



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 765.212 - AC (2005/0108650-8)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE
RECORRIDO : FRANCISCO BATISTA DE SOUZA E OUTRO
ADVOGADO : JOSÉ WILSON MENDES LEÃO

EMENTA

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROMOÇÃO PESSOAL EM PROPAGANDA DO GOVERNO. ATO ÍMPROBO POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE HONESTIDADE E LEGALIDADE E ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOLO OU CULPA. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES COMINADAS ÀS HIPÓTESES DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DO VALOR GASTO COM A PUBLICIDADE. DOSIMETRIA DA PENA.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem reconheceu ter havido promoção pessoal dos recorridos em propaganda governamental, mas considerou a conduta mera irregularidade por ausência de dolo.

2. A conduta dos recorridos amolda-se aos atos de improbidade censurados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da *moralidade administrativa*, da *impessoalidade* e da *legalidade*, além de ofender frontalmente a norma contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República, que restringe a publicidade governamental a fins educacionais, informativos e de orientação social, vedando, de maneira absoluta, a promoção pessoal.

3. De acordo com o entendimento majoritário da Segunda Turma, a configuração dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) prescinde da comprovação de dolo. Precedentes: REsp. 915.322/MG (Rel. Min. Humberto Martins, j. 23/9/2008); REsp. 737.279/PR (Rel. Min. Castro Meira, j. 13/5/2008, DJe 21/5/2008).

4. Embora entenda ser tecnicamente válida e mais correta a tese acima exposta, no terreno pragmático a exigência de dolo genérico, direto ou eventual, para o reconhecimento da infração ao art. 11, não trará maiores prejuízos à repressão à imoralidade administrativa. Filio-me, portanto, aos precedentes da Primeira Turma que afirmam a necessidade de caracterização do dolo para configurar ofensa ao art. 11.

5. Ainda que se admita a necessidade de comprovação desse elemento subjetivo, forçoso reconhecer que o art. 11 não exige dolo específico, mas genérico: "vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora". Nessa linha, é desnecessário perquirir a existência de enriquecimento ilícito do administrador público ou o prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da *moralidade administrativa* e da *impessoalidade*.

6. No caso em tela, a promoção pessoal foi realizada por ato voluntário, desvirtuando a finalidade estrita da propaganda pública, a saber, a educação, a informação e a orientação social, o que é suficiente a evidenciar a imoralidade. Não constitui erro escusável ou irregularidade tolerável olvidar princípio constitucional da magnitude da impessoalidade e a vedação contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. O dano ao Erário não é elementar à configuração de ato de improbidade pela modalidade do art. 11. De toda sorte, houve prejuízo com o dispêndio de verba pública em propaganda irregular, impondo-se o ressarcimento da municipalidade.

8. As penas do art. 12 da Lei 8.429/1992 não são necessariamente cumulativas. Desse fato decorre a imprescindibilidade de fundamentação da escolha das sanções aplicadas, levando-se em conta fatores como: a reprovabilidade da conduta, o ressarcimento anteriormente à propositura da Ação Civil Pública dos danos causados, a posição hierárquica do agente, o objetivo público da exemplaridade da resposta judicial e a natureza dos bens jurídicos secundários lesados (saúde, educação, habitação, etc.). Precedentes do STJ.

9. Apesar de estar configurado ato ímprobo, o acórdão recorrido deixou de analisar, de maneira suficiente, os fatos relevantes à dosimetria da sanção a ser aplicada. Assim, caberá ao egrégio Tribunal de origem fixar as penas incidentes concretamente, sem prejuízo da já determinada obrigação de ressarcimento ao Erário.

10. Recurso Especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Eliana Calmon, acompanhando o Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon (voto-vista), Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de março de 2010(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 765.212 - AC (2005/0108650-8)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE**
RECORRIDO : **FRANCISCO BATISTA DE SOUZA E OUTRO**
ADVOGADO : **JOSÉ WILSON MENDES LEÃO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República, contra acórdão assim ementado (fls. 340-352):

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO E SECRETÁRIA. PROPAGANDA IRREGULAR. PROMOÇÃO PESSOAL. AFRONTA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INEXISTÊNCIA.

1 - Não restando comprovado o dolo do agente político em propaganda irregular, considera-se apenas a mera irregularidade do ato, não a improbidade.

2 - julga-se improcedente a Ação Civil Pública na qual não se encontra razoabilidade para a sua propositura.

O recorrente alega violação dos arts. 9º, I, e 11 da Lei 8.429/1992. Sustenta que a simples divulgação e exibição, pelos recorridos, das suas imagens e nomes em propaganda oficial do governo municipal, com gasto de verba pública, caracteriza ato de improbidade administrativa.

Contra-razões às fls. 272-281.

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento do Recurso Especial (fls. 291-296).

Inicialmente, proferi voto acenando com a **suficiência da voluntariedade** para a caracterização dos atos de improbidade coibidos pelo art. 11 da Lei 8.429/1992. Após o voto-vista do Ministro Mauro Campbell, pedi vista regimental para melhor analisar a questão.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 765.212 - AC (2005/0108650-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Após o voto-vista do Min. Mauro Campbell, no sentido de que a comprovação do dolo é essencial para a configuração dos atos de improbidade tratados no art. 11 da Lei 8.429/1992, pedi vista regimental para adentrar a fundo essa questão.

Cuidam os autos de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Acre contra o então Prefeito do Município de Senador Guiomard e a Secretária do Bem-Estar Social, imputando-lhes ato de improbidade administrativa por terem feito promoção pessoal em propaganda oficial do governo municipal.

O Tribunal *a quo* reputou sem razoabilidade a Ação Civil Pública proposta, por entender que **a conduta dos réus não configura ato de improbidade**, e sim **mera irregularidade administrativa**.

Verifico que os artigos 9, I, e 11 da Lei 8429/1992 encontram-se devidamente prequestionados e a análise da alegada violação, *in casu*, é questão de direito a ser aferida a par da questão fática abordada no acórdão recorrido.

A leitura do acórdão recorrido evidencia que, apesar de reconhecer o fato de que os recorridos realizaram promoção pessoal em propaganda do ente municipal no qual ocupavam os cargos de prefeito e secretária, às expensas dos cofres públicos, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Acre entendeu não estar configurado ato de improbidade **por não ter sido comprovado o dolo**. Consta no voto-condutor:

(...) o ato inquinado de ímprobo reveste-se de mera irregularidade administrativa, onde não se vê má-fé.

(...)

Para que restasse configurada a improbidade administrativa deveria ser comprovado o dolo e na presente ação não restaram demonstrados os elementos que revelam o caráter doloso da prática do agente.

(...)

O Requerente não conseguiu demonstrar o dolo existente e em caso de improbidade administrativa a responsabilidade é sempre subjetiva, sendo imprescindível a demonstração do elemento caracterizador do ato ilícito, que é o dolo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Seguindo essa linha de raciocínio, o Tribunal deixou de enquadrar a conduta dos recorrentes nas hipóteses previstas nos arts. 9, I, e 11 da Lei 8429/1992, e a considerou mera irregularidade administrativa.

Dispõem os aludidos dispositivos:

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

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

(...)

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

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

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

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

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

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

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

Constato, de plano, que a conduta dos agentes públicos descrita no acórdão recorrido não se subsume à hipótese do art. 9, I, da Lei de Improbidade Administrativa, porquanto não lhes foi imputado o recebimento de qualquer vantagem econômica. O único elemento econômico mencionado no acórdão refere-se ao valor gasto pelo município com a propaganda, estando ausente o enriquecimento ilícito que caracteriza a modalidade de ato ímprobo prevista naquele dispositivo legal.

Assim, cabe verificar o enquadramento da conduta dos recorridos no art. 11 da Lei 8.429/1992, tal como sustentado pelo *Parquet*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Improbidade administrativa e elemento subjetivo: a controvertida jurisprudência do STJ

A Lei 8.429/1992 qualifica os atos de improbidade administrativa em três modalidades: os que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), os que acarretam prejuízo ao Erário (art. 10) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). *In verbis*:

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

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

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

Muito se discute acerca da configuração de ato de improbidade por culpa, sobretudo diante da comparação entre a redação dos dispositivos transcritos. Isso porque, enquanto o art. 10 faz menção expressa à conduta "dolosa ou culposa", os arts. 9º e 11 são silentes nesse aspecto.

É assente na jurisprudência do STJ que os atos de improbidade tipificados no art. 10 podem decorrer de dolo ou culpa, porém persiste controvérsia quanto ao elemento subjetivo presente nas demais modalidades de improbidade.

A Primeira Turma tem manifestado o entendimento de que o silêncio da lei afasta as condutas culposas dos atos de improbidade sancionados pelos arts. 9º e 11 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8.429/1992. A exemplo, confira-se a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. LEI 8.429/92. LICITAÇÃO. NECESSIDADE DE CONFIGURAÇÃO DO DOLO DO AGENTE PÚBLICO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ.

1. Nem todo o ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para os fins da Lei 8.429/92. A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador.

2. As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sendo que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa. Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas, conclui-se que o silêncio da Lei tem o sentido eloqüente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9º e 11.

3. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 07 desta Corte.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

(REsp 940.629/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2008, DJe 04/09/2008)

A Segunda Turma, por sua vez, vinha preconizando que "o art. 11 elenca diversas infrações para cuja consecução, em tese, é desnecessário perquirir se o gestor público se comportou com dolo ou culpa, ou se houve prejuízo material ao erário. Assim, nos quadrantes do Direito Penal, estar-se-ia diante de um crime formal ou de mera conduta, em oposição aos crimes materiais (arts. 9º e 10 da LIA), para os quais se exige um resultado no mundo fenomênico". Esse foi o entendimento consignado no julgamento do REsp 737.279/PR, tendo o acórdão a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO.

1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92, em princípio, não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Caso reste demonstrada a lesão, o inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92 autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário.

2. A conduta do recorrente de contratar e manter servidores sem concurso público na Administração amolda-se ao caput do art. 11 da Lei nº



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8.429/92, ainda que o serviço público tenha sido devidamente prestado.

3. Não havendo prova de dano ao erário, não há que se falar em ressarcimento, nos termos da primeira parte do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/92. As demais penalidades, inclusive a multa civil, que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos).

4. Acórdão reformado para excluir a condenação ao ressarcimento de danos e reduzir a multa civil de dez para três vezes o valor da última remuneração recebida no último ano de mandato em face da ausência de prejuízo ao erário.

5. Recurso especial provido em parte.

(REsp 737.279/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe 21/05/2008)

No julgamento do REsp 915.322/MG (Rel. Min. Humberto Martins, DJ 27.11.2008), a Segunda Turma renovou o entendimento quanto à desnecessidade de comprovação de dolo ou culpa nos casos do art. 11, tendo em vista que a ofensa ao princípio da moralidade administrativa é evidente no confronto entre a conduta e a previsão jurídica.

No voto inicial que apresentei no caso concreto, acenei com a **tese da voluntariedade da conduta**. O Min. Mauro Campbell apresentou judicioso e profundo voto-vista, no qual, divergindo do entendimento que vinha sendo adotado pela Segunda Turma, defende que o art. 11 somente admite improbidade por **conduta dolosa (dolo genérico, direto ou eventual)**, ou seja, existe quando o administrador sabe ou deveria saber que o ato viola os deveres estatuídos no ordenamento, e age com vontade.

Conclui afirmando que, na hipótese dos autos, os recorridos agiram com dolo, pois eles sabiam – ou deveriam saber – que a veiculação de suas imagens caracterizaria propaganda pessoal, mas ainda assim anuíram.

2. Meu posicionamento, até agora, sobre o elemento subjetivo no art. 11

Concordo que a Lei de Improbidade Administrativa não comporta responsabilidade objetiva, tendo em vista que o princípio da culpabilidade, inerente ao Direito Administrativo Sancionador, exige a presença de elemento subjetivo.

A par das peculiaridades do Direito Administrativo Sancionador, entendo que o fato de o legislador, no art. 10, ter feito menção expressa à "ação ou omissão dolosa ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

culposa" não favorece a tese de que o silêncio da lei quanto ao elemento subjetivo, no art. 11, exclui a possibilidade de infração por culpa.

A linguagem utilizada na redação dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/1992 não é a mesma do Direito Penal, mesmo porque neste a menção ao dolo é de todo desnecessária, porquanto se trata de elemento subjetivo lógico e presente nos tipos penais em geral. Qualquer crime admite a modalidade dolosa e a referência à culpa é feita por ser excepcional.

Segundo as regras de hermenêutica, não existem termos inúteis em uma proposição normativa. Nesse diapasão, a referência à conduta dolosa constante do art. 10, para não ser considerada desnecessária, somente se justifica pelo seu caráter *stricto sensu*. Ou seja, naquele dispositivo, os elementos subjetivos são exaltados por se relacionarem, especificamente, ao prejuízo ao Erário.

Ocorre que seria um exagero caracterizar improbidade administrativa cada vez que o Administrador causasse um dano – mesmo os imprevisíveis – aos cofres públicos. Ao legislador não passou despercebido que administrar é, com frequência, assumir riscos de danos, o que não basta para ensejar a aplicação das sanções previstas na Lei da Improbidade Administrativa. Aqui, para a punição do Administrador que se entende ímprobo, exige-se um elemento subjetivo especial, ligado à própria consecução do dano ao Erário. É o dolo, ou culpa, referido na norma.

Já no art. 11, cuja penalidade é mais branda, o prejuízo ao Erário é elemento secundário ou acidental e o foco da figura típica reside na preservação dos valores abstratos e intangíveis da administração proba, lastreada em princípios de fundo constitucional e legal informadores do dever de boa gestão e honestidade no trato da coisa pública.

Nessa esteira, parece-me que não é a ausência de menção expressa à culpa que a exclui do art. 11, pois é a essência da norma, ao censurar condutas que contrariem princípios comezinhos e de conhecimento obrigatório, que a permite. A violação, nesse aspecto, pode decorrer de desonestidade ou de incúria, tendo em vista que a grave negligência, imprudência ou imperícia no exercício de função pública – e não meras irregularidades, friso – também maculam o dever de boa gestão.

Cumpre anotar que no Direito Administrativo Sancionador, de um modo geral,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a culpa não assume caráter excepcional, embora seja menos grave que o dolo – o que deverá ser ponderado na cominação das sanções, e não na configuração da infração.

A propósito, na linha da defendida peculiaridade do elemento subjetivo no Direito Administrativo Sancionador, Fábio Medina Osório acena com a ausência de excepcionalidade da culpa e da possibilidade de sua verificação implícita no texto legal (*Direito Administrativo Sancionador*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, pp. 333-334):

(...) a culpa tem especial importância no Direito Administrativo Sancionador, porque é possível uma ampla utilização das figuras culposas. O ilícito culposos tem larga utilização prática.

Não vigora o princípio da excepcionalidade do ilícito culposos. Depende de uma deliberação legislativa ou da própria redação do tipo sancionador a constatação se há, ou não, a exigência de uma subjetividade dolosa ou culposa. O silêncio legislativo há de ser interpretado em seu devido contexto, podendo haver, inclusive, uma admissão implícita de uma modalidade culposa de ilícito.

Cito, ainda, a seguinte doutrina (Rafael Munhoz Mello, *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 186):

É suficiente para a imposição da sanção administrativa retributiva a prática da conduta delituosa em função de negligência, imprudência ou imperícia do agente. No direito administrativo sancionador o princípio da culpabilidade é atendido com a mera presença de culpa, ao contrário do que ocorre no direito penal brasileiro, no qual em regra se exige dolo do infrator.

Especificamente no campo da Improbidade Administrativa, deve-se ter em vista que, ao buscar conferir efetiva proteção aos valores éticos e morais da Administração Pública, a Lei 8.429/1992 não reprovava apenas o agente desonesto, que age com má-fé, mas também o que deixa de agir de forma diligente no desempenho da função para a qual foi investido. O art. 4º expõe a preocupação do legislador com o dever de observância aos princípios administrativos básicos:

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Wallace Paiva Martins Júnior pontua que a improbidade administrativa, em linhas gerais, decorre de comportamento "desejado ou fruto de incúria, desprezo, falta de precaução ou cuidado", que infrinja princípios e regras, explícitos ou implícitos, de boa administração e revele o desvio ético do agente ou do beneficiário e participe (*Probidade Administrativa*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 117).

O referido autor comunga o entendimento, ora defendido, de que o art. 11 alcança condutas culposas (*op. cit.*, p. 286):

Não se comunga a tese de que, em razão da explícita admissão do dolo e da culpa no art. 10, a lei tenha exigido o dolo nos arts. 9º e 11 e tornado impunível o ato culposo nessas espécies de improbidade administrativa. Efetivamente, não. O art. 11 preocupa-se com a intensidade do elemento volitivo do agente, pune condutas dolosas e culposas (aqui entendida a culpa grave). (...) é mister a ocorrência de grave e inequívoca violação aos princípios e deveres administrativos, notadamente legalidade e moralidade, que revele a falta de ética e não meras irregularidades que não configurem dano aos princípios e deveres administrativos.

É certo que a regra não serve ao propósito de sancionar o cometimento de meras irregularidades ou erros toleráveis, mas também não podem ter essa reduzida importância as ações ou omissões que, ultrapassando a margem humana de falibilidade funcional, indiquem grave negligência e inabilitação para a gestão pública.

De outro ponto, cumpre delinear em que consiste o dolo nas condutas censuradas pelo art. 11 da Lei 8.429/1992.

Segundo a conceituação do Código Penal, tem-se crime doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” (art. 18, I).

Também nesse ponto devem ser observadas as peculiaridades do Direito Administrativo, ainda que sancionatório, sobretudo a de que a conduta do agente público não está adstrita à sua vontade, porquanto pautada por deveres inerentes ao exercício da função na qual está investido, cujo conhecimento e cumprimento são obrigatórios.

A propósito, a diferenciação entre o dolo administrativo e o dolo penal é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apontada por Fábio Media Osório (*Direito Administrativo Sancionador*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 333):

O dolo não é necessariamente a má-fé, porque há ilícitos graves que resultam de desvios comportamentais em face de exigências legais específicas. O desvio de finalidade, em que o agente busca interesse público completamente distinto daquele definido na regra de competência, talvez não se ajuste a uma idéia comum de má-fé ou dolo. Porém, inegável que tal administrador ou agente público pode ser sancionado por seu comportamento ilegal, e essa ilegalidade pode ser compreendida como um limite ao estilo patrimonialista ou personalista de governar, administrar ou simplesmente atuar.

(...)

O dolo, portanto, no âmbito de relações em que se faz presente um agente público ou alguém exercente de funções públicas, pessoas submetidas à legalidade administrativa, é de ser analisado em conjugação com o tipo proibitivo, havendo, todavia, a diferenciada análise do tipo permissivo violado, que integra a estrutura da proibição.

Trata-se, destarte, de uma estrutura proibitiva complexa, que parte de uma ausência de permissão para a ação ou omissão do agente público particular. Diferente é a base do direito penal, que proíbe comportamentos originariamente permitidos ou não proibidos. A infração administrativa, nesses termos considerada, tem seu ponto de partida na ação ou omissão sem o permissivo legal, quando se trata de alcançar relações de especial sujeição do indivíduo ou pessoa jurídica ao Estado. O ato penalmente típico, por seu lado, geralmente, tem seu núcleo na violação de uma proibição ou no ajuste da conduta do agente a uma norma penal implicitamente proibitiva e explicitamente descritiva de um comportamento.

Se o agente descumpre abertamente normas legais, pouco importa o interesse perseguido, há uma infração dolosa.

Vontade e consciência de realização dos elementos da figura típica, eis o dolo comumente conceituado no direito penal e que, de forma um pouco mais flexível e elástica, diante da maior amplitude típica da infração administrativa, há de ser aceito também do Direito Administrativo Sancionatório.

Pois bem. Levado esse conceito para o art. 11 da Lei 8.429/1992, tem-se que o dolo reside na simples consciência e vontade de praticar determinada conduta, comissiva ou omissiva, que não se coadune com os princípios administrativos e com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, tal como se evidencia no rol exemplificativo do mencionado dispositivo (desvio de poder, frustração de licitude de concurso público etc.). Pouco importa se o agente atua com intenção específica de violar a lei ou com outra especial finalidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Concluo, portanto, que os atos de improbidade coibidos pelo art. 11 da Lei 8.429/1992 podem se configurar por **dolo ou culpa** na realização da conduta, comissiva ou omissiva, que contrarie os princípios administrativos e os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

3. O entendimento da Primeira Turma e o meu reposicionamento sobre a questão

Embora continue acreditando ser tecnicamente válida e mais correta a linha de argumentação acima exposta e defendida, tenho para mim que, no terreno pragmático, a exigência de dolo genérico, direto ou eventual, para o reconhecimento da infração ao art. 11, não trará maiores prejuízos à repressão à imoralidade administrativa.

Com efeito, como ensina Damásio de Jesus (*Direito Penal*, vol. 1, 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 283), "o dolo integra a ação", podendo ser definido como "a vontade de concretizar as características objetivas do tipo". Para os adeptos da *teoria finalista da ação*, "o dolo é natural: corresponde à simples vontade de concretizar os elementos objetivos do tipo, não portando a consciência da ilicitude" (p. 284).

Ao analisar a necessidade de caracterização do dolo para o reconhecimento de ofensa ao art. 11 da LIA, o Ministro Mauro Campbell Marques afirmou:

(...)

Em segundo lugar, **não há qualquer elemento subjetivo especial na tipologia**, vale dizer, não é preciso que, para caracterizar a improbidade, o agente busque qualquer finalidade a mais além do próprio objetivo reprovável.

Uma comparação simples ajudará a entender a extensão da assertiva anterior. O art. 159 do CP diz que é crime sujeito à pena de reclusão "[s]eqüestrar pessoa *com o fim de obter*, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate" (destaque nosso). A locução "com o fim de" caracteriza um elemento subjetivo especial do tipo, uma finalidade a mais, ou, como se diz na doutrina penal, um especial fim de agir. É verdade que, para caracterizar a extorsão mediante seqüestro, é desnecessário o alcance dessa finalidade, mas ela integra o tipo.

Lado a lado arts. 159 do CP e 11 da LIA, fica nítido que para este último é despidiendi a busca por uma finalidade diferente da violação aos deveres nele colocados. **É por isso que também não é correto exigir a presença de dolo específico.** Basta o dolo *lato sensu* (direto - resultado querido e aderente à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ação - ou eventual - risco de produção do resultado).

De fato, o que se exige é o dolo genérico, ou seja, "a vontade de realizar fato descrito na norma penal incriminadora" (Damásio de Jesus, obra citada, p. 289), ou, *in casu*, na norma administrativa.

Assim posta a questão, passo a me filiar à jurisprudência predominante na Primeira Turma, que exige a presença de dolo para a caracterização de ofensa ao art. 11 da Lei de Improbidade. Nesse sentido, destaco os precedentes abaixo:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ELEMENTO SUBJETIVO. PRECEDENTES DO STJ. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. A configuração de qualquer ato de improbidade administrativa exige a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público, pois não é admitida a responsabilidade objetiva em face do atual sistema jurídico brasileiro, principalmente considerando a gravidade das sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa.

2. Assim, é indispensável a presença de conduta dolosa ou culposa do agente público ao praticar o ato de improbidade administrativa, especialmente pelo tipo previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, especificamente por lesão aos princípios da Administração Pública, que admite manifesta amplitude em sua aplicação. Por outro lado, é importante ressaltar que a forma culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado à lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (arts. 9º e 11 da LIA).

3. No caso concreto, o Tribunal de origem qualificou equivocadamente a conduta do agente público, pois a desídia e a negligência, expressamente reconhecidas no julgado impugnado, não configuram dolo, tampouco dolo eventual, mas indiscutivelmente modalidade de culpa. Tal consideração afasta a configuração de ato de improbidade administrativa por violação de princípios da administração pública, pois não foi demonstrada a indispensável prática dolosa da conduta de atentado aos princípios da Administração Pública, mas efetiva conduta culposa, o que não permite o reconhecimento de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92.

4. Provimento do recurso especial.

(REsp 875.163/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 01/07/2009)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC: INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TIPIFICAÇÃO. INDISPENSABILIDADE DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO, NAS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 9º E 11 DA LEI 8.429/92 E CULPA, PELO MENOS, NAS HIPÓTESES DO ART. 10). PRECEDENTES. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO, JÁ QUE FOI NEGADA AO RECORRENTE A PRODUÇÃO DE PROVA TENDENTE A AFASTAR A CONFIGURAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(REsp 1054843/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 23/03/2009)

Repiso, contudo, que, como ressaltado pelo Ministro Mauro Campbell Marques, não se exige dolo específico, mas dolo genérico: "vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora".

Nessa linha, para que se concretize a ofensa ao art. 11 da Lei de Improbidade, revela-se desnecessária a comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou a caracterização de prejuízo ao Erário.

Tomando-se como exemplo a contratação de servidor sem concurso público, temos que o dolo está configurado se for manifesta a vontade de realizar conduta contrária ao dever de legalidade, pois é inequívoca a obrigatoriedade do certame (art. 37, II, da Constituição da República). É dolo *in re ipsa*.

Assim, diversamente do que vem decidindo a Primeira Turma do STJ (vide REsp 917.437/MG, Relator para acórdão Ministro Luiz Fux, DJe de 1º.10.2008), entendo que a vontade de praticar ato contrário à lei – p. ex., contratar sem concurso público – configura conduta dolosa, tipificada no art. 11 da Lei 8.429/1992.

Feitas essas considerações, passo à análise do caso dos autos.

4. Propaganda pessoal e infração ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa: a hipótese dos autos

Na hipótese em tela, o acórdão evidencia que os recorridos, espontaneamente, fizeram indicação pessoal em propaganda do ente municipal no qual ocupavam os cargos de prefeito e secretária, às expensas dos cofres públicos.

Sob a ótica da Lei 8.429/1992, a "privatização" da propaganda governamental,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em frontal violação à proibição constitucional e legal, contrapõe-se aos valores éticos e legais que orientam a sociedade brasileira, sobretudo no regime da Constituição de 1988. Viola os deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade.

Nessa linha, a conduta atenta contra os *princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade*, o tripé da boa e democrática governança, verdadeira espinha dorsal do art. 37, § 1º, da Constituição da República, o qual dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

A promoção pessoal foi realizada por ato voluntário, desvirtuando a finalidade estrita da propaganda pública, a saber, a educação, a informação e a orientação social, o que é suficiente a evidenciar a imoralidade. Não constitui erro escusável, nem tolerável irregularidade, olvidar um princípio constitucional da magnitude da impessoalidade e a vedação contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República.

A regra do ordenamento jurídico brasileiro é tão simples como conhecida de todos: o administrador que quiser fazer promoção pessoal pode fazê-lo, respeitados os limites da legislação eleitoral, desde que às suas próprias expensas.

Novamente me reporto aos ensinamentos de Wallace Paiva Martins Júnior, o qual aborda com precisão a improbidade configurada pela propaganda pessoal indevida, ao discorrer sobre a objetividade do princípio da moralidade (Ob. cit, pp. 36-37):

O art. 37, § 1, da Constituição Federal fornece noção concreta da objetividade do princípio, ao inscrever a proibição de promoção pessoal em publicidade oficial, nele se fixando essencialmente a imoralidade do comportamento de personalização da Administração Pública, a partir da distinção entre o certo e o errado, fazendo prevalecer a noção importante, e muitas vezes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relegada, do interesse público primário. Sua violação importa ato lesivo à moralidade administrativa, reconhecida amiúde na jurisprudência em casos exemplares de veiculação de promoção pessoal através de nomes, imagens, símbolos, preferências político-partidárias etc. em bens públicos, placas de obras, informativos oficiais, e caracteriza indisfarçável ato de improbidade administrativa, pois escapa aos objetivos de informação, orientação social e educação como finalidades estritas da publicidade governamental, não tolerando os abusos cometidos, como na publicação de matéria sob as expensas dos cofres públicos para defesa pessoal de autoridade, reconhecendo a jurisprudência a improbidade administrativa.

Concluo, pois, que a conduta dos recorridos constitui ato de improbidade censurado pelo art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

É desnecessário perquirir acerca da comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou da caracterização de prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos *princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade*.

Sem embargo de ser inequívoca a ocorrência de ato ímprobo, o acórdão recorrido não contém análise exaustiva de fatos relevantes à dosimetria da sanção. Assim, entendo que o egrégio Tribunal *a quo* deverá fixá-la em conformidade com os fatos provados nos autos e o disposto no art. 12, III, da Lei 8.429/1992, levando em conta fatores como a reprovabilidade da conduta, o ressarcimento dos danos causados, a posição hierárquica do agente, o caráter exemplar da resposta judicial, a natureza dos bens jurídicos secundários lesados (saúde, educação, habitação, etc.) e fundamentando, se for o caso, a não-aplicação cumulativa.

Impõe-se o ressarcimento ao Erário do valor gasto com a propaganda irregular, devendo os recorridos concorrer igualmente nesse pagamento, devidamente corrigido, em favor do Município de Senador Guimard.

Registre-se, por fim, que a discussão, tanto na instância de origem, quanto no Recurso Especial, centrou-se na caracterização da ofensa ao art. 11 da Lei 8.429/1992. Com a devida vênia ao Ministro Mauro Campbell Marques, entendo não ser possível a aplicação do art. 10 da mesma lei, tendo em vista que, além de não estar prequestionado, configuraria julgamento *extra petita*, por trazer sanções diversas daquelas previstas para o art. 11.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do exposto, **dou parcial provimento ao Recurso Especial para reconhecer a violação ao art. 11 da Lei 8.429/1992 e enquadrar a conduta dos recorridos em ato de improbidade por violação do dever de legalidade e lealdade às instituições e atentado aos princípios da administração pública. Determino o ressarcimento da verba municipal gasta com a propaganda irregular e o retorno dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Acre para que sejam fixadas as demais penas, assim como as verbas de sucumbência.**

É como **voto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2005/0108650-8

REsp 765212 / AC

Números Origem: 20040002780 39572003 40002780

PAUTA: 28/10/2008

JULGADO: 04/11/2008

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DULCINÉA MOREIRA DE BARROS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE

RECORRIDO : FRANCISCO BATISTA DE SOUZA E OUTRO

ADVOGADO : JOSÉ WILSON MENDES LEÃO

ASSUNTO: Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa - Prefeito / Ex-Prefeito

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), dando parcial provimento ao recurso, pediu vista dos autos, o(a) Sr(a). Ministro(a) Mauro Campbell Marques."

Aguardam os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins.

Brasília, 04 de novembro de 2008

VALÉRIA ALVIM DUSI

Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 765.212 - AC (2005/0108650-8)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES: Tem-se na espécie recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Acre, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Acre assim ementado (fl. 340):

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO E SECRETÁRIA. PROPAGANDA IRREGULAR. PROMOÇÃO PESSOAL. AFRONTA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INEXISTÊNCIA.

1 - Não restando comprovado o dolo do agente político em propaganda irregular, considera-se apenas a mera ilegalidade do ato, não a improbidade.

2 - Julga-se improcedente a Ação Civil Pública na qual não se encontra razoabilidade para sua propositura.

Nas razões recursais (fls. 356/362), o recorrente sustenta ter havido violação aos arts. 9º, inc. I, e 11 da Lei n. 8.429/92, uma vez que "a simples divulgação e exibição na televisão local, das imagens e nomes dos recorridos, como gestores públicos, na propaganda oficial do Governo Municipal, com a utilização do erário público, caracteriza ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 9º, I e art. 11, ambos da Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), evidenciando a promoção pessoal dos agentes públicos, com o dinheiro público, não podendo o acórdão recorrido declarar o fato como mera irregularidade administrativa, negando a presença de dolo" (fl. 360).

Em contra-razões (fls. 372/381), o recorrido defende, preliminarmente, a incidência da Súmula n. 7 desta Corte Superior e, no mérito, o acerto da decisão impugnada.

O juízo de admissibilidade foi positivo na instância ordinária (fls. 384/386) e o recurso foi regularmente processado, subindo os autos ao Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal requereu juntada de parecer pelo provimento do apelo especial (fls. 290v/296).

Na qualidade de Relator do feito, o Min. Herman Benjamin entendeu, inicialmente, pela não-incidência do art. 9º, inc. I, da Lei de Improbidade Administrativa, em razão da inexistência de enriquecimento ilícito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à ofensa ao art. 11 da Lei n. 8.429/92, disse o eminente Ministro Relator o seguinte:

A realização de promoção pessoal, com recursos públicos, caracteriza infração ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Sob a ótica da Lei 8429/1992, a "privatização" da propaganda governamental, em frontal violação à proibição constitucional e legal, contrapõe-se aos valores éticos e legais que orientam a sociedade brasileira, sobretudo no regime da Constituição de 1988. Atenta contra os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade, o tripé da boa e democrática governança, verdadeira espinha dorsal do art. 37, § 1º, da Constituição da República [...].

Saliento que as ponderações lançadas no acórdão recorrido a respeito do montante da verba pública gasta na propaganda irregular não elidem a configuração da improbidade por atentado aos princípios da Administração Pública, censurada no art. 11 da Lei 8.429/1992. O prejuízo ao Erário não é elementar a esse dispositivo, podendo ou não ocorrer.

[...]

Ao revés do que se dá com outros dispositivos da Lei da Improbidade Administrativa (como o art. 10), o prejuízo ao Erário, no art. 11, é elemento secundário ou accidental da norma, na medida em que o foco da figura típica reside na preservação dos valores abstratos e intangíveis da administração proba, lastreada em princípios de fundo constitucional e legal.

[...]

A configuração de ato de improbidade previsto no art. 11 prescinde da comprovação de dolo, sendo bastante a violação aos princípios administrativos, todos eles informadores do dever de boa administração e honestidade no trato da coisa pública. Não se trata, evidentemente, de responsabilidade civil objetiva, regime incompatível com a Lei da Improbidade Administrativa. Tal não implica dizer que o texto legal, necessariamente, exige a prova de dolo, pois para a configuração do ilícito em questão basta a voluntariedade da conduta. Aqui, é de mister distinguir *voluntariedade* de *intencionalidade*.

Também não favorece aos recorrentes o fato do legislador, no art. 10, ter feito menção expressa à "ação ou omissão *dolosa* ou *culposa*" (grifei). Tal linguagem, em vez de indicar que nos outros dispositivos da Lei a ação ou omissão haverá de ser sempre dolosa, em verdade quer significar exatamente o oposto, ou seja, que neles basta a *voluntariedade*, dispensada a prova de culpa *stricto sensu* e, em especial, de dolo. Afinal, quem desrespeita um princípio constitucional da magnitude da impessoalidade e o faz por livre e espontânea vontade, pouco há que se perquirir acerca de um elemento subjetivo complementar, muito mais afeito à consecução do resultado do que propriamente ao cometimento da infração em si mesma.

No art. 10, há um fundamento para a exigibilidade de dolo ou culpa *stricto sensu*: é que lá o que se protege não é apenas o patrimônio abstrato da Administração, mas o próprio Erário. E seria um exagero caracterizar improbidade administrativa cada vez que o Administrador causasse um dano - mesmo os imprevisíveis - aos cofres públicos. Ao legislador não passou despercebido que administrar é, com frequência, assumir riscos de danos, o que não basta para ensejar a aplicação das sanções previstas na Lei da Improbidade Administrativa. Aqui, para a punição do Administrador que se entende ímprobo, exige-se um elemento subjetivo especial, ligado à própria consecução do dano ao Erário. É o dolo ou culpa referidos na norma.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Em síntese, quer me parecer que o elemento subjetivo, no caso, reside na simples intenção dos agentes (= voluntariedade) de praticarem o ato, *in casu* com a identificação pessoal em propaganda governamental, à custa do erário público. A promoção pessoal foi realizada por ato voluntário, desvirtuando a finalidade estrita da propaganda pública, a saber, a educação, a informação e a orientação social. É desnecessário, nesse contexto, perquirir se os recorridos agiram com intuito específico de violar os princípios administrativos e a norma constitucional citada alhures.

Resumidamente, portanto, apontou-se que: (a) a existência de prejuízo ao Erário é dispensável para fins de aplicação do art. 11 da Lei n. 8.429/92; (b) também é prescindível a caracterização do elemento subjetivo da conduta, ou seja, prescindível a comprovação de dolo ou culpa; e (c) para a configuração de improbidade administrativa nesses casos basta que a conduta do agente tenha sido voluntária, sendo suficiente, portanto, que haja intenção de praticar o ato (voluntariedade).

Nessa esteira, entendeu o Ministro Relator pela aplicação das sanções previstas no art. 12, inc. III, da Lei n. 8.429/92, com remessa dos autos à instância ordinária para a dosimetria da pena.

Tomei a liberdade de pedir vista antecipada para melhor apreciar a questão e para firmar minha posição pessoal em relação a um tema tão relevante como este.

Permitindo-me seguir o mesmo caminho de exposição do Min. Herman Benjamin, começarei analisando a malversação ao art. 9º, inc. I, da Lei n. 8.429/92, passando pela ofensa ao art. 11 do mesmo diploma normativo e fazendo outras considerações depois.

I. Lei n. 8.429/92, art. 9º.

Tal qual a relatoria do presente caso, penso que também não é caso de fazer incidir a norma constante do art. 9º, inc. I, da Lei n. 8.429/92. O enriquecimento ilícito é elemento normativo jurídico do tipo descrito no *caput* do art. 9º, ao qual estão logicamente vinculados os incisos, motivo pelo qual, na sua ausência, não há situação de fato que autoriza a aplicação da norma.

Nesse ponto, portanto, acompanho o Relator sem restrições.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II. Lei n. 8.429/92, art. 11.

a) Da imprescindibilidade do elemento subjetivo: impossibilidade de responsabilização objetiva ou por simples voluntariedade.

Diz o art. 11 da Lei n. 8.429/92:

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

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

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

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

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

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

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

A dúvida que surge da leitura do dispositivo é a seguinte: estaria a incidência do art. 11 da Lei n. 8.429/92 condicionada à presença de algum elemento subjetivo (dolo e/ou culpa)?

A meu juízo, a resposta de tal pergunta passa pela análise prévia de um ponto nodal, qual seja, a **unicidade com que se deve tratar o direito sancionador**.

A característica básica de um sistema normativo ideal é a *adequação valorativa* de suas normas, que lhe proporciona ordem (Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema*, 2002). Dois são os valores resguardados pela **adequação valorativa**: a justiça e a segurança jurídica. Isto porque a adequação valorativa é uma garantia de universalização, uma concretização do princípio da igualdade. Resguarda também a segurança jurídica (sob todas as perspectivas: determinabilidade, previsibilidade, estabilidade e continuidade), na medida em que permite que administrados e administradores ordenem suas condutas de acordo com a regência desse sistema.

Pois bem. Há uma realidade inegável no ordenamento jurídico brasileiro, por cima da qual não podemos passar: existe um **microssistema de proteção à moralidade administrativa**, iniciado já antes da promulgação da Constituição da República de 1988 e por ela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

perpetuado e reforçado. Esse microssistema é formado *basicamente* pelas Leis n. 4.717/65 (Lei de Ação Popular - LAP), 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública - LACP), pela Constituição da República de 1988 (CR/88) e 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA).

Esse microssistema normativo traz **sanções de especial gravidade** para os agentes públicos que eventualmente incidirem nas condutas tipificadas em suas prescrições. Em razão dessa peculiaridade, penso que **há uma aproximação inegável deste conjunto de normas com o Direito Penal**, formando o que se denomina usualmente de **direito administrativo sancionador**.

Não estou dizendo aqui, entenda-se bem, que *todas* as regras e os princípios atinentes ao Direito Penal possam ser aplicados, sem qualquer tempero, às ações constitucionais de proteção à moralidade. Não é isso. Esse entendimento, inclusive, é fortemente combatido pela doutrina administrativista, que defende a separação das esferas cível, administrativa e penal.

As sanções da Lei de Ação Popular, da Lei de Ação Civil Pública e da Lei de Improbidade Administrativa não têm caráter penal, mas formam o arcabouço do direito administrativo sancionador, de cunho eminentemente punitivo, fato que autoriza trazermos à baila a lógica do Direito Penal, ainda que com *granus salis*. É razoável pensar, pois, que pelo menos os princípios relacionados a direitos fundamentais que informem o Direito Penal devam, igualmente, informar a aplicação de outras leis de cunho sancionatório.

Sobre o ponto, ganha relevância a transcrição literal das lições de Fábio Medina Osório:

O certo é que vigora, fortemente, a idéia de que o Estado possui um único e unitário poder punitivo, que estaria submerso em normas de direito público. Essa caracterização teórica do poder punitivo estatal tem múltiplas consequências, e, paradoxalmente, parcela das situações que lhe servem de premissa são extremamente problemáticas. **A mais importante e fundamental consequência da suposta unidade do *ius puniendi* do Estado é a aplicação de princípios comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador, reforçando-se, nesse passo as garantias individuais.** (...) Prova dessa inegável realidade seria o fato de que o legislador ostenta amplos poderes discricionários na administrativização de ilícitos penais ou na penalização de ilícitos administrativos. Pode um ilícito hoje ser penal e no dia seguinte amanhecer administrativo ou vice-versa. **Não há um critério qualitativo a separar esses ilícitos e tampouco um critério rigorosamente quantitativo, porque algumas sanções administrativas são mais severas do que as sanções penais.** Pode haver, claro, tendências, em termos de política do Direito Punitivo. Isto não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

significa que haja espaços demarcados por critérios qualitativos, salvo em raras e excepcionais situações contempladas nas Cartas Constitucionais, onde se torna possível discriminar situações obrigatórias tipificação penal, ou, ao revés, de tipificação penal interdita. (Fábio Medina Osório, *Direito administrativo sancionador*, 2005, p. 120 e 124, com destaques acrescentados)

Há mais: esses princípios acauteladores de direitos fundamentais são, eles próprios, garantias fundamentais e, assim, tornam-se aplicáveis a todos os indivíduos, em qualquer esfera em que se encontrem (seja penal, seja cível, seja administrativa).

A Primeira Turma desta Corte Superior já teve a oportunidade de se manifestar sobre tal aproximação entre Direito Penal e Direito Administrativo. Veja-se a ementa abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA. APLICAÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE DA SIMPLES DISPENSA DA SANÇÃO.

1. Reconhecida a ocorrência de fato que tipifica improbidade administrativa, cumpre ao juiz aplicar a correspondente sanção. Para tal efeito, não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração, **individualizando-as, se for o caso, sob os princípios do direito penal**. O que não se compatibiliza com o direito é simplesmente dispensar a aplicação da pena em caso de reconhecida ocorrência da infração.

2. Recurso especial provido para o efeito de anular o acórdão recorrido. (REsp 513.576/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJU 6.3.2006 - destaque acrescentado)

Não é diferente a opinião de Mauro Roberto Gomes de Mattos, para quem "o *caput* do art. 11 é bem amplo e perigoso, **pois como norma punitiva que estipula graves sanções, com conotações penais**, não se afigura como razoável deixar a cargo do subjetivismo do Poder Judiciário a aplicação da norma, sob pena do seu próprio esvaziamento" (*Improbidade administrativa e atos judiciais*, Revista Fórum Administrativo n. 10, 2002, p. 1.291, com destaques nossos).

O que se expôs até aqui não é meramente formal, como pode ter parecido no início deste tópico, quando se fez alusão à questão do sistema. Ao contrário, esse entendimento guarda fundamento na lógica da relevância dos bens protegidos pela ordem jurídica – os quais, como já exposto, são verdadeiros direitos fundamentais (entre eles os direitos políticos, por exemplo) –, passíveis de serem restringidos como forma de sanção por uma conduta ofensiva a outros valores importantes (legalidade, moralidade, imparcialidade etc.).

De acordo com essa linha de argumentação, um princípio norteador do Direito Penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que, em minha opinião, deve ter plena aplicação no campo do Direito Administrativo sancionador é o **princípio da culpabilidade, segundo o qual a punição de qualquer pessoa depende da atuação com dolo ou culpa**. Na esteira dos ensinamentos de Luiz Regis Prado, "[c]ostuma-se incluir no postulado da culpabilidade em sentido amplo o princípio da *responsabilidade penal subjetiva ou da imputação subjetiva* como parte de seu conteúdo material em nível de pressuposto da pena. Neste último sentido, refere-se à impossibilidade de se responsabilizar criminalmente por uma ação ou omissão quem tenha atuado sem dolo ou culpa (não há delito ou pena sem dolo ou culpa - arts. 18 e 19, CP)" (*Curso de Direito Penal*, v. 1, 2008, p. 135).

Sobre o ponto, é importante citar o que sustenta Emerson Garcia (*Improbidade Administrativa*, 2008, p. 266/267):

No direito moderno, assume ares de dogma a concepção de que não é admissível a *imputatio juris* de um resultado danoso sem um fator de ligação psíquica que a ele vincule o agente.

Ressalvados os casos em que a responsabilidade objetiva esteja expressamente no ordenamento jurídico, é insuficiente a mera demonstração do vínculo causal objetivo entre a conduta do agente e o resultado lesivo. Inexistindo vínculo subjetivo unindo o agente à conduta, e esta ao resultado, não será possível demonstrar "o menosprezo ou descaso pela ordem jurídica e, portanto, a censurabilidade que justifica a punição (*malum passionis ob malum actionis*)".

Essa necessidade de tratamento unitário do direito punitivo e as consequências que daí advêm já seriam suficientes para rechaçar a tese segundo a qual a norma do art. 11 da Lei n. 8.429/92 traz hipótese de responsabilidade objetiva. No entanto, creio que há uma linha teórica a mais, ainda não muito bem explorada doutrinária e jurisprudencialmente.

Note-se: quando se prestigia a inexigibilidade de elemento subjetivo (dolo ou culpa) para os casos do art. 11 da Lei n. 8.429/92, há atração inarredável da lógica do Direito Civil para a situação. Explico.

É que, salvo raras exceções (tal como no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81 - obrigação de indenizar e de reparar o dano do poluidor-pagador), **somente no âmbito do Direito Civil há o reconhecimento da responsabilização objetiva**, nos termos dos arts. 37, § 6º, da CR/88 (para a esfera pública) e 927, p. ún., do Código Civil vigente (para a esfera privada), entre tantos outros artigos. Ocorre que **o foco desse ramo do Direito não é a punição do ato ilícito, mas a indenização pelos danos dele advindos** (seja a título patrimonial, moral ou estético) - inclusive, esse também é o foco do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81. E, mesmo assim, a responsabilidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

civil *subjetiva* (que exige dolo ou culpa) ainda é regra...

Ora, a sistemática indenizatória em nada se assemelha à sistemática punitiva do microsistema de proteção à moralidade administrativa. O ilícito civil é o de gradação mais branda entre os três tipos possíveis (penal, civil e administrativo).

É regra de boa hermenêutica que a aplicação das normas de Direito Civil só poderia se dar no caso concreto se nele houvesse a mesma *ratio iuris*, mas não há. Repisando o que sustentei antes: o objetivo da LAP, da LACP e da LIA e também a gravidade das sanções impostas em razão dos atos de improbidade administrativa não autorizam a sistematização desse microsistema com a lógica do Direito Civil.

Em relação a esse argumento em específico, poder-se-ia sustentar que o art. 11 da Lei n. 4.717/65 (LAP), por exemplo, impõe apenas a penalidade pecuniária, que não é tão grave e em muito se assemelha à indenização cível. Não é possível, contudo, trabalharmos esse microsistema pensando nos casos de menor gravidade da sanção, porque, se assim for, não seremos capazes de universalizar uma decisão sobre o art. 11 da Lei n. 4.717/65 para as hipóteses de incidência do art. 11 da Lei n. 8.429/92 (do qual pode resultar perda de direitos políticos).

Então, pedindo vênias aos entendimentos contrários - que vêm sendo majoritários nessa Turma, como se observa da leitura do REsp 737.279/PR, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 21.5.2008 e do REsp 915.322/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 23.9.2008, com pendência de publicação -, não comungo da tese de responsabilização objetiva.

Adianto também que terei de pedir vênias ao Min. Herman Benjamin no que diz respeito à **tese da voluntariedade**.

Diz o Min. Herman Benjamin em seu voto:

Também não favorece aos recorrentes o fato do legislador, no art. 10, ter feito menção expressa à "ação ou omissão *dolosa* ou *culposa*" (grifei). Tal linguagem, em vez de indicar que nos outros dispositivos da Lei a ação ou omissão haverá de ser sempre dolosa, em verdade quer significar exatamente o oposto, ou seja, que neles basta a *voluntariedade*, dispensada a prova de culpa *stricto sensu* e, em especial, de dolo. Afinal, quem desrespeita um princípio constitucional da magnitude da impessoalidade e o faz por livre e espontânea vontade, pouco há que se perquirir acerca de um elemento subjetivo complementar, muito mais afeito à consecução do resultado do que propriamente ao cometimento da infração em si mesma.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Então, concludo, que, para o Relator, bastaria que a conduta do agente fosse de livre e espontânea vontade para que se caracterizasse a improbidade administrativa (voluntariedade).

Bem, voluntariedade, entretanto, não se confunde com vontade. A vontade necessariamente pressupõe uma conduta com resultado querido.

Novamente com Luiz Regis Prado, citando Welzel:

[...], "a voluntariedade significa que um movimento corporal e suas conseqüências podem ser conduzidos a algum ato voluntário, sendo indiferente quais conseqüências queria produzir o autor". Isso que dizer que a *voluntariedade* se caracteriza pela simples inervação muscular que põe em andamento um processo de natureza causal. De outro lado, a *vontade* tem conteúdo próprio inerente ao comportamento humano, e diz respeito a um resultado querido: [...] (*Curso de Direito Penal*, v. 1, 2008, p. 320)

Creio que esse conceito de voluntariedade em muito se assemelha à lógica de alguns casos da teoria do crime, tais como do atos reflexos, os estados de inconsciência, a coação física irresistível e o caso fortuito. Mesmo que se admitisse haver superposição de conceitos, quer parecer-me que o microsistema de proteção à moralidade administrativa não foi idealizado para esses casos, pois, à evidência, não há improbidade nas hipóteses acima enumeradas.

O conceito de voluntariedade deixa de fora inúmeras situações, nas quais, apesar de haver voluntariedade na conduta, não se poderá caracterizar a improbidade.

É verdade que até no Direito Penal a voluntariedade foi expressamente adotada. Basta lembrarmos do art. 3º da Lei de Contravenções Penais ("Para a existência de contravenção, basta a ação ou omissão voluntária").

No entanto, mesmo nesse âmbito, a voluntariedade sem vontade já foi rechaçada, pois não se concebe que hoje baste apenas o nexo causal entre o ato e o resultado delitivo, sendo fundamental a subjetividade. Leiam-se os trechos doutrinários abaixo:

Hoje, entretanto, adotada a teoria finalista da ação e vedada a responsabilidade objetiva pela reforma penal de 1984, o disposto na última parte do art. 3º, em que se diz prescindir a contravenção de dolo e culpa, salvo casos excepcionais, está superado: a contravenção, assim como o crime, exige dolo e culpa, conforme a descrição típica. (Damásio de Jesus, *Leis das contravenções penais anotada*, 1994, p. 25)

Na verdade, a partir desse posicionamento (o do art. 3º da LCP), reconhece-se uma hipótese de responsabilidade penal destituída de coeficientes psíquicos e, portanto, de uma responsabilidade objetiva, o que afronta o princípio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional da responsabilidade pessoal e entra em colisão com o Direito Penal da culpa que é, sem dúvida, a idéia-chave que permeia toda a atual legislação penal brasileira da qual a contravenção penal não pode ser excluída. (Alberto Silva Franco, *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, 1995, p. 57)

Merecem especial atenção as palavras de Alamiro Velludo Salvador Netto:

Atualmente, a imputação penal não pode ser feita de forma objetiva, do mesmo modo, a tipificação deve englobar sempre e necessariamente as modalidades de dolo ou culpa, conforme depreendido do art. 18 do Código Penal.

Todavia, para a compreensão da problemática [refere-se à interpretação e aplicação do art. 3º da Lei de Contravenções Penais] é necessário ressaltar a reforma penal de 1984, com plena adoção da teoria finalista da ação e, em consequência, do princípio da culpabilidade e toda sua extensão. A discussão do dolo e da culpa na tipicidade não se restringe ao universo dogmático simplesmente, porém alcança considerações muito mais profundas, localizadas no conceito estabelecido acerca da ação humana final (teoria finalista da ação).

[...]

Com a adoção da tese finalista a *cegueira* do causalismo natural-sensorial foi substituída pela *vidência* da ação final. Toda ação humana é orientada a determinado fim. **A finalidade, portanto, não é uma adjetivação do comportamento humano, mas, ao contrário, é o seu real elemento constitutivo. O homem ao agir antecipa os fins, seleciona os meios e considera todos os possíveis resultados (efeitos desejados e concomitantes).** Para que a tipicidade possa considerar este modelo de ação, é imprescindível que integre em seu seio as modalidades dolo e culpa. Não há tipo sem dolo e culpa, pois ou a *tipicidade* é dolosa ou a *tipicidade* é culposa.

A lei das contravenções, destarte, espelha uma realidade científica que não mais existe. Dito de outro modo, além de estar, em nossa opinião, tacitamente revogado o art. 3º, traz uma hipótese *dogmaticamente impossível*. [...] A doutrina antiga ao postular de maneira diversa o fazia porque o delito era diferentemente estruturado. [...]. Exigir dolo ou culpa, atualmente, não é exigir culpabilidade, mas sim a tipicidade mesma.

[...]

Assim, atribuir vigor ao disposto no art. 3º é dizer que o dolo e a culpa são prescindíveis, o que implica no mesmo que asseverar que pode existir contravenção sem tipicidade, o que é um verdadeiro absurdo. **Voluntariedade sem dolo ou culpa - sem fim ou direção - não é ação humana** e, por isso, não pode ser objeto do direito penal. (*Comentários à Lei das contravenções penais*, 2006, p. 55/57 - destaque e comentários acrescentados)

Não custa pontuar, a esta altura, que uma das punições aplicáveis ao cometimento de contravenção penal é a multa. Ora, se a insuficiência da voluntariedade já foi firmada para fins de aplicação de *sanção meramente pecuniária*, o que dizer, então, quando pode estar em jogo a suspensão de direitos políticos (como no caso da Lei de Improbidade Administrativa)?

Para arrematar: "[o] ato qualificado como ímprobo é aquele que afronta o direito de forma especial, diferenciada. É necessária a vontade positiva do agente administrativo de incorrer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na ilicitude; o agente deve ter o propósito de alcançar objetivo vedado pelo direito; é preciso que esteja caracterizado o móvel de alcançar objetivos contrários à moralidade" (Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, *Improbidade administrativa – Requisitos para tipicidade*, Interesse Público n. 11, 2001, p. 82/83). V. tb. Marcelo Figueiredo, *Probidade administrativa – Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*, 2004, p. 125.

b) Da necessidade de dolo: insuficiência da culpa.

Afastadas a responsabilização objetiva e a suficiência da voluntariedade, passarei a analisar se a incidência do art. 11 da Lei n. 8.429/92 exige a comprovação de culpa, de dolo ou de ambos.

No ponto, remeto-me à leitura do art. 10, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa:

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

Uma comparação entre a redação do art. 10, *caput*, e os arts. 9º, *caput*, e 11, *caput*, poderia levar o intérprete a três conclusões: (i) ou o silêncio verificado nestes últimos dispositivos equivale à consagração da responsabilidade objetiva na esfera da improbidade administrativa, (ii) ou é suficiente a culpa, (iii) ou a técnica de elaboração da Lei de Improbidade Administrativa é muito parecida com a técnica de elaboração do Código Penal (CP), no qual "[s]alvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente" (art. 18, p. ún., do CP).

A conclusão (i) já foi refutada no item anterior, motivo pelo qual enfrentarei apenas as conclusões (ii) e (iii).

Para refutar a necessidade de mera culpa, invoco, desde já, uma feliz colocação do Ministro Garcia Vieira, para quem "[a] lei alcança o administrador desonesto, não o inábil" (REsp 213.994/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, Segunda Turma, DJU 27.9.1999).

Inicialmente, destaco, ainda que sob pena de exaustão, que a natureza das sanções impostas em razão de enriquecimento ilícito ou de atentado aos princípios administrativos não comportaria a punição a título de culpa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Se por negligência, imprudência ou imperícia, os administradores violam os deveres de legalidade, honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições (que é o substrato fático que autoriza a incidência do art. 11 da Lei n. 8.429/92), por mais desaconselhável que isso seja, haverá irregularidade administrativa (e não improbidade), que também é uma infração, merecendo sanção por outras esferas de controle, tais como a de responsabilização fiscal, a dos processos administrativos disciplinares, a da fiscalização dos Tribunais de Contas e os demais mecanismos de controle interno da Administração Pública, sem embargos do não menos eficiente controle exercido pelos novéis Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público.

Note-se: essas irregularidades não podem ser entendidas como um "diminutivo" dos atos de improbidade - ensejando tratamentos pejorativos, tais como "meras" irregularidades - e elas merecem combate via controles interno e externo da Administração Pública, mas não atraem a aplicação de sanções da ordem das expressas na LIA.

Não se trata de ser por demais permissivo, e sim de compreender o espírito das normas que resguardam a probidade administrativa. Nesse sentido, aproveito as lições de Juarez Freitas acerca dos arts. 9º e 11 da LIA: "[p]ara mim, para que haja improbidade administrativa, em qualquer uma das três espécies, há dois requisitos fundamentais. [...] O juiz precisa, simplesmente, de um princípio constitucional importantíssimo chamado 'princípio da sensatez'. [...] Então, o primeiro pressuposto é que, com bom senso, se examine o seguinte: há grave violação do senso médio superior de moralidade da comunidade? [...] É a primeira e mais grave pergunta para que haja uma improbidade administrativa, dada a gravidade das sanções em relação às três espécies. [...] E o segundo requisito, inequívoca intenção desonesta. [...] A mera irregularidade, a mera ilegalidade, para mim é insuficiente para condenar alguém por improbidade administrativa" (*Ação civil pública – Improbidade administrativa*, Boletim de Direito Administrativo n. 5, 2005, p. 543/544).

Por eliminação, **sobra como viável a conclusão (iii) acima enunciada**, pela qual o legislador redigiu a Lei de Improbidade Administrativa nos mesmos moldes em que se redigem os tipos penais. **Nesse caso, então, na ausência de menção expressa ao elemento subjetivo "culpa", os arts. 9º e 11 só incidirão na presença de dolo.**

Registre-se, ainda, mais um ponto. Nas palavras do Sr. Senador Pedro Simon - relator do Parecer n. 484/91, que foi favorável ao acréscimo do atual art. 11 no Projeto de Lei n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1.446/91, da Câmara dos Deputados -, "[e]timologicamente, o vocábulo **probo** vem do latim **probus**, significando honesto, reto, leal ou justo. [...] Improbidade é, portanto, a conduta inversa, ou seja, aquela que viola a obrigação de honestidade, lealdade ou retidão no trato dos assuntos" (Diário do Congresso Nacional, 22.11.1991, p. 8.159).

Ora, seria acaso imaginável que alguém pudesse ser desleal ou desonesto sem querer? É possível ser ímprobo a título de culpa? A resposta só pode ser negativa, pois os conceitos de probidade e improbidade exigem necessariamente o querer, o agir com vontade.

Essa é uma conclusão bastante difundida na doutrina nacional e no âmbito desta Corte Superior. Veja-se:

Esta sistemática [refere-se à interpretação dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92] identifica-se com a utilizada no Direito Penal, onde **as condutas culposas só são puníveis quando expressamente previstas** no tipo penal. (Cláudio Ari Mello, *Improbidade administrativa – Considerações sobre a Lei 8.429/92*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política n. 11, 1995, p. 55 - negrito nosso)

A disposição contida no art. 10 – o único dispositivo que fala em responsabilidade a título de dolo ou culpa – torna evidente que, tanto no caso do art. 9º, como no do art. 11, somente se pode cogitar de ato praticado com dolo (até porque enriquecimento ilícito culpososoa a absurdo e **a violação meramente culposa dos princípios que norteiam a Administração Pública teria consequências por demais severas**). (Antônio Aroldo Ferraz Dal Pozzo, *Reflexões sobre a “defesa antecipada” na Lei de Improbidade Administrativa*, Revista Fórum Administrativo n. 2, 2002, p. 1.144 - negrito nosso)

Diz-se que os ilícitos previstos nos arts. 9º e 11 não admitem a culpa em razão de dois fatores. De acordo com o primeiro, **a reprovabilidade da conduta somente pode ser imputada àquele que a praticou voluntariamente, almejando o resultado lesivo**, enquanto que a punição do descuido ou da falta de atenção pressupõe expressa previsão legal, o que se encontra ausente na hipótese. No que concerne ao segundo, tem-se um fator lógico-sistemático de exclusão, **pois tendo sido a culpa prevista unicamente no art. 10, afigura-se evidente que a mens legis é restringi-la a tais hipóteses, excluindo-as das demais**. (Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, *Improbidade administrativa*, 2008, p. 269 - negrito nosso)

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Recurso especial provido. (REsp 734.984/Sp, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 16.6.2008 - destaque acrescentado)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92, ART. 11. EXIGÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA.

1. A improbidade administrativa, consubstanciada nas condutas previstas no artigo 11 da Lei 8.429/92, impõe "necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa." (REsp 480.387/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 24.05.2004)

2. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público, do que decorre que a conclusão de que **somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposos (artigo 10, da Lei 8.429/92).**

[...]

5. Recurso especial provido. (REsp 939.142/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 10.4.2008 - destaque acrescentado)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDOR PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. SUJEIÇÃO AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE.

[...]

2. Nem todo o ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para os fins da Lei 8.429/92. A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador.

3. As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sendo que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa. **Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas, conclui-se que o silêncio da Lei tem o sentido eloqüente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9.º e 11.**

4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 751.634/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJU 2.8.2007 - destaque acrescentado)

Posta essa premissa, cumpre, agora, avaliarmos a extensão do conceito de dolo. O dolo compreende necessariamente o conhecimento e o querer (vontade). Como se sabe, entretanto, dentro desta perspectiva, existem dois tipos de dolo: direto (imediato ou mediato) e eventual.

Retornemos à redação do *caput* do art. 11 da Lei n. 8.429/92, que é bem mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tormentosa que a de seus incisos:

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

Duas ordens de observação.

Em primeiro lugar, o dispositivo é claro ao dizer que a violação não é aos princípios, mas a certos deveres - portanto, quando se diz que a conduta viola princípios da administração e, por isso, é ímproba, comete-se uma atecnia. A constatação é simples, porque deriva da simples leitura do artigo.

Em segundo lugar, **não há qualquer elemento subjetivo especial na tipologia**, vale dizer, não é preciso que, para caracterizar a improbidade, o agente busque qualquer finalidade a mais além do próprio objetivo reprovável.

Uma comparação simples ajudará a entender a extensão da assertiva anterior. O art. 159 do CP diz que é crime sujeito à pena de reclusão "[s]eqüestrar pessoa *com o fim de obter*, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate" (destaque nosso). A locução "com o fim de" caracteriza um elemento subjetivo especial do tipo, uma finalidade a mais, ou, como se diz na doutrina penal, um especial fim de agir. É verdade que, para caracterizar a extorsão mediante seqüestro, é desnecessário o alcance dessa finalidade, mas ela integra o tipo.

Lado a lado arts. 159 do CP e 11 da LIA, fica nítido que para este último é despidiendia a busca por uma finalidade diferente da violação aos deveres nele colocados. **É por isso que também não é correto exigir a presença de dolo específico.** Basta o dolo *lato sensu* (direto - resultado querido e aderente à ação - ou eventual - risco de produção do resultado).

Não se diga que a presente posição que se adota deixe margem para remoto enfraquecimento ou vulneração da atuação do sempre protagonístico Ministério Público. Não e não! Longe disso, o que se quer evitar aqui é que o art. 11 da LIA seja utilizado como repositório de investigações não conclusivas ou que não atingiram os seus reais objetivos, sendo sim um dispositivo de extraordinária importância pedagógica a instruir os que se atrevam a chamar a si mesmo de gestores públicos, no sentido amplo que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

norma preconiza, para que tenham plena consciência das balizas primordiais de uma Administração Pública proba.

Para verificar que é da singeleza do ato praticado pelo gestor que exsurge a inarredável conclusão da existência do elemento subjetivo (*in casu*, o dolo), basta observar agora a aplicação da interpretação ao caso ora sob malhete.

III. O caso concreto.

Na hipótese colocada a exame, o Tribunal de origem, soberano para avaliar o conjunto fático-probatório carreado aos autos, pontuou ter havido a veiculação, em uma única emissora de televisão, de campanha publicitária intitulada "Senador Guiomard - A cidade do Novo Milênio", cuja duração de 45 (quarenta e cinco) segundos custou aos cofres públicos R\$ 2.950,00 (dois mil, novecentos e cinquenta reais). No meio do comercial, houve veiculação das imagens do Prefeito e da Secretária do Bem-estar Social. Com base nesse quadro fático-probatório, disse a origem que não haveria dolo (fls. 340/351).

A essa altura, antes de prosseguir, vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, como instância uniformizadora da interpretação e da aplicação da legislação federal que é, não pode dizer que tais fatos não ocorreram, mas pode perquirir se eles ensejam ou não a configuração do dolo. Isto porque essa medida é mera valoração jurídica das provas, que não se confunde com reexame de provas - razão pela qual não há incidência da Súmula n. 7 desta Corte Superior.

Esse comentário, conquanto simplório, é relevantíssimo, porque nas ações de proteção à moralidade administrativa é muito importante que as instâncias ordinárias façam análise criteriosa das provas produzidas no processo e pormenorizem as condutas judicialmente combatidas, para que não só seja garantida a qualidade de seus provimentos jurisdicionais, como também se possibilite a abertura ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça.

Seguindo.

A "'privatização' da propaganda governamental", como disse o Min. Herman, é evidente no caso, uma vez que seria possível fazer uma campanha publicitária de exaltação do Município



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Senador Guiomard sem que, para isso, fosse necessária a aparição do Prefeito e da Secretária do Bem-estar Social. Não fosse isso suficiente, o Tribunal de Justiça do Estado do Acre disse não haver prova nos autos de que foi contratada empresa de publicidade para elaboração da campanha, a partir do que se conclui que o próprio governo a elaborou, sabendo de toda sua forma e conteúdo.

Se os administradores autorizam a veiculação de campanha publicitária e nela aparecem como figurantes, no mínimo, há imprudência (culpa). Mas, diante da existência de norma constitucional - cujo teor ninguém que se pretenda entitular administrador público pode alegar desconhecer - que veda a veiculação de propagandas com imagens caracterizadoras de promoção pessoal, tenho que há mais do que imprudência, há dolo - ainda que na modalidade eventual (os administradores sabiam - ou deveriam saber - que, havendo veiculação de suas imagens em campanha publicitária, poderia haver a caracterização da *merchandising* pessoal e, ainda assim, anuíram com a veiculação da campanha). Não se pode esquecer também que houve prejuízo ao erário (já quantificado, inclusive).

Provada a conduta, o elemento subjetivo (dolo) e o dano ao Erário, houve improbidade na forma do *caput* do art. 10 da Lei n. 8.429/92, que expressamente diz ser ímprobo o ato de **desvio de bens públicos** que cause dano ao Erário, cuja sanção deverá ser a do art. 12, inc. II, da LIA. "Desviar bens públicos" significa alterar o destino desses bens. A utilização da propaganda governamental com fins de promoção pessoal é a alteração do destino da verba destinada à publicidade com caráter informativo e/ou educativo. Como disse o Min. Herman em seu voto, "o administrador que quiser fazer promoção pessoal pode fazê-lo, respeitados os limites da legislação eleitoral, desde que às suas próprias expensas".

Aliás, na época da discussão na Câmara dos Deputados sobre o Projeto de Lei n. 1.446/91 - que deu origem à Lei de Improbidade Administrativa -, asseverou o Sr. Deputado Carlos Alberto Campista o seguinte:

Usar verbas, recursos e patrimônio público para aumento de prestígio pessoal, sem nenhuma outra preocupação com os donos desses fatores, isto é, o público, pode até não ter a característica básica do enriquecimento ilícito, já que o prestígio, bem intangível, dificilmente será avaliado em moeda corrente - mas isso não implica, de forma alguma, reputar procedimento desta espécie como exemplo da mais perfeita probidade administrativa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Note-se: certamente haverá casos em que uma única conduta poderá ser enquadrada simultaneamente nos arts. 9º, 10 e 11. O art. 11 da Lei n. 8.429/92, no entanto, só terá espaço se a conduta que se pretende ver reconhecida ímproba não puder ser enquadrada nos arts. 9º e 10, em razão da especialidade.

Não é óbice para adotar essa posição o fato de não ter havido prequestionamento explícito do art. 10 da Lei n. 8.429/92, pois houve pleno debate nas instâncias ordinárias acerca dos fatos, com possibilidade de ampla defesa e contraditório em favor do recorrido, cabendo a esta Corte Superior aplicar o direito à espécie, na forma do art. 257 do RISTJ e da Súmula n. 456 do Supremo Tribunal Federal, por analogia.

Entretanto, admitindo que essa orientação venha a ser rechaçada por meus eminentes colegas por falta de prequestionamento, também entendo caracterizada a improbidade à luz do *caput* do art. 11 da Lei n. 8.429/92 - ainda que por motivos diversos do Relator -, pois há violação qualificada do dever de legalidade (inclusive, ofensa à legalidade constitucional) e dolo - no mínimo na modalidade eventual (como explicitado anteriormente: os administradores sabiam ou deveriam saber que poderiam violar o art. 37, § 1º, da CR/88 com veiculação de imagens suas em campanha publicitária e, mesmo assim, anuíram com a divulgação).

IV. Conclusões.

Resumidamente, portanto, tem-se que:

(a) o art. 9º da Lei n. 8.429/92 não se aplica à presente situação, uma vez que não restou caracterizado o enriquecimento ilícito;

(b) o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa só incide se, na violação aos deveres de administração nele elencados, houve dolo (em sentido amplo - direto ou eventual);

(c) no caso concreto, presente o dano ao erário, motivo pelo qual, aplicando-se o direito à espécie, o correto enquadramento da conduta seria no *caput* do art. 10 da Lei n. 8.429/92;

(d) caso venha a se entender pela impossibilidade de aplicação do art. 10 da LIA (por falta de prequestionamento), a conduta praticada atrai a incidência do art. 11, *caput*, do mesmo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diploma normativo, porque presentes o substrato fático da norma e também o elemento subjetivo dolo.

Com essas considerações, renovando o pedido de vênica aos colegas, voto por DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, para enquadrar a conduta praticada pelos recorridos no art. 10, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa, devendo os autos serem remetidos à origem para que lá seja mensurada a sanção, na forma do art. 12, inc. II, do mesmo diploma normativo. Caso entenda-se pelo não-prequestionamento do referido artigo, voto por DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, para enquadrar a conduta praticada pelos recorridos no *caput* do art. 11 da Lei n. 8.429/92, atraindo a aplicação, pela instância ordinária, do art. 12, inc. III, da LIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2005/0108650-8

REsp 765212 / AC

Números Origem: 20040002780 39572003 40002780

PAUTA: 02/12/2008

JULGADO: 09/12/2008

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE

RECORRIDO : FRANCISCO BATISTA DE SOUZA E OUTRO

ADVOGADO : JOSÉ WILSON MENDES LEÃO

ASSUNTO: Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa - Prefeito / Ex-Prefeito

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, dando parcial provimento ao recurso, pediu vista regimental dos autos, o Sr. Ministro Herman Benjamin."

Aguardam os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins.

Brasília, 09 de dezembro de 2008

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2005/0108650-8

REsp 765212 / AC

Números Origem: 20040002780 39572003 40002780

PAUTA: 15/12/2009

JULGADO: 15/12/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE

RECORRIDO : FRANCISCO BATISTA DE SOUZA E OUTRO

ADVOGADO : JOSÉ WILSON MENDES LEÃO

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos - Improbidade Administrativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Herman Benjamin, retificando seu voto, quanto ao fundamento, dando parcial provimento ao recurso, pediu vista dos autos, a Sra. Ministra Eliana Calmon."

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques votou com o Sr. Ministro Relator.

Aguardam os Srs. Ministros Castro Meira e Humberto Martins.

Brasília, 15 de dezembro de 2009

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 765.212 - AC (2005/0108650-8)

EMENTA

ACOMPANHO O VOTO DO EMINENTE MINISTRO HERMAN BENJAMIN, DEVIDAMENTE ADEQUADO À TESE APRESENTADA PELO MINISTRO MAURO CAMPBELL, PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, RECONHECENDO QUE A CONDUTA DOS RÉUS INSERE-SE NA PREVISÃO DO ART. 11 DA LIA, DEVENDO SER RESSARCIDO AOS COFRES MUNICIPAIS OS VALORES GASTOS COM A PROPAGANDA IRREGULAR, SOLIDARIAMENTE ENTRE OS RÉUS, SENDO QUE AS DEMAIS PENAS, ELENCADAS NO ART. 12, III, DA LEI 8.429/1992, DEVEM SER FIXADAS PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA.

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão assim ementado (fl. 340):

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO E SECRETÁRIA. PROPAGANDA IRREGULAR. PROMOÇÃO PESSOAL. AFRONTA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INEXISTÊNCIA.

1 - Não restando comprovado o dolo do agente político em propaganda irregular, considera-se apenas a mera irregularidade do ato, não a improbidade.

2 - julga-se improcedente a Ação Civil Pública na qual não se encontra razoabilidade para a sua propositura.

O Ministério Público do Estado do Acre defende que "o acórdão recorrido ao julgar improcedente a ação civil pública, proposta contra o Prefeito do Município de Senador Guiomar/AC, e a Secretaria do Bem Estar Social, do mesmo Município, sob a alegação de mera irregularidade administrativa e ausência de dolo contrariou o art. 9º, I e art. 11, da Lei nº 8.429 (Lei de Improbidade Administrativa)" (fl. 359).

O parecer do MPF pronunciou-se pelo provimento do recurso especial, sob o argumento de que "as condutas lesivas a princípios administrativos, descritas no art. 11 da Lei nº 8.429/92, não exigem a prova do prejuízo ao erário e nem enriquecimento ilícito por parte do agente público, já que a ausência de prejuízo financeiro não exaure a obrigação de cumprir os demais requisitos previstos no *caput* do art. 37 da vigente CF, maxime os princípios da moralidade, legalidade, eficiência e impessoalidade" (fl. 291).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, o eminente Ministro Relator, Herman Benjamin, deu parcial provimento ao recurso do *parquet*, adotou "a tese da voluntariedade da conduta", sob o entendimento de que "os atos de improbidade coibidos pelo art. 11 da Lei 8.429/1992 podem se configurar por dolo ou culpa na realização da conduta, comissiva ou omissiva, que contrarie os princípios administrativos e os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições".

Daí, o Ministro Mauro Campbell, em judicioso voto-vista, também conclui pelo parcial provimento do recurso, com base nas seguintes conclusões:

(a) o art. 9º da Lei n. 8.429/92 não se aplica à presente situação, uma vez que não restou caracterizado o enriquecimento ilícito;

(b) o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa só incide se, na violação aos deveres de administração nele elencados, houve dolo (em sentido amplo - direto ou eventual);

(c) no caso concreto, presente o dano ao erário, motivo pelo qual, aplicando-se o direito à espécie, o correto enquadramento da conduta seria no *caput* do art. 10 da Lei n. 8.429/92;

(d) caso venha a se entender pela impossibilidade de aplicação do art. 10 da LIA (por falta de prequestionamento), a conduta praticada atrai a incidência do art. 11, *caput*, do mesmo diploma normativo, porque presentes o substrato fático da norma e também o elemento subjetivo dolo.

Em razão disso, o Ministro Relator, Herman Benjamin, retifica seu voto inicial, para se "filiar à jurisprudência predominante na Primeira Turma, que exige a presença de dolo para a caracterização de ofensa ao art. 11 da Lei de Improbidade (...) não se exige dolo específico, mas dolo genérico: 'vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora'". A conclusão do julgado, contudo, permanece inalterada, pelo parcial provimento do recurso do Ministério Público, "para reconhecer a violação ao art. 11 da Lei 8.429/1992 e enquadrar a conduta dos recorridos em ato de improbidade por violação do dever de legalidade e lealdade às instituições e atentado aos princípios da administração pública". Determino-se, também, "o ressarcimento da verba municipal gasta com a propaganda irregular e o retorno dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Acre para que sejam fixadas as demais penas, assim como as verbas de sucumbência.

Em face da relevância da matéria em debate, solicitei vista dos autos, ao visio de melhor analisar os pontos definidos na controvérsia.

Preliminarmente, destaco que não há dúvida de que é possível o enquadramento do ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.249/92, mesmo que não haja dano ou lesão ao erário (Nesse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentido: REsp 799.094/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16/09/2008, DJe 22/09/2008; REsp 988.374/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 06/05/2008, DJe 16/05/2008; REsp 433.888/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 01/04/2008, DJe 12/05/2008; REsp 1.011.710/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 11/03/2008, DJe 30/04/2008; REsp 757.205/GO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 27/02/2007, DJ 09/03/2007 p. 299; e REsp 695.718/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 16/08/2005, DJ 12/09/2005 p. 234).

A discussão surge quanto à espécie de elemento subjetivo exigido para a caracterização dos atos de improbidade, em especial, os previstos no *caput* do art. 11 da Lei 8.429/1992, *in verbis*:

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

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

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

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

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

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

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

Conforme ressaltado nos votos já proferidos, inviável a aplicação da responsabilidade objetiva às condutas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que o elemento subjetivo é requisito do princípio da culpabilidade, presente no Direito Administrativo Sancionador.

Pensar de forma diversa seria o mesmo que penalizar os agentes públicos por qualquer insucesso da máquina administrativa, mesmo nos casos em que seus dirigentes atuem rigorosamente sob os ditames legais.

Entretanto, outro extremo seria exigir, para fins de enquadramento no art. 11 da LIA, que o agente ímprobo agisse com dolo específico de infringir determinado preceito principiológico. Caso fosse essa a intenção do legislador, poderíamos dizer que as situações previstas nos incisos do mencionado dispositivo configurariam rol enumerativo das condutas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprováveis, o que é absolutamente inaceitável, diante da redação do *caput*, ao mencionar ações e omissões que "notadamente" são passíveis de sanção.

Assim, após refletir sobre os posicionamentos apresentados nos judiciosos votos até então proferidos, filio-me à tese inaugurada pelo Ministro Mauro Campbell, e posteriormente aderida pelo Ministro Relator, no sentido de que é necessária a configuração de dolo *lato sensu*, que, consoante explica no seu voto, é o dolo "direto - resultado querido e aderente à ação - ou eventual - risco de produção do resultado".

Feitas essas considerações, passo à análise da situação posta nos presentes autos.

Trata-se de hipótese em que os agentes públicos (então prefeito e secretária municipal) aproveitaram propaganda institucional do Município de Senador Guimar, custeada pelos cofres públicos, como forma de promoção pessoal.

É inegável que a conduta dos agentes atenta contra os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade, conforme preceitua a Constituição Federal (art. 37, § 1º).

No caso, o dolo está configurado pela manifesta vontade dos réus em realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e demais princípios constitucionais que regem a Administração Pública, fazendo incidir na espécie o disposto no art. 11 da LIA. Entretanto, assim como o Ministro Relator, peço vênia ao Ministro Mauro Campbell, pois não vejo como enquadrar a conduta dos réus no art. 10 da Lei 8.429/1992 ("Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário"), uma vez que os fatos trazidos no acórdão recorrido não são suficientes para identificar danos patrimoniais ao erário causados diretamente pelas ações dos agentes ímprobos.

Com essas considerações, acompanho o voto do eminente Ministro Herman Benjamin, devidamente adequado à tese apresentada pelo Ministro Mauro Campbell, para dar parcial provimento ao recurso especial do Ministério Público, reconhecendo que a conduta dos réus insere-se na previsão do art. 11 da LIA, devendo ser ressarcido aos cofres municipais os valores gastos com a propaganda irregular, solidariamente entre os réus, sendo que as demais penas, elencadas no art. 12, III, da Lei 8.429/1992, devem ser fixadas pela instância ordinária. É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2005/0108650-8

REsp 765212 / AC

Números Origem: 20040002780 39572003 40002780

PAUTA: 02/03/2010

JULGADO: 02/03/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CAETANA CINTRA SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE

RECORRIDO : FRANCISCO BATISTA DE SOUZA E OUTRO

ADVOGADO : JOSÉ WILSON MENDES LEÃO

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos - Improbidade Administrativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Eliana Calmon, acompanhando o Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon (voto-vista), Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de março de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária