadas na LIA, que deverão ser simétricas à maior ou menor gravidade do ato ímprobo praticado.

De idêntico modo, não é necessário auscultar se a culpa na conduta do agente público é grave, leve ou levíssima; qualquer uma delas chega para a tipificação da conduta no artigo 10. Os nomeados “graus de culpa”, na categórica lição de Emerson Garcia, “podem ser úteis por ocasião da verificação do grau de proporcionalidade que deve existir entre ato e sanção, bem como para fins de dosimetria desta”.³⁷⁶

Semelhante noção a respeito do elemento subjetivo do ato lesivo ao erário (artigo 10) preponderou por mais de duas décadas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,³⁷⁷ em combinação com a doutrina amplamente majoritária.³⁷⁸

³⁷⁵ Relação de Enunciados com base em precedentes interpretativos do Superior Tribunal de Justiça e das 4ª. e 5ª. Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Publicado em 16/10/2019.

³⁷⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 271. No mesmo sentido, aliás, já decidiu o STJ: REsp 601.935/MG, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 08.02.2007. Em sentido contrário, Sílvio Antônio Marques defende a tese de que o tipo em estudo reclama culpa de natureza grave ou gravíssima (MARQUES, Sílvio Antônio. **Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 85).

³⁷⁷ REsp 1708269/SP, 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. 18.09.2018; AgInt no REsp 1737075/AL, 1ª Turma, rel. Min. Regina Helena Costa, j. 04.09.2018; AgInt no AREsp 940174/RS, 2ª Turma, rel. Min. Francisco Falcão, j. 18.04.2017; AgInt no AREsp 413498/DF, 1ª Turma, rel. Min. Regina Helena Costa, j. 16.03.2017; REsp 414.697/RO, 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 16.09.2010; v: MC 17112/SP, 1ª Turma, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 28.09.2010; EREsp 875163/RS, 1ª Seção, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23.06.2010; REsp 827.445-SP, relator para acórdão Min. Teori Zavascki, DJe 08.03.2010; e REsp 875.163/RS, rel. Min. Denise Arruda, j. 19.05.2009.

³⁷⁸ Nesse sentido, entre outros, vejam-se: SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 44; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1181. Em sentido contrário, Sílvio Antônio Marques defende a tese de que o tipo em

No entanto, faz-se necessário registrar que a 1ª Turma do STJ, em suas decisões mais recentes, se afastou desse entendimento e passou a refrear a possibilidade de responsabilização por atos danosos ao erário (art. 10) às hipóteses de dolo ou culpa grave.³⁷⁹

Aqui, faz-se oportuno ressaltar que todas as decisões da 1ª Turma prolatadas nesse sentido fazem encaminhamento ao julgamento do AIA 30/AM, pela Corte Especial (j. 21.09.2011), da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, que cuidava de ato de improbidade administrativa nocivo aos princípios da administração pública (art. 11).³⁸⁰

Do estudo do referido julgado, constata-se que a expressão “culpa grave” foi tomada apenas de passagem na motivação da decisão, substituindo-se em juízo normativo acessório (“*obiter dictum*”),³⁸¹ não integrando, portanto, a “ratio decidendi”.³⁸²

De qualquer maneira, faz-se imperioso assinalar que a 2ª Turma do STJ, entende que a espécie de proceder culposos (*grave, leve ou levíssimo*) é apto a trazer a incidência da tipologia do artigo 10 da LIA.³⁸³

À vista disso, uma vez que o artigo 28 da LINDB passou a exigir culpa grave (erro grosseiro) para a responsabilização dos agentes públicos por suas decisões ou opiniões técnicas, não há como deixar de abraçar a existência de incompatibilidade entre o artigo 10 da LIA e o artigo 28 da LINDB.

Para confrontar esse argumento, pode-se examinar o critério habitual de solução de conflito aparente de normas, ou seja, o da especialidade, previsto no artigo 2º, § 2º, da LINDB: “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.³⁸⁴

estudo reclama culpa de natureza grave ou gravíssima (MARQUES, Sílvio Antônio. **Improbidade administrativa**: ação civil e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 85).

³⁷⁹ A título de exemplo, veja-se: AgInt no AREsp 943769/PB, 1ª Turma, rel. Min. Gurgel de Faria, j. 13.11.2018.

³⁸⁰ STJ - AIA: 30 AM 2010/0157996-6, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 21/09/2011, CE - CORTE ESPECIAL, Data De Publicação: Dje 28/09/2011.

³⁸¹ Normalmente é definido de forma negativa: é obter dictum a proposição ou regra jurídica que não compuser a *ratio decidendi* (SOUZA, Marcelo dias. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 51).

³⁸² A ratio decidendi são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão. É a parte do precedente que tem caráter obrigatório ou persuasivo.

³⁸³ REsp 1708269/SP, 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. 18.09.2018.

³⁸⁴ Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

Posto que, o artigo 28 da LINDB faz parte de uma lei nova, que, por sua vez, institui disposições gerais, é inelutável concluir, à vista disso, pela não revogação da norma especial, melhor dizendo, do artigo 10 da LIA.

Em contribuição a essa linha interpretativa, reitere-se que a Lei 8.429/1992, apelidada Lei de Improbidade Administrativa, vem regimentar o art. 37, § 4.º, da Constituição Federal. Consequentemente, a LIA vem da Constituição Federal de 1988, com o ofício de promover a defesa da probidade administrativa, mediante o esclarecimento dos tipos de improbidade e das correspondentes sanções.

Presencia-se, portanto, que a LIA modernizou a ordem jurídica, instituindo um eficaz composto de responsabilização dos atos de improbidade em geral. E, sendo assim, o único modo de manter a concatenação e eficiência desse sistema é assegurar a primazia de suas normas e princípios.

Logo, para o sobrepujamento das possíveis antinomias entre a LIA e outras leis que também regulam o direito sancionador, faz-se necessária a observância simultânea, coerente e coordenada das sortidas fontes normativas, com campos de aplicação compatíveis, mas, não iguais, bafejada pelos valores e princípios constitucionais, como determinação de um sistema jurídico eficiente e justo. Aquilo que Erik Jayme denominou “diálogo das fontes”.³⁸⁵

Assim, no “diálogo” entre a LIA e a LINDB, emprega-se prioritariamente a LIA, perante o mandamento constitucional de defesa da probidade administrativa, e, apenas, subsidiariamente, no que for condizente com o sistema da LIA, a LINDB.

Entendimento oposto deixaria em aberto a possibilidade de defluência do mandamento constitucional de defesa da probidade administrativa, por meio da aquiescência de outras leis que, aos poucos, reduzissem a coerência e a eficiência do sistema efetivado pela LIA.

Enfim, tanto pelo tradicional critério da especialidade, quanto pela moderna técnica do diálogo das fontes, é contundente concluir que o artigo 28 da LINDB não derogou o artigo 10 da LIA. Significa que, tanto as ações dolosas como as ações culposas (independentemente do grau de culpa) de quaisquer agentes públicos continuam capazes de atrair a incidência de qualidade de improbidade administrativa antevisto no artigo 10, *caput* e incisos, da Lei 8.429/1992.

³⁸⁵ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos**. 9. ed. São Paulo: Método, 2019.

O julgado TJ-ES - ED: 00419110920098080024, Relator: Dair José Bregunce de Oliveira, é elucidativo a respeito dos comentários acima.³⁸⁶ Em seu dispositivo, assim afirma:

Para a configuração do ato lesivo ao erário é indiferente que o sujeito ativo tenha agido com dolo ou culpa pois o elemento subjetivo terá influência apenas na fixação das sanções previstas na Lei n. 8.429/1992, que deverão ser proporcionais à maior ou menor gravidade do ato ímprobo praticado, não sendo necessário perquirir se a culpa na conduta do agente público é grave, leve ou levíssima; qualquer uma delas basta para a tipificação da conduta no art. 10. 2.2. - (...) para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas prescrições da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. (c) (REsp 1708269/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18-09-2018, DJe 27-11-2018), ou seja, qualquer modalidade de conduta culposa (grave, leve ou levíssima) é apta a atrair a incidência do artigo 10 da Lei de Improbidade. 2.3. - Em que pese o disposto no artigo 28 do Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942 (O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro), deve ser aplicada à hipótese o critério da especialidade, porque o § 2º do artigo 2º da LINDB, dispõe que A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. Assim, se entendido o art. 28 da LINDB, em razão da superveniência da Lei n. 13.655/2018, como lei nova, não pode ser desconsiderado que ela é lei geral, sendo pois inexorável concluir pela não revogação de norma especial, qual seja, o artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa. 2.4. - Recurso desprovido.

Este é, sem dúvidas, o item mais polêmico dos colocados no presente trabalho. Opiniões de peso asseveram que o item 10 da LIA foi parcialmente revogado. Por outro lado, com base no critério da especialidade e na moderna técnica do “diálogo das fontes”, operadores do Direito de grande saber manifestam-se em direção contrária. Acreditamos que, o dispositivo da LIA não foi revogado, entretanto, a polêmica somente poderá ser resolvida com o tempo em conformidade com os casos concretos que se apresentem no dia a dia da vida jurídica.

³⁸⁶ TJ-ES - ED: 00419110920098080024, Relator: Dair José Bregunce de Oliveira, Data de Julgamento: 02/07/2019, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 11/07/2019.

✓ **O disposto no Artigo 28 seria desnecessário tendo em vista o Crime de Hermenêutica?**

Rui Barbosa chamou de “crime de hermenêutica”, o que ocorre quando o operador do Direito é responsabilizado criminalmente pelo simples fato de sua interpretação ter sido considerada errada pelo tribunal revisor. Em suas palavras:

Para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o Juiz os crimes de hermenêutica, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos. Esta hipérbole do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortesã. Se o julgador, cuja opinião não condiga com a dos seus julgadores na análise do Direito escrito, incorrer, por essa dissidência, em sanção criminal, a hierarquia judiciária, em vez de ser a garantia da justiça contra os erros individuais dos juízes, pelo sistema dos recursos, ter-se-á convertido, a benefício dos interesses poderosos, em mecanismo de pressão, para substituir a consciência pessoal do magistrado, base de toda a confiança na judicatura, pela ação cominatória do terror, que dissolve o homem em escravo. (...) ³⁸⁷

Resta versar a respeito do que se refere ao que o novo dispositivo seria desnecessário para remover o apelidado crime de hermenêutica, que é aquele em que o sujeito é reprimido, apenas, por ter adotado interpretação diversa daquela escolhida por outrem.

Como visto anteriormente, no momento em que abordamos, inicialmente, quanto aos traços da nova LINDB, no entendimento da professora Maria Sylvia Di Pietro, o objetivo evidente da norma, no que se refere ao artigo 28, é o de impedir que os órgãos de controle responsabilizem os agentes públicos por decisões ou opiniões que sejam aceitáveis e defensáveis diante de divergências doutrinárias ou jurisprudenciais sobre a mesma matéria, pois, a simples divergência de opinião em relação à adotada pelo órgão de controle não pode servir de fundamento para a responsabilização do agente público. ³⁸⁸

³⁸⁷ BARBOSA, Rui. **Obras Completas**. Vol. XXIII, Tomo III. Rio de Janeiro: Secretaria da Cultura Fundação Casa De Rui Barbosa, 1907, p. 228.

³⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 90-91.

Há que se frisar a importância que o artigo 28 da LINDB exija erro grosseiro para o feito da responsabilidade, porque, só assim, se impedirá que o agente público seja responsabilizado por posições razoáveis que, num segundo momento, não venham a ser amparados pelos órgãos de controle. O extinto parágrafo primeiro do dispositivo em epígrafe, que foi vetado pelo Chefe do Poder Executivo, complementava, taxativamente, o sentido do cabeçalho do preceptivo.³⁸⁹

Não quer parecer que o veto tenha, por fim, o de permitir a responsabilização do agente público em tais cenários, por algumas razões. No entendimento dos juristas Gustavo Binenboj e André Cirino, há três justificações: a primeira diz respeito a conservarem-se em vigor o artigo 133 da Constituição da República e o artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB), que inauguram a inviolabilidade dos advogados em suas manifestações.³⁹⁰

O segundo ponto é que, por força da inteligência do Supremo Tribunal Federal que, como regra, evidenciou que a responsabilização do advogado público em pareceres de opinião, só poderá processar-se quando ele atuar com dolo ou erro grosseiro.³⁹¹

Em terceiro lugar, porque já deriva do caput do artigo 28, a exclusão da viabilidade de responsabilização de um advogado público devido a discórdia opinativa na interpretação do ordenamento jurídico. Por óbvio, não configurará erro grosseiro, o parecer apropriadamente fundamentado em interpretação razoável, ou, em doutrina, ou, em jurisprudência, não acomodadas em orientação geral, e, que, não venham a ser reputadas por órgãos de controle ou judiciais.³⁹²

O julgado STF - ARE: 1173320 CE - CEARÁ, Relator: Min. Marco Aurélio³⁹³ é exemplo do que foi colocado. Embora, a questão revela ter havido erro de interpretação de norma jurídica e reconheça a responsabilidade do Estado, o

³⁸⁹ Parágrafo 1º. Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral, ou ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais.

³⁹⁰ BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

³⁹¹ BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

³⁹² BINENBOJ, Gustavo; CIRINO, André. O Artigo 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

³⁹³ STF - ARE: 1173320 CE - Ceará, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 16/11/2018, Data de Publicação: DJe-247 21/11/2018.

dispositivo afirma, por outro lado, não ter havido responsabilidade do agente público, uma vez que, não houve dolo.

Um trecho do dispositivo aduz:

2. O acórdão impugnado revela interpretação de normas estritamente legais, não ensejando campo ao acesso ao Supremo. Eis a síntese do acórdão recorrido: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO JUDICIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE CULPA OU DOLO DO AGENTE. ATO JUDICIAL PRATICADO DENTRO DA LEGALIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

✓ **Quando se fala em Responsabilidade Pessoal do Agente Público, essa responsabilidade seria do tipo punitiva ou apenas ressarcitória?**

A prescrição em relevo circunscreve a responsabilidade pessoal do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas a feitos de dolo ou erro grosseiro. A expressão “erro grosseiro”, como vista, é sinônimo de culpa grave, em outras palavras, engloba situações de negligência grave, imprudência grave ou imperícia grave.

Antes de se investigar a consequência dessa norma na esfera de improbidade administrativa, importa enfrentar outra perquirição, igualmente pertinente, no que diz respeito ao artigo 28 da LINDB atingir os âmbitos ressarcitório e punitivo de responsabilização dos agentes públicos.

Hesitações não há, quanto ao artigo 28 da LINDB alcançar a responsabilização dos agentes públicos nas áreas judicial, administrativa e controladora. Haja vista, nesse sentido, que essas três esferas de responsabilização são reportadas em cinco, dos dez novos artigos, postos na LINDB pela Lei 13.655/2018 (artigos 20, 21, 23, 24, e 27).

Por outro lado, não se tolera deslembrar que, a responsabilização dos agentes públicos, nas três esferas, pode se dar tanto no plano do ressarcimento, quanto no plano sancionatório.

No momento em que um agente público consuma um ato danoso ao erário, por exemplo, para além das sanções, porventura, aplicáveis em cada uma dessas esferas de responsabilização (dimensão punitiva), deverá ele ser sujeitado à reparação integral desse dano (dimensão ressarcitória).

A mesma jurisprudência do STJ já firmou a compreensão de que, o ressarcimento ao tesouro público não possui natureza de sanção, mas, sim, de aplicação puramente reparadora dos danos causados ao Erário.

Nesse sentido, o julgado STJ - REsp: 1335869 RJ 2012/0155410-0, Relator: Ministro OG Fernandes,³⁹⁴ em sua ementa, assim aduz:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO DO AGENTE ÍMPROBO APENAS NO RESSARCIMENTO DOS DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. DEMAIS SANÇÕES. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "o ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações" (REsp 1.184.897/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/4/2011).

Assentada a distinção entre as dimensões punitiva e ressarcitória de responsabilização dos agentes públicos, sobrevive a dúvida se o artigo 28 da LINDB se aplica a ambas.

A Constituição Federal, ao estabelecer a regra geral da responsabilidade civil objetiva do Estado, resguardou, quanto a seus agentes geradores do prejuízo, a responsabilidade subjetiva, afeta a casos de dolo ou, culpa. Esse regime de responsabilidade está antevisto na parte final do § 6º do art. 37 da Constituição, conforme visto anteriormente.

Caso se contemple a incidência do artigo 28 da LINDB na dimensão ressarcitória de responsabilização dos agentes públicos, a sequela prática consistirá no agravamento do encargo probatório cabida ao Estado pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, concernente a seu direito de regresso em face do agente público motivador do dano.

Melhor dizendo, em caso de dano causado por agente público a um administrado, este será ressarcido objetivamente pelo Estado, por outro lado, o

³⁹⁴ STJ - REsp: 1335869 RJ 2012/0155410-0, Relator: Ministro OG Fernandes, Data de Julgamento: 17/04/2018, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 24/04/2018

Estado terá superior provação em reaver tal prejuízo, em razão da necessidade de corroboração de dolo ou, culpa grave (erro grosseiro) do agente público, na correlata ação regressiva.

Noutra situação, quando um agente público causar estrago ao patrimônio público ou, de terceiros, poderá ser compelido a recompô-lo com base na prova do dolo ou da culpa (simples), não incorrendo, na espécie, o artigo 28 da LINDB, que requer a prova de dolo ou erro grosseiro (culpa grave), aplicável somente na dimensão punitiva de responsabilização dos agentes públicos.

Então, pode-se entender que o artigo 28 da LINDB não pode ser sobreposto na dimensão ressarcitória de responsabilização dos agentes públicos, sob pena de afronta direta ao comando do artigo 37, § 6º, da CF.

Explicado de outra maneira, o dispositivo constitucional protege a recompensa aos cofres públicos no exercício do seu direito de regresso (dimensão ressarcitória), ao passo que, o artigo 28 da LINDB cuida única, e, exclusivamente, da exigência punitiva estatal (dimensão punitiva).³⁹⁵

³⁹⁵ No mesmo sentido: BORGES, Mauro; CRUZ, Alcir Moreno. **O art. 28 da LINDN e o erro grosseiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/opinioao-artigo-28-lindb-questao-erro-grosseiro>. Acesso em: 10 fev. 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em primeiro lugar, não há vício de inconstitucionalidade no dispositivo legal uma vez que o erro passível de responsabilização no costume jurídico brasileiro pressupõe a ocorrência de culpa. O sentido é de que o engano, em sua forma pura, deve ser relevado. Só não existirá indulgência se houver culpa. Nesse sentido, arredado de erro e culpa serem conceitos apartados, no que se alega à possibilidade de responsabilização pessoal, tem-se que são conceitos análogos.

Por outro lado, com vista no artigo 37, parágrafo sexto, verificou-se que o constituinte adotou um conceito dilatado ao se referir à culpa, mas não fechou questão sobre o grau ou veemência de sua incidência para a configuração de responsabilidade do agente público. Não existe proibição constitucional a que o legislador possa fazê-lo, sendo absolutamente frequente essa hipótese na legislação infraconstitucional.

O texto do novo mandamento legal relaciona-se ao agente público. Assim, são abrangidos pela expressão legal os servidores públicos estatutários em geral, os empregados públicos, contratados no regime da CLT, além de agentes políticos e comissionados. Devem ser, da mesma forma, incluída no conceito de agente do artigo 28 qualquer pessoa que exerça função pública, mesmo que de modo temporário, tais como os particulares em colaboração com o poder público, ou mesmo os contratados na forma do artigo 37, IX da Constituição Federal, além do que gerencie recursos públicos por meio de delegação, ou por algum tipo de subvenção.

No que concerne ao alcance subjetivo da norma, capaz é de se conceber que ela não se aplica a todo e qualquer agente público, mas sim àqueles com alçada para decidir ou emitir opiniões com base em critérios técnicos. A incidência da norma está restrita às decisões e opiniões adotadas com base em critérios técnicos, o que subentende alguma liberdade de decisão.

O artigo 28 dispõe, em segundo lugar, a respeito da responsabilidade pessoal do agente, tanto por atos decisórios, quanto por orientações. Refere-se a opiniões e decisões, de modo que se torna indiferente o conhecimento da existência ou não de caráter vinculante de um parecer. Faz-se primordial verificar se há dolo ou erro grosseiro. Por outro lado, verificou-se que as novas regras da LINDB deverão ser aplicadas pelos agentes fiscais e julgadores tributários, os quais também têm de

ser protegidos contra a tendência, de certos controladores, em pretender a responsabilização objetiva de agentes administrativos.

É relevante enfatizar que uma das questões mais polêmicas diz respeito ao erro grosseiro. O objetivo do dispositivo é garantir a devida segurança para que o agente público possa desempenhar suas funções de forma adequada. Por isso determina que ele só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões em caso de dolo ou erro grosseiro, o que inclui obviamente situações de negligência grave, imprudência grave ou imperícia grave.

Nesse sentido, constatou-se, com a presente pesquisa, que as alterações possibilitadas pela Lei 13.655/18 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro objetivaram conferir segurança jurídica aos agentes públicos; são elas praticamente uma solução proposta pelo legislador democrático à falta de parâmetros de controle e responsabilização no exercício das funções administrativa, controladora e judicial, pelo que é de se supor que a implantação da regra do artigo 28 da LINDB efetivamente tencionou alterar o horizonte das responsabilidades públicas no Brasil.

Verificou-se, então, que o novo marco legal não permite tolerância indevida ao erro. Em primeiro lugar, porque o controle não se pode pensar duto e infalível, devendo reconhecer suas próprias limitações materiais e intelectivas, porque há um alto custo encaixado em modelos de controle extremos, porque a insegurança jurídica tende a propiciar um fenômeno de seleção adversa, desestimulando a atração de agentes públicos com perfil inovador e empenhados na mudança do paradigma e porque o respectivo controle estabelecido em cláusulas muito amplas e sem limites claros favorece o desvio, ao abuso e ao despropósito.

O artigo 28 da LINDB, como lei consecutiva e de mesma escala hierárquica que a Lei de Improbidade Administrativa, trabalha a sua derrogação parcial, para redefinir as modalidades culposa e terminar por exigir a configuração de erro grosseiro. Por esse motivo, trata-se de uma indiscutível opção legislativa, efetuada consoante os princípios e regras constitucionais aplicáveis. Tanto pelo tradicional critério da especialidade, quanto pela moderna técnica do diálogo das fontes, é contundente concluir que o artigo 28 da LINDB não derogou o artigo 10 da LIA. Significa que, tanto as ações dolosas como as ações culposas (independentemente do grau de culpa) de quaisquer agentes públicos continuam

capazes de atrair a incidência de qualidade de improbidade administrativa antevisto no artigo 10, *caput* e incisos, da Lei 8.429/1992.

Contudo, dúvidas não existem de que o artigo 28 da LINDB alcança a responsabilização dos agentes públicos nas áreas judicial, administrativa e controladora. Em caso de dano causado por agente público a um administrado, este será ressarcido objetivamente pelo Estado, ou seja, sem a necessidade de demonstração de culpa ou dolo. Assim, cada vez que um agente público causar estrago ao patrimônio público ou de terceiros, poderá ser compelido a recompô-lo com base na prova do dolo ou da culpa simples, não incorrendo, na espécie, o artigo 28 da LINDB, que requer a prova de dolo ou erro grosseiro (culpa grave), aplicável somente na dimensão punitiva de responsabilização dos agentes públicos.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JR., Ruy Rosado. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 54, n. 350, p. 221, dez. 2006.

AHUALLI, Tânia Mara. Ensaio sobre o Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Coords.). **Responsabilidade Civil do Estado - Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. T.I. Posición de igualdad de la administración em el régimen de derecho privado. Barcelona: Bosh, 1970.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos**. 9. ed. São Paulo: Método, 2019.

ANDRADE, Landolfo. A Repercussão do Artigo 28 da LINDB na Interpretação e Aplicação do Artigo 10 da Lei 8.429/92. **GENjurídico**. Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/687668430/a-repercussao-do-artigo-28-da-lindb-na-interpretacao-e-aplicacao-do-artigo-10-da-lei-8429-92>. Acesso em: 13 fev. 2020.

ANJOS, Luis Henrique Martins dos. Elementos para uma nova Categorização dos Agentes Públicos Brasileiros em face do Estado de Direito Democrático. In: OSÓRIO, Fábio Medida e SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coords.). **Direito Administrativo – Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O Princípio da Impessoalidade da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? In: **Revista de Processo**. São Paulo, ano 33, v. 163, p. 51-59, set. 2008.

_____. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos Polêmicos do Regime Disciplinar do Serviço Público. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARCELOS, Dawison. Erro Grosseiro e o poder Sancionatório do TCU. **O Licitante – portal de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em: <http://www.olicitante.com.br/erro-grosseiro-tcu-lindb/> Acesso em: 13 fev. 2020.

BENACCHIO, Marcelo. Pressupostos da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado contidos no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BARBOSA, Rui. **Obras Completas**. Vol. XXIII, Tomo III. Rio de Janeiro: Secretaria da Cultura Fundação Casa De Rui Barbosa, 1907.

BEZNOS, Clovis. **Poder de polícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

_____. Aspectos sobre a Responsabilidade Civil do Servidor. In: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. (Coords.). **Direito Disciplinário Internacional** - Estudos Sobre a Formação, Profissionalização, Disciplina,

Transparência, Controle e Responsabilidade da Função Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB A cláusula geral do erro administrativo. **Revista Direito Adm.**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>. Acesso em: 01 fev. 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília 1999.

BOCCHI, Olsen Henrique. **A lei 13655/2018 e as alterações da LINDB: interpretação dos novos dispositivos artigo por artigo**. Dez/2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78562/a-lei-13655-2018-e-as-alteracoes-da-lindb-interpretacao-dos-novos-dispositivos-artigo-por-artigo>. Acesso em: 13 fev. 2020.

BORGES, Alice Gonzales. Responsabilidade Civil no Código de 2002. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BORGES, Mauro; CRUZ, Alcir Moreno. **O art. 28 da LINDN e o erro grosseiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/opiniao-artigo-28-lindb-questao-erro-grosseiro>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRANDÃO, Antonio José. Moralidade administrativa. In: **RDA**, n. 25, p. 457, 1951.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro),**

disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 25 nov. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 07 ago. 2019.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). **Art. 194 da Constituição Federal de 46.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10610811/artigo-194-da-constituicao-federal-de-18-de-setembro-de-1946>. Acesso em: 15 ago. 2019.

_____. Código Civil - Lei 10406/02 | Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Artigo 46 da Lei 10.406. de 2002.** Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02#art-43>. Acesso em: 17 ago. 2019.

_____. **Art. 159 do Código Civil de 1916 - Lei 3071/16.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11482313/artigo-159-da-lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916>. Acesso em: 15 ago. 2019.

_____. RJU - Lei nº 8.112 de 11 de Dezembro de 1990. **Art. 122 do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União - Lei 8112/90.** Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/97937/regime-juridico-dos-servidores-publicos-civis-da-uniao-lei-8112-90#art-122>. Acesso em : 17 ago. 2019.

_____. **Art. 158 da Lei das Sociedades Anônimas de 1976 - Lei 6404/76.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11497741/artigo-158-da-lei-n-6404-de-15-de-dezembro-de-1976> Acesso em: 16 ago. 2019.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A Culpa na Responsabilidade Civil: Estrutura e Função**. São Paulo: Editora Renovar, 2008,

CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. v. 1. São Paulo: Freitas Bastos, 1958.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CARVALHO, André Castro. Pele em jogo: a LINDB e as assimetrias ocultas no cotidiano do administrador público brasileiro. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro anotada**. São Paulo: Quartier Latin. 2019, Vol. II.

CARVALHO, Guilherme. O artigo 28 da LINDB é uma mera “bandeira branca”? **Revista Conjur**, 21 de fevereiro de 2019. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/296719/o-artigo-28-da-lindb-e-uma-mera-bandeira-branca>. Acesso: 10 fev. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 3. ed. n. IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956,

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Público – Estudos e Pareceres**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CRUZ, Alcir Moreno da; BORGES, Mauro. **O artigo 28 da LINDB e a questão do erro grosseiro**. 14 de maio de 2018. <https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/opinioao-artigo-28-lindb-questao-erro-grosseiro>. Acesso em: 13 fev. 2020.

DAL BEM, Vitória Valente. Reflexos do art. 28 da LINDB quanto à responsabilização de agentes públicos por atos de improbidade administrativa que importam em danos ao erário. **Migalhas**, 25 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/311655/as-alteracoes-na-lindb-e-a-lia-os-reflexos-do-art-28-da-lindb-quanto-a-responsabilizacao-de-agentes-publicos-por-atos-de-improbidade-administrativa-que-importam-em-danos-ao-erario>. Acesso em: 02 fev. 2020.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002,

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do Direito Privado e a Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989.

_____. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 1990,

_____. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

_____. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019,

DIAS, Francisco Mauro. Poder Disciplinar – Sanções Disciplinares de Caráter excepcional na Atualidade Administrativa Brasileira. In: MEDINA, Fábio e SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coords). **Direito Administrativo – Estudo em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal**. 5. ed. Coimbra. Coimbra Editora, 2000

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Forense, 1979.

DICIONÁRIO AURÉLIO [online]. Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/> Acesso em: 08 ago. 2019.

DICIONÁRIO HOUAISS [online]. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#0> Acesso em: 08 ago. 2019.

DINIZ, Maria Helena. Um breve estudo filosófico-jurídico sobre a natureza jurídica da propina. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). **Direito Administrativo e Constitucional** - Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 1997.

DUGUIT, Leon. **Las transformaciones del Derecho Público**. Navarra: Analecta, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos**: la formación del derecho público europeu tras la revolución francesa. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

_____; FERNANDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 11. ed. Madrid: Civitas, 2002.

ESPANHA. **Constitucion y Tribunal Constitucional (1978)**. Madrid: Civitas, 1995,

ESTEFAM, Andrè. **Direito Penal**. Livro I – Vol. 1. São Paulo: Editora Conjur, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ, Luciano. **Alteração na LINDB e seus reflexos sobre a responsabilidade dos agentes públicos**. 29 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/interesse-publico-lindb-questaoerrogrosseiro-decisao-tcu>. Acesso em: 10 fev. 2020.

FERRAZ, Sérgio. Controle Jurisdicional do Mérito do Ato Administrativo. In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes. (Org.). **Perspectiva do Direito Público** – Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____; SAAD, Amauri Feres. **Autorização de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2018.

FERREIRA, Daniel. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. **Responsabilidade Civil do Estado** – Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O Devido Processo Legal e a Responsabilidade do Estado por Dano Decorrente do Planejamento. **Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, n. 6, p. 644, set. 1995.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Improbidade Administrativa: Algumas Considerações nos Aditamentos Contratuais Inválidos. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **O controle da moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte Especial (Arts. 213 a 359 CP). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FREITAS, Juarez. Carreiras Exclusivas de Estado em defesa do Vínculo Institucional. In: OSÓRIO, Fábio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coords.). **Direito Administrativo** - Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Inclusão de dez artigos na LINDB traz importante inovação ao Direito brasileiro**. 29 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-29/segunda-leitura-mudancas-lindb-inovam-direito-brasileiro>. Acesso em: 04 fev. 2020.

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. Trad. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

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

GODOY, Cláudio Bueno de. **A Responsabilidade Civil pelo risco da atividade**: uma cláusula geral no Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: parte geral: vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007,

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo** - Tomo 2. 7. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Contencioso Administrativo na Emenda n. 7/1977. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 10, p. 279, jun. 1977.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Administração Pública, Fundação Pública e Direito Administrativo Disciplinar. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 19, p. 81, dez. 1982.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Coords.). **Responsabilidade Civil do Estado** - Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

IBDA. Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. **Seminário “Impactos de Lei nº 13.655/18 no Direito Administrativo”**, realizado em Tiradentes no dia 14 de junho de 2019. Disponível em:

file:///C:/Users/frpar/AppData/Local/Temp/Temp1_Artigos_pesquisados_sobre_a_LI_NDIB_e_o_Agente_P%C3%BAblico.zip/IBDA%20divulga%20enunciados%20sobre%20impactos%20da%20LINDIB.pdf. Acesso em: 03 fev. 2020.

JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito penal**. 32. ed São Paulo: Saraiva, 2011.

JUSTEIN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, p. 127-128, 1999.

_____. O Direito Administrativo de Espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Ruy Cirne. **Introdução do Estudo do Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Edição da Livraria da Globo, 1942.

_____. **Princípios de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987,

_____; PASQUALINI, Paulo Alberto. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2007.

LOPES, Maurício A. Ribeiro. **Ética e Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Advocacia no Setor Público e os Limites da Responsabilidade Funcional. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MARQUES, Sílvio Antônio. **Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. **Consultor Jurídico**

– **CONJUR**. 25 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniaao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto> Acesso em: 16 dez. 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Regulação Administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Abuso de Direito e Constitucionalização do Direito Privado**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Teoria Jurídica da Liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

_____. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MASSIMO, Bianca. **Diritto Civile: la responsabilità**, v. 5. Milano: Giuffrè, 2015, p. 539.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012.

MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 159-170, out. 1997. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47093>. Acesso em: 09 ago. 2019.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: RT, 1992

_____. **Direito Administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora RT, 1983.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed, rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Apontamentos sobre a teoria dos órgãos públicos. **Revista de Direito Público**, Universidade de São Paulo, Instituto de Direito Público, 1971.

MELLO, Cláudio Ari. Improbidade Administrativa - considerações sobre a Lei 8.429/92". In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 11, p. .54-55, 1995. Vide: Decreto nº 1.171/94, I, III, XIV, "c", XV, "a" e "g".

MELO, Diogo L. Machado de. O Papel da Culpa na Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Coords.). **Responsabilidade Civil do Estado** - Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios de Direito Administrativo**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial – Arts. 235 a 361 do CP**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MIRANDA, Gilson Delgado. A Denúncia da Lide nas Ações de Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Coords.). **Responsabilidade Civil do Estado - Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política, Legislativa, Administrativa, Judicial**. Fundamentos e Técnicas Constitucionais da Democracia. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1992.

NIEBUHR, Joel. **O Erro Grosseiro** – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/category/categoria-licitacao>. Acesso em: 27 nov. 2018.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. v. IV. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias. **A Segurança Hermenêutica nos vários ramos do Direito e nos Cartórios Extrajudiciais**: repercussões da LINDB após a Lei 13.655/2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td250>. Acesso em: 13 fev. 2020.

OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Improbidade Administrativa – Direito Material e Processual**. 7. ed. São Paulo: Método, 2019.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. A Corrupção como desvio de Recursos Públicos. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). **Direito Público** - Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Quem é o ‘administrador médio’ do TCU?** - LINDB exige que condutas sejam avaliadas a partir da realidade. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controlepublico/quemeadministrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em: 27 nov. 2018.

PASSOS, J. J. Calmon. O Devido Processo Legal e o Duplo Grau de Jurisdição. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 17, p. 132, dez. 1980.

PEREIRA, Flávio Unes. **Improbidade Administrativa e Dolo Genérico**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/improbidade-administrativa-e-o-dolo-generico10082015>. Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. (Coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**. Brasília: Senado Federal, 2015.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **Perspectiva do Direito Público** – Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SALUM, Flavia Maria Pellicari. Responsabilidade Objetiva do Estado nas Atividades Perigosas - o Risco Integral Positivado no Código Civil. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo. (Coords.). **Responsabilidade Civil do Estado** - Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Análise Crítica das Definições e Classificações Jurídicas como Instrumento para compreensão do Direito. In: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). **Direito Global**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. Trad. Celso Reni Braida. 4. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. São Paulo: Atlas, 2011.

SECRETARIA DE ESTADO DE GOVERNO. **Entendendo a Lei Federal n. 13.019/14** - Perguntas e repostas. Disponível em: http://www.sigconsaida.mg.gov.br/images/mrosc/cartilha_capacitacao_escola_contas.pdf Acesso em: 27 nov. 2018.

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade Civil do Produtor**. São Paulo: Editora Almedina, 1990.

SILVA, José Afonso. Perspectivas das Formas Políticas. In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes (Org.). **Perspectiva do Direito Público** – Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa**: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada. São Paulo: Atlas, 2010.

SOUZA, Marcelo dias. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na era do Direito Global. In: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). **Direito Global**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999.

_____. **LINDB: Direito Tributário está sujeito à Lei de Introdução reformada - Qual o âmbito de incidência dos novos dispositivos?** 10/08/2018. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniaoeanalise/artigos/lindb-direito-tributario-esta-sujeito-a-lei-de-introducao-reformada-10082018. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____; CÂMARA, Jacintho Arruda. Improbidade administrativa de dirigente de empresa estatal. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (Orgs.). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

TÁCITO, Caio. **Manual do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

_____. Improbidade administrativa como forma de corrupção. In: **Revista Diálogo Jurídico**, Bahia, ano I, v. I, p. 226, nov. 2001.

_____. Princípio de legalidade e poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242, p. 191-198, out. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42986>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2005.

WADE, H. W. R. **Derecho Administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971

ZANCANER, Weida. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: RT, 1981.

_____. Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.