

ANDRÉIA PRAZERES BASTOS DE SOUZA

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade Baiana de Direito, como exigência parcial para a obtenção do título de Pós Graduação em Licitações e Contratos.

SALVADOR (BA)
2019

ANDRÉIA PRAZERES BASTOS DE SOUZA

**RESPONSABILIDADE DE AGENTES PÚBLICOS À LUZ DA LEI Nº
13.655/2018**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade Baiana de Direito, como exigência parcial para a obtenção do título de Pós Graduado em Licitações e Contratos.

Aprovada em ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

1º Examinador

2º Examinador

3º Examinador

“O brocardo ‘dura lex, sed lex’ não deve prevalecer, pois a norma não nasce para ser dura, mas sim justa” (Maria Helena Diniz)

RESUMO

No dia 26 de abril de 2018, foi publicada a lei federal nº 13.655, que promove mudanças na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto nº 4.657/1942).

Esta norma traz profundas mudanças no ordenamento jurídico acerca da responsabilidade de agente públicos, inclusive nos processos administrativos de licitações e contratos administrativos.

O art. 20 da citada norma, ao estabelecer que *“nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”*, reforça com muito mais profundidade e especificidade a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais já previstas no art. 93, IX da Constituição Federal de 1988 e no art. 489, § 1º do CPC, proibindo as tão comuns decisões tomadas exclusivamente com base em conceitos jurídicos indeterminados, a exemplo do artigo 11, da Lei de Improbidade Administrativa, que prevê a possibilidade de configuração de ato ímprobo por afronta aos princípios da Administração Pública.

Do mesmo modo, o art. 22 ao estabelecer que *“Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”*, reforça o quanto previsto no art. 489, § 3º do CPC, que determina que a decisão judicial deve ser interpretada em conformidade com o princípio da

boa-fé e busca valorizar os administradores públicos honestos que, não raras vezes, são jogados na “vala comum” e tratados de forma semelhantes àqueles que se enriquecem ilicitamente às custas do erário, em um verdadeiro processo de banalização do instituto da improbidade administrativa.

A Lei procurou trazer mais segurança jurídica aos gestores nos processos de tomada de decisões, a exemplo do art. 28 que prevê que *“o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”*.

Trata-se de importante norma no cenário jurídico brasileiro que pode servir de estímulo para que pessoas sérias venham cada vez mais a ocupar os espaços na Administração Pública, primando pela boa execução das políticas públicas, contribuindo para a melhoria das condições de vida da população e para o desenvolvimento da nação.

Palavras-chave: Lei 13.655/2018; Responsabilidade; Agente Público; Licitações; Contratos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 Conceito e classificação do agente público	
1.1 Conceito de agente público	09
1.2 Classificação dos agentes públicos	11
2 Responsabilidade de Agentes Públicos	
2.1 Evolução Histórica	19
2.2 Responsabilidade Penal	23
2.3 Responsabilidade Civil	28
2.4 Responsabilidade Administrativa	35
2.5 Responsabilidade por ato de improbidade administrativa	38
3 Lei nº 13.655/2018 e suas implicações nas responsabilidades dos agentes públicos	47
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

Surge no ordenamento jurídico brasileiro um novo paradigma no regime de responsabilidades dos agentes públicos.

Inserida no arcabouço legislativo por meio da Lei Federal nº 13.655, de 25 de abril de 2018, esta norma vem sendo tratada como a “Lei das Leis”, consistindo em uma verdadeira revolução no Direito Administrativo Brasileiro.

A importância do tema, ante a sua própria dimensão, impõe uma análise científica acerca do regime de responsabilidade dos agentes públicos.

Com o surgimento deste novo instituto, surgem algumas indagações: Quais as efetivas mudanças que a Lei Federal nº 13.655/2018 trouxe no regime de responsabilidades dos agentes públicos?

A presente pesquisa científica pretende demonstrar que a Lei Federal nº 13.655/2018 representa um importante avanço no regime das responsabilidades dos agentes públicos, inclusive nos processos de licitações e contratações administrativas, trazendo mais segurança jurídica para as tomadas de decisões, bem como coibindo decisões genéricas e baseadas em conceitos jurídicos indeterminados que representam um desestímulo a que pessoas probas e honestas venham a ocupar espaço na Administração Pública.

Este trabalho tem como objetivo geral analisar as inovações trazidas pela Lei 13.655/2018 no ordenamento jurídico, em especial no regime de responsabilidades dos agentes públicos nas licitações e contratos administrativos.

São objetivos específicos deste trabalho monográfico:

- Descrever o regime de responsabilidades dos agentes públicos.
- Analisar os impactos da Lei nº 13.655/2018 no regime das responsabilidades dos agentes públicos.

Será utilizado como método de abordagem o dedutivo e como método de procedimento o sistemático.

O estudo será desenvolvido a partir da técnica de pesquisa bibliográfica e documental no ramo de conhecimento do Direito Constitucional e do Direito Administrativo.

Pretendemos utilizar como base teórica as obras referentes ao Direito Constitucional e ao Direito Administrativo, de autores brasileiros e estrangeiros, principalmente aquelas relacionadas com a temática a ser desenvolvida, assim como da legislação pertinente.

Este trabalho divide-se em duas partes. Na primeira, será tratado questões acerca do conceito e classificação dos agentes públicos.

Na segunda parte, a responsabilidade dos agentes públicos será analisada à luz da Lei nº 13.655/2018.

1. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO

1.1 CONCEITO DE AGENTE PÚBLICO

O Estado executa suas funções precípua por meio de pessoas físicas que, em seu nome, manifestam determinadas ações. Estas pessoas são os agentes públicos. Agente público é, desta forma, todo aquele que desempenha função estatal.

A Lei nº 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, também conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, conceitua agente público da seguinte forma:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. (1)

Celso Antônio Bandeira de Mello define o conceito da expressão agente público:

Esta expressão – *agentes públicos* – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.

Quem quer que desempenhe funções estatais, *enquanto as exercita*, é um agente público. Por isto a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas) como os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta

dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos. (2)

José dos Santos Carvalho Filho também conceitua agente público:

A expressão *agentes públicos* tem sentido amplo. Significa o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado. Essa função, é mister que se diga, pode ser remunerada ou gratuita, definitiva ou transitória, política ou jurídica. O que é certo é que, quando atuam no mundo jurídico, tais agentes estão de alguma forma vinculados ao Poder Público. Como se sabe, o Estado só se faz presente através das pessoas físicas que em seu nome manifestam determinada vontade, e é por isso que essa manifestação volitiva acaba por ser imputada ao próprio Estado. São todas essas pessoas físicas que constituem os agentes públicos. (3)

José Cretella Júnior dá o nome de agentes públicos “a todas as pessoas físicas que participam de maneira permanente, temporária ou acidental, da atividade do Estado, seja por atos jurídicos, seja por atos de ordem técnica e material”. (4)

Hely Lopes Meirelles ensina que:

Agentes públicos – São todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Os agentes normalmente desempenham funções do órgão, distribuídas entre os cargos de que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer funções sem cargo. A regra é a atribuição de funções múltiplas e genéricas ao órgão, as quais são repartidas especificamente entre os cargos, ou individualmente entre os agentes de função sem cargo. Em qualquer hipótese, porém, o cargo ou a função pertence ao Estado, e não ao agente que o exerce, razão pela qual o Estado pode suprimir ou alterar cargos e funções sem nenhuma ofensa aos direitos de seus titulares, como podem desaparecer os titulares sem extinção dos cargos e funções. (5)

O conceito amplo da expressão agente público tem repercussão no ordenamento jurídico brasileiro, não se constituindo de questão meramente acadêmica, pois é a partir deste conceito que se define quem pode ser responsabilizado por ações ou

omissões no exercício da função estatal. Trata-se, por exemplo, de conceito muito mais amplo do que o de servidor público.

É a partir deste conceito amplo da expressão agente público que se definem os sujeitos que podem ser responsabilizados por atos de abuso de autoridade ou por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 4898/65 e na Lei 8429/92.

Do mesmo modo, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6º, trata da responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causado por seus agentes (agentes públicos), cabendo ação regressiva contra o agente causador do dano, desde que tenha agido com dolo ou culpa.

O art. 5º, LXIX da Constituição Federal também se refere aos agentes públicos como autoridade coatora em mandados de segurança.

1.2 CLASSIFICAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

Definida a amplitude do conceito de agente público, cumpre tratar das suas espécies.

Celso Antônio Bandeira de Mello, adaptando a classificação proposta pelo Professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, divide os agentes públicos em três grandes grupos:

Os agentes públicos podem ser divididos em três grandes grupos, dentro nos quais são reconhecíveis ulteriores subdivisões. A saber: a) *agentes políticos*; b) *servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado*; e c) *particulares em atuação colaboradora com o Poder Público*. (6)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro propôs uma quarta categoria na classificação acima:

Partindo da classificação de Celso Antonio Bandeira de Mello, que, por sua vez, inspirou-se na lição de seu pai, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, e introduzindo as necessárias alterações para adaptá-la à Constituição de 1988 e à Emenda Constitucional nº 18/98, pode-se dizer que são quatro as categorias de agentes públicos:

1. agentes políticos;
2. servidores públicos;
3. militares; e
4. particulares em colaboração com o Poder Público

Cabe aqui uma referência aos militares. Até a Emenda Constitucional nº 18/98, eles eram tratados como “servidores militares”. A partir dessa Emenda, excluiu-se, em relação a eles, a denominação de servidores, o que significa ter de incluir, na classificação apresentada, mais uma categoria de agente público, ou seja, a dos militares. Essa inclusão em nova categoria é feita em atenção ao tratamento dispensado pela referida Emenda Constitucional. Porém, conceitualmente, não há distinção entre os servidores civis e os militares, a não ser pelo regime jurídico, parcialmente diverso. Uma e outra categoria abrangem pessoas físicas vinculadas ao Estado por vínculo de natureza estatutária. (7)

Como se nota, essa classificação adota como critério a natureza da relação jurídica do agente com o Estado.

Hely Lopes Meirelles propõe uma classificação distinta:

Os *agentes públicos*, gênero que acima conceituamos, repartem-se inicialmente em cinco espécies ou categorias bem-diferenciadas, a saber: *agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados*, que, por sua vez, se subdividem em subespécies ou subcategorias, como veremos a seu tempo. (8)

Os agentes políticos, segundo Hely Lopes Meirelles:

são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. (9)

Dentro desta definição, pode ser citado como exemplos de agentes políticos o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, Ministros de Estado, Secretários de Governo, Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais, Vereadores, Magistrados, Membros do Ministério Público, Membros dos Tribunais de Contas e representantes diplomáticos.

A definição adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello é mais restrita. Para o festejado autor:

Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores de vontade do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores. (10)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro filia-se a esta última definição dos agentes políticos, sob o argumento de que as funções políticas ficam a cargo dos órgãos governamentais ou governo propriamente dito e se concentram, em sua maioria, nas mãos do Poder Executivo e, em parte, do Legislativo; no Brasil, a participação do Judiciário em decisões políticas praticamente inexistente, pois a sua função se restringe, quase exclusivamente, à atividade jurisdicional sem grande poder de influência na atuação política do Governo, a não ser pelo controle *a posteriori*. (11)

O mesmo raciocínio se aplica em relação aos membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas que não possuem, dentro das suas atribuições constitucionais, o exercício das funções típicas de governo.

José dos Santos Carvalho Filho também critica o conceito elástico dado à expressão agentes políticos:

Alguns autores dão sentido mais amplo a essa categoria, incluindo Magistrados, membros do Ministério Público e membro dos Tribunais de Contas. Com a devida vênia a tais estudiosos, parece-nos que o que caracteriza o agente político não é o só fato de serem mencionados na Constituição, mas sim o de exercerem *efetivamente* (e não *eventualmente*) função política, de governo e administração, de comando e, sobretudo, de fixação das estratégias de ação, ou seja, aos agentes políticos é que cabe realmente traçar os destinos do país.

Ninguém discute a importância do papel que tais agentes desempenham no cenário nacional, mas, ao contrário do que ocorre com os legítimos agentes políticos, cuja função é transitória e política, sua vinculação ao Estado tem caráter profissional e de permanência e os cargos que ocupam não resultam de processo eletivo, e sim, como regra, de nomeação decorrente de aprovação em concurso público. Não interferem diretamente nos objetivos políticos, com o fazem os verdadeiros agentes políticos. Assim, sua fisionomia jurídica se distancia bastante da que caracteriza esses últimos. Não se nos afigura adequada, com efeito, sua inclusão como agentes políticos do Estado. Mais apropriado é inseri-los como servidores especiais dentro da categoria genérica de servidores públicos, como veremos adiante.

É verdade que o art. 37, XI, da CF, com a redação dada pela EC nº 19/1998, insinua que os membros do Judiciário e do Ministério Público se incluam entre os agentes políticos. Todavia, o agrupamento de agentes públicos no dispositivo tem apenas *fins remuneratórios*, não desfigurando o que dissemos, visto que levamos em conta aspecto bem diverso, qual seja, *o da natureza do vínculo jurídico que liga o agente ao Poder Público*. (12)

O Supremo Tribunal Federal, contudo, ao julgar o Recurso Extraordinário 228.977/SP, em que foi relator o Ministro Néri da Silveira, referiu-se aos magistrados como “agentes políticos, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica” (13)

Já em relação aos Membros do Tribunal de Contas, há precedente do mesmo STF enquadrando os mesmos na categoria de agentes administrativos:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. DENEGAÇÃO DE LIMINAR. ATO DECISÓRIO CONTRÁRIO À SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF. NEPOTISMO. NOMEAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO CARGO DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. NATUREZA ADMINISTRATIVA DO CARGO. VÍCIOS NO PROCESSO DE ESCOLHA. VOTAÇÃO ABERTA. APARENTE INCOMPATIBILIDADE COM A SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. LIMINAR DEFERIDA EM PLENÁRIO. AGRAVO PROVIDO. I - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, uma vez que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. II - **O cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná reveste-se, à primeira vista, de natureza administrativa, uma vez que exerce a função de auxiliar do Legislativo no controle da Administração Pública.** III - Aparente ocorrência de vícios que maculam o processo de escolha por parte da Assembléia Legislativa paranaense. IV - À luz do princípio da simetria, o processo de escolha de membros do Tribunal de Contas pela Assembléia Legislativa por votação aberta, ofende, a princípio, o art. 52, III, b, da Constituição. V - Presença, na espécie, dos requisitos indispensáveis para o deferimento do pedido liminarmente pleiteado. VI - Agravo regimental provido. (14) (grifo nosso)

Uma segunda categoria dos agentes públicos são os servidores públicos, assim compreendidos como aqueles que laboram para o Estado, com vínculo de emprego e mediante remuneração.

A depender da natureza do vínculo que possuem com o Estado, os servidores públicos podem ser classificados como servidores estatutários, empregados públicos e servidores temporários.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica cada uma das categorias dos servidores públicos:

Os da primeira categoria submetem-se a regime estatutário, estabelecido em lei por cada uma das unidades da federação e modificável unilateralmente, desde que respeitados os direitos já adquiridos pelo servidor. Quando nomeados, eles ingressam numa situação jurídica previamente definida, à qual se submetem com o ato de posse; não há possibilidade de qualquer modificação das normas vigentes por meio de contrato, ainda que com a concordância da Administração e do servidor, por que se trata de normas de ordem pública, cogentes, não derogáveis pelas partes.

Os da segunda categoria são contratados sob regime da legislação trabalhista, que é aplicável com as alterações decorrentes da Constituição Federal; não podem Estados e Municípios derogar outras normas da legislação trabalhista, já que não têm competência para legislar sobre Direito do Trabalho, reservada privativamente à União (art. 22, I, da Constituição). Embora sujeitos à CLT, submetem-se a todas as normas constitucionais referentes a requisitos para a investidura, acumulação de cargos, vencimentos, entre outras previstas no Capítulo VII, do Título III, da Constituição.

Os da terceira categoria são contratados para exercer funções em caráter temporário, mediante regime jurídico especial a ser disciplinado em lei de cada unidade da federação. (15)

Os servidores públicos equivalem aos agentes administrativos na classificação adotada por Hely Lopes Meirelles.

Uma terceira categoria dos agentes públicos são os militares, assim compreendidos como aqueles que prestam serviços às Forças Armadas e às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distritos Federais e dos Territórios, com vínculo estatutário sujeito a regime jurídico próprio, mediante remuneração.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona:

De qualquer forma, a partir da Emenda Constitucional nº 18/98, os militares ficaram excluídos da categoria de servidores públicos, só lhes sendo aplicáveis as normas que a estes se referem quando houver previsão expressa nesse sentido, como a contida no artigo 142, § 3º, inciso VIII. Esse dispositivo manda aplicar aos militares das Forças Armadas os incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV do artigo 7º e os incisos XI, XIII, XIV e XV do artigo 37. Vale dizer que os militares fazem jus a algumas vantagens próprias do trabalhador privado: décimo terceiro

salário, salário família, férias anuais remuneradas, licença à gestante, licença-paternidade e assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas. E estão sujeitos a algumas normas próprias dos servidores públicos: teto salarial, limitações, forma de cálculo dos acréscimos salariais e irredutibilidade de vencimentos. (16)

Para José dos Santos Carvalho Filho, os militares continuam integrando a categoria dos servidores públicos *lato sensu*:

No que concerne aos militares, cumpre fazer uma observação. A despeito da alteração introduzida pela EC nº 18/1998, que substituiu a expressão “*servidores públicos civis*” por “*servidores públicos*” e da eliminação da expressão “*servidores públicos militares*”, substituída por “*Militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios*” (Seção III, mesmos Capítulo e Títulos, art. 42), com a inclusão dos militares federais no Capítulo das Forças Armadas (Título V, Capítulo II, arts. 142 e 143), o certo é que, em última análise, todos são servidores públicos *lato sensu*, embora diversos os estatutos jurídicos reguladores, e isso porque, vinculados por relação de trabalho subordinado às pessoas federativas, percebem remuneração como contraprestação pela atividade que desempenham. Por tal motivo, parece-nos correta a expressão “*servidores militares*”. (17)

Por fim, tem-se os particulares em colaboração com o poder público, que consistem naqueles que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração. Não integram a estrutura da Administração Pública, executando atividades públicas em situações específicas. Podem fazê-lo sob diversos títulos que, nas lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, compreendem:

1. **delegação do Poder Público**, como se dá com os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, os que exercem serviços notariais e de registro (art. 236 da Constituição), os leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos; eles exercem função pública, em seu próprio nome, sem vínculo empregatício, porém sob fiscalização do Poder Público. A remuneração que recebem não é paga pelos cofres públicos mas pelos terceiros usuários do serviço;
2. mediante **requisição, nomeação ou designação** para o exercício de funções públicas relevantes; é o que se dá com os jurados, os convocados para prestação de serviço militar ou eleitoral, os comissários de menores, os integrantes de comissões, grupos de trabalho etc.; também não têm vínculo empregatício e, em geral, não recebem remuneração;
3. como **gestores de negócio** que, espontaneamente, assume

determinada função pública em momento de emergência, como epidemia, incêndio, enchente etc. (18)

Os particulares em colaboração com o poder público mediante requisição, nomeação ou designação equivalem aos agentes honoríficos na classificação adotada por Hely Lopes Meirelles. Já os que agem sob delegação do Poder Público equivalem aos agentes delegados na classificação do mesmo autor.

Celso Antônio Bandeira de Mello acrescenta ainda nesta categoria os contratados por locação civil de serviços como, por exemplo, um advogado ilustre contratado para sustentação oral perante Tribunais. (19)

José dos Santos Carvalho Filho diverge deste entendimento, nos seguintes termos:

Alguns autores consideram agentes públicos as pessoas contratadas por meio de contrato de locação civil de serviços. Com a máxima vênia, lamentamos divergir. É que o vínculo nesse caso é meramente contratual e não traduz uma relação permanente de trabalho. Uma coisa é a contratação para fins de emprego (qualquer que seja o vínculo), e outra, inteiramente diversa, é o contrato para a execução de obras, serviços etc., neste caso sempre com objeto contratual definido e determinado. Por via de consequência, somente aqueles é que devem ser enquadrados como agentes públicos. (20)

Matheus Carvalho, após reconhecer a inexistência de consenso em relação a esse ponto, afirma que os particulares em colaboração com o Estado se dividem em quatro espécies: Designados, Voluntários, Delegados e Credenciados. (21)

Segundo o autor, os voluntários seriam aqueles agentes que atuam voluntariamente em repartições, escolas, hospitais públicos ou situações de calamidade, sempre que o ente estatal realiza programa de voluntariado, citando como exemplo o programa “Amigos da Escola”.

Já os agentes credenciados seriam aqueles que atuam em nome do Estado em virtude de convênios celebrados com o Poder Público, como ocorre com médicos privados que atuam em convênio com o Sistema Único de Saúde – SUS, para atendimento de pacientes, mediante pagamento do poder público. Esta espécie também se encontra prevista na classificação adotada por Hely Lopes Meirelles.

As outras duas espécies, designados e delegados, já se encontram descritas na classificação proposta por Di Pietro.

2. RESPONSABILIDADE DE AGENTES PÚBLICOS EM LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No período do Estado Absolutista, no qual prevalecia a vontade do soberano, não havia agentes públicos, mas sim agentes do rei, que a ele respondiam e prestavam contas e não à sociedade.

Tal período corresponde, na história brasileira, ao período colonial, em que o Brasil esteve submetido à Coroa portuguesa.

Nessa época, os oficiais detentores de cargo público, justamente por serem funcionários do rei e não do povo, só respondiam perante o próprio rei. Prevalecia a total irresponsabilidade do Estado e de seus agentes para com terceiros, em que

vigia as máximas *the king can do no wrong* ou *le roi ne peut mal faire*.

Acerca do tema, ensina Mônica Nicida Garcia:

A figura do agente público, tal qual antes definida como a pessoa que desempenha funções públicas, acometidas ao Estado, só surge com o advento do Estado de Direito, após as Revoluções Liberais.

Há que se reconhecer, entretanto, que, antes mesmo dessa época, já existia um aparato governamental, composto por pessoas que estavam a serviço do rei ou monarca.

Tratava-se, de fato, do período do Estado Absoluto ou Estado de Polícia, no qual prevalecia a vontade do soberano, que necessitava de um grande número de pessoas que o servissem e concretizassem sua vontade. Eram os agentes do rei, que a ele respondiam e a ele prestavam contas, muito diferentes, portanto, dos agentes a que se refere a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e que deveriam prestar contas à sociedade. (22)

Na época do absolutismo monárquico o Estado não respondia pelas suas atividades lesivas a população, pois a figura do rei era considerada divina e, portanto, impossível de cometer erros, razão pela qual os danos causados ficavam sem reparação. É nesse período que surge a expressão *L'État c est moi*, que significa o Estado sou eu, demonstrando como os monarcas julgavam estar acima da lei.

A partir do final do século XVIII, com as Revoluções Liberais, as monarquias absolutas começam a ser substituídas por Estados de Direito, em que a vontade do povo passa a prevalecer.

Passou-se, gradativamente, a priorizar os direitos individuais, com a mínima, senão nenhuma interferência do Estado.

Novamente leciona Mônica Nicida Garcia:

É a partir dessa época, com o surgimento do Estado de Direito, que se delinea a figura do agente público como aquele que exerce uma função pública. O agente público não é mais o representante do rei, o funcionário do rei, que lhe devia fidelidade e obediência cegas. O agente público passa a ser, ou pelo menos deveria passar a ser, o funcionário do Estado, cuja existência só se justifica na medida em que atendesse ao interesse público, ao interesse da sociedade. A conduta do agente público, assim, também só se justifica nessa exata medida.

O agente público que antes, como funcionário do rei, somente a ele prestava contas de seus atos, respondendo criminalmente quando descumpria seus deveres para com o rei, passa a ter obrigações para com a sociedade, passa a ter deveres para com o Estado e com a sociedade.

(...)

A nova disciplina já se faz presente na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. De fato, nos termos do artigo 14 da declaração, a sociedade tem o direito de exigir a prestação de contas de todo agente público de sua administração.

Se antes o agente público – o oficial do rei – deveria prestar contas ao rei, demonstrando sua fidelidade e provando continuar sendo digno de sua confiança, agora o agente público deveria prestar contas à sociedade, em nome de quem, por quem e para quem o poder passa a ser exercido. (23)

No Brasil, a Constituição de 1824 continha, em vários dispositivos, a possibilidade de responsabilização de diversos agentes públicos, por exemplo:

Art. 156. Todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça são responsaveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus Empregos; esta responsabilidade se fará effectiva por Lei regulamentar.

(...)

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

XXX.. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores. (24)

Mas, apesar de ter sido criado um novo arcabouço normativo, compatível com o Estado de Direito que se pretendia instituir, a mudança não ocorreu de forma imediata.

Assim explica Mônica Nicida Garcia:

No momento da entrada em vigor da nova ordem, em que o agente do rei era, nos termos das declarações, das Constituições e das leis, transmudado no agente público, na prática, aquele que estava assumindo esse papel do novo agente público era a própria pessoa que, em momento antes, era o agente do rei. Só que, ao assumir esse novo papel, não transferiu à sociedade e ao Estado a fidelidade e o temor que tinha ou deveria ter ao rei.

Assim é que apesar de vigente um novo arcabouço jurídico, que previa e exigia, formalmente, uma organização administrativa burocrática, obediente a um poder público abstratamente definido, legitimado e expresso por normas racionalmente criadas e legalmente estatuídas, na prática, prevaleciam os costumes já há séculos arraigados, e que não correspondiam àquele modelo abstratamente previsto. É que os vínculos entre o funcionário público e os grupos sociais de que participavam acabavam prevalecendo sobre as obrigações assumidas com o Estado, obrigações essas cujo descumprimento, na maior parte das vezes, por este não tinha como ser apurado.

(...)

Nesse ambiente, a constituição de uma administração burocrática, exercida por agentes cômicos de suas atribuições, era extremamente difícil. A dificuldade fica definitivamente caracterizada quando se constata que, em razão da extrema penúria de recursos públicos em que permaneciam as administrações locais, foram rotineiras a aplicação de recursos privados em serviços e obras públicas, a utilização de instalações privadas, inclusive as residenciais, para a prestação de serviços públicos e a utilização de empregados pessoais, na realização de tarefas cometidas à administração, numa repetição da prática comum no período colonial, de confusão entre o público e o privado. (25)

Nesse contexto, a responsabilidade pessoal do agente era extremamente rara.

Somente a consolidação do regime republicano no Brasil, no final do século XIX, firmou o regime de responsabilização dos agentes públicos.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 80511/MG, da Relatoria do Ministro Celso de Mello, afirmou:

E M E N T A: HABEAS CORPUS - GOVERNADOR DE ESTADO - INSTAURAÇÃO DE PERSECUÇÃO PENAL - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO A SER DADA PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO - EXIGÊNCIA QUE DECORRE DO PRINCÍPIO DA FEDERAÇÃO - HABEAS CORPUS DEFERIDO. PRINCÍPIO REPUBLICANO E RESPONSABILIDADE PLENA DOS

GOVERNANTES. - A responsabilidade dos governantes tipifica-se como uma das pedras angulares essenciais à configuração mesma da idéia republicana (RTJ 162/462-464). A consagração do princípio da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, além de refletir uma conquista básica do regime democrático, constitui conseqüência necessária da forma republicana de governo adotada pela Constituição Federal. O princípio republicano exprime, a partir da idéia central que lhe é subjacente, o dogma de que todos os agentes públicos - os Governadores de Estado e do Distrito Federal, em particular - são igualmente responsáveis perante a lei.

RESPONSABILIDADE PENAL DO GOVERNADOR DO ESTADO. - Os Governadores de Estado - que dispõem de prerrogativa de foro *ratione muneris*, perante o Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, a) - estão sujeitos, uma vez obtida a necessária licença da respectiva Assembléia Legislativa (RTJ 151/978-979 - RTJ 158/280 - RTJ 170/40-41 - Lex/Jurisprudência do STF 210/24-26), a processo penal condenatório, ainda que as infrações penais a eles imputadas sejam estranhas ao exercício das funções governamentais. **CONTROLE LEGISLATIVO DA PERSECUÇÃO PENAL INSTAURADA CONTRA GOVERNADOR DE ESTADO.** - A jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, atenta ao princípio da Federação, impõe que a instauração de persecução penal, perante o Superior Tribunal de Justiça, contra Governador de Estado, por supostas práticas delituosas perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública ou de iniciativa privada, seja necessariamente precedida de autorização legislativa, dada pelo Poder Legislativo local, a quem incumbe, com fundamento em juízo de caráter eminentemente discricionário, exercer verdadeiro controle político prévio de qualquer acusação penal deduzida contra o Chefe do Poder Executivo do Estado-membro, compreendidas, na locução constitucional "crimes comuns", todas as infrações penais (RTJ 33/590 - RTJ 166/785-786), inclusive as de caráter eleitoral (RTJ 63/1 - RTJ 148/689 - RTJ 150/688-689), e, até mesmo, as de natureza meramente contravencional (RTJ 91/423). Essa orientação - que submete, à Assembléia Legislativa local, a avaliação política sobre a conveniência de autorizar-se, ou não, o processamento de acusação penal contra o Governador do Estado - funda-se na circunstância de que, recebida a denúncia ou a queixa-crime pelo Superior Tribunal de Justiça, dar-se-á a suspensão funcional do Chefe do Poder Executivo estadual, que ficará afastado, temporariamente, do exercício do mandato que lhe foi conferido por voto popular, daí resultando verdadeira "destituição indireta de suas funções", com grave comprometimento da própria autonomia político-institucional da unidade federada que dirige. (26) (grifo nosso)

2.2 RESPONSABILIDADE PENAL

A Constituição de 1824 já continha diversos artigos que tratavam de responsabilidade penal de agentes públicos. Já havia previsão de prerrogativa de foro em casos de delitos cometidos pelo Membros da Família Imperial, Ministros de

Estado, Conselheiros de Estado, Senadores e Deputados.

As penas previstas para tais crimes variavam entre morte, perda da confiança da nação e de todas as honras, perda ou suspensão do cargo (emprego), inabilitação para ocupar cargos de confiança, prisão, remoção para fora da corte e obrigação de reparar o dano.

No período republicano, em 1890, surgiu o Código Penal, editado pelo Decreto nº 847, que no Título V, Capítulo Único, intitulado “Das Malversações, Abusos e Omissões dos Funcionários Públicos”, estavam previstos os crimes de prevaricação (artigos 207 a 209), falta de exação no cumprimento do dever (artigos 210 a 213), peita ou suborno (artigos 214 a 218), concussão (artigos 219 e 220), peculato (artigos 221 a 223), excesso ou abuso de autoridade e usurpação de funções públicas (artigos 224 a 237) e irregularidade de comportamento (artigo 238). (27)

Na primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, a responsabilidade penal dos agentes públicos encontra previsão nos seguintes dispositivos:

Art 52 - Os Ministros de Estado não serão responsáveis perante o Congresso, ou perante os Tribunais, pelos conselhos dados ao Presidente da República.

§ 1º - Respondem, porém, quanto aos seus atos, pelos crimes em lei.

§ 2º - Nos crimes, comuns e de responsabilidade serão processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e, nos conexos com os do Presidente da República, pela autoridade competente para o julgamento deste.

Art 53 - O Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado.

Parágrafo único - Decretada a procedência da acusação, ficará o Presidente suspenso de suas funções.

(...)

Art.59 - A Justiça Federal compete: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)

- Ao Supremo Tribunal Federal: [\(Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)

I - processar e julgar originaria e privativamente: [\(Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)

a) o Presidente da República, nos crimes comuns, e os Ministros de Estado, nos casos de art. 52; [\(Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)

b) os Ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade;

(...)

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#)

(...)

§ 9º É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos poderes públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#) (28)

Introduziram-se diversos dispositivos prevendo a responsabilização- tanto civil como criminal – de agentes públicos, e também os crimes de responsabilidade, imputáveis aos agentes políticos.

No ordenamento jurídico vigente, a responsabilidade penal dos agentes públicos decorre da prática de conduta que a lei defina como crime. O princípio da tipicidade

encontra previsão no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. (29)

A tipicidade penal consiste em garantia ao agente público, pois lhe permite ter prévio conhecimento das condutas proibidas e das respectivas sanções, além de impedir a atuação arbitrário por parte do Estado, que somente pode punir aquela que tenha cometido conduta típica e antijurídica. Trata-se de corolário do princípio da segurança jurídica, que exige prévia e expressa previsão legal da conduta típica, que somente pode ser criada por lei em sentido estrito, o que impede que atos normativos inferiores como decreto ou portaria venham a criar tipos ou sanções penais.

Os artigos 89 a 98 da Lei nº 8.666/93 definem os crimes e as sanções penais aplicáveis aos agentes públicos que atuam em licitações e contratações:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (30)

A responsabilidade penal é sempre subjetiva, pressupondo a existência de dolo ou culpa. As condutas previstas como crime na Lei nº 8.666/93 pressupõe dolo do agente. A conduta decorrente de culpa não constitui crime, embora possa caracterizar ilícito administrativo e eventualmente ensejar a responsabilização civil do agente.

O Código Penal vigente também estabelece infrações e sanções próprias de agentes públicos (arts. 312 a 327), por fatos que são tipificados como crimes, se praticados por agentes públicos (arts. 359-A a H) e nos casos em que a condição de agente público agrava a pena (arts. 141 e 150, § 2º) (31)

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL

A base fundamental da responsabilidade civil está contida nos arts. 186 e 927 do Código Civil:

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

(...)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (32)

Extrai-se do art. 186 do Código Civil que são quatro os pressupostos da responsabilidade civil: conduta (ação ou omissão), dano, nexo de causalidade entre a conduta e o dano, culpa ou dolo do agente causador.

Nas lições de Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti:

A responsabilidade civil decorre de determinado comportamento humano (conduta, comissiva ou omissiva, contrária à ordem jurídica). Ação ou omissão constitui-se no primeiro pressuposto da responsabilidade civil. A conduta pode ser direta, imputável ao agente causador do dano, ou indireta, imputável a ato de quem mantenha com o obrigado relação de preposição ou dependência jurídica. A responsabilidade direta recai sobre aquela pessoa que, em razão da sua conduta, causou o dano; a responsabilidade indireta recai sobre a pessoa que não foi a causadora do dano, mas que deveria manter com o verdadeiro causador do dano relação de escolha, subordinação ou vigilância.

O dano é o prejuízo que se deve indenizar. Pode ser tanto material quanto moral. A existência do dano há que ser efetiva e real. Se o dano for material, impõe-se a sua demonstração e quantificação objetivas. Se moral, a sua configuração estará na lesão a direitos da personalidade (nome, reputação, crédito, imagem, integridade física e psíquica), que se afere em face de valores da sociedade em que a vítima esteja inserida; o valor do dano moral se obtém por arbitramento, não se exigindo a quantificação objetiva que se exige na valoração do dano material.

O nexo causal constitui-se no elo entre a conduta do agente e o dano. A causalidade, no direito civil, procura a causa efetiva do dano provocado pelo agente. Causa efetiva, ou eficiente, é aquela sem cuja ocorrência o dano não teria acontecido.

E, finalmente, como requisito essencial para a reparação civil, há que se apurar o elemento subjetivo ou objetivo da conduta do agente, ou seja, a culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou o dolo (deliberado propósito de provocar o dano), presente ou não, no ato comissivo ou omissivo.

Não basta a presença de um ou de alguns dos pressupostos. A obrigação reparatória somente se aperfeiçoa em presença de todos os pressupostos cumulativamente. (33)

A responsabilidade civil dos agentes públicos tem previsão expressa no Decreto-lei nº 200/67:

Art. 84. Quando se verificar que determinada conta não foi prestada, ou que ocorreu desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que

resulte prejuízo para a Fazenda Pública, as autoridades administrativas, sob pena de co-responsabilidade e sem embargo dos procedimentos disciplinares, deverão tomar imediatas providência para assegurar o respectivo ressarcimento e instaurar a tomada de contas, fazendo-se as comunicações a respeito ao Tribunal de Contas. (34)

A responsabilidade civil objetiva é aquela fundada na teoria do risco, segundo a qual aquele que, por meio de sua atividade, gera um dano a terceiro, fica obrigado a repará-lo, independente de dolo ou culpa. Para que surja o dever de indenizar, neste caso, basta a presença do nexo de causalidade entre a conduta do agente e do dano.

A responsabilidade civil objetiva tem previsão expressa na Constituição Federal de 1988:

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: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (35)

Também o Código Civil vigente prevê a responsabilidade objetiva:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

(...)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito ([arts. 186 e 187](#)), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (36)

São causas excludentes da responsabilidade civil objetiva a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior, vez que tais circunstâncias descaracterizam o nexo de causalidade necessário para atrair a responsabilidade e o dever de indenizar.

As definições de força maior e caso fortuito são objeto de discussões na doutrina, podendo-se afirmar que a força maior consiste no evento de natureza imprevisível e inevitável, alheio à vontade humana, como tempestades e terremotos, enquanto o caso fortuito corresponde a uma ação humana.

Para Themístocles Cavalcanti:

se a força maior decorre de um fato externo, estranho ao serviço, o caso fortuito provém do seu mau funcionamento, de uma causa interna, inerente ao próprio serviço; admite-se, por conseguinte, a exclusão da responsabilidade no caso de força maior, subsistindo, entretanto, no caso fortuito, por estar incluído este último no risco do serviço; na força maior, nenhuma interferência tem a vontade humana nem próxima nem remotamente, enquanto que no caso fortuito, a vontade apareceria na organização e funcionamento do serviço. (37)

Para o autor, na hipótese de caso fortuito, caracterizada por ser a origem do fato interna à Administração, a responsabilidade só será excluída se se caracterizar a imprevisibilidade e a irresistibilidade, a impossibilidade de evitar e impedir os efeitos, porque só então estará afastada a ideia de culpa. (38)

A responsabilidade civil subjetiva, regra geral no ordenamento jurídico brasileiro, impõe a comprovação da existência de dolo ou culpa do agente causador do dano para que surja o dever de indenizar.

Tem previsão expressa no art. 186 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (39)

Nas lições de Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti:

A conduta do agente, ensejadora de responsabilidade civil, pode ser comissiva ou omissiva. A primeira ocorre quando o agente pratica um ato, ou seja, traduz-se num comportamento positivo. A segunda quando o agente deixa de praticar um ato quando havia um dever jurídico de agir. Traduz-se num comportamento negativo.

As condutas, comissiva e omissiva, podem ser culposas ou dolosas.

A culpa constitui-se na falta de diligência na observância da norma de conduta prevista na ordem jurídica, isto é, o desprezo, por parte do agente, do cuidado necessário para observá-la. O agente não pretenderia produzir dano, mas era previsível que este poderia ocorrer e seria evitável se o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude.

São as seguintes as formas pelas quais a culpa manifesta-se: negligência, imprudência e imperícia. A negligência constitui-se no descaso, na falta de cuidado ou de atenção, na indolência, ou seja, na omissão quando do agente era exigida uma ação ou conduta positiva. A imprudência é a falta de cautela. É o agir de forma apodada ou precipitada, por meio de uma conduta positiva. A imperícia constitui-se na demonstração de inabilidade do profissional no exercício de sua atividade de natureza técnica, ou ainda, na demonstração de incapacidade para o mister a que se propõe. Identifica-se a imperícia por meio de ação comissiva ou omissiva.

O dolo corresponde ao deliberado propósito de causar o dano, isto é, o agente pretendeu provocá-lo à conta da Administração, desinflante qual pudesse ser o seu motivo de foro íntimo para assim agir, em benefício próprio ou de terceiro.

Ocorre dolo eventual quando o agente, embora não querendo diretamente praticar o ato, não se abstém de agir e, com isso, assume o risco de produzir o resultado que por ele já havia sido previsto e aceito.

Quer na culpa ou no dolo, as consequências para a reparação são idênticas. Importa, para a teoria subjetiva, que a vítima demonstre que o agente tinha a intenção de praticar o ato (dolo), ou que agiu com negligência, imprudência ou imperícia (culpa). A identificação do dolo ou da culpa tem relevância quando da aplicação da sanção. Aquele que age com dolo pratica conduta de maior reprovabilidade, merecendo uma sanção mais severa que aquele que age com falta de atenção e cuidado esperados (culpa). (40)

Celso Antônio Bandeira de Mello, inspirado na lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, sustenta ser subjetiva a responsabilidade do Estado, na hipótese de o dano ter sido ocasionado por omissão. Sustenta o autor que:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabiliza-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabiliza-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. (...) A responsabilidade estatal repontará apenas, consoante reiteradamente vimos afirmando, se o Estado não agiu para impedir o dano, embora estivesse juridicamente obrigado a obstá-lo, ou se, tendo agido, atuou insuficientemente, portanto, abaixo dos padrões a que estava, de direito, compelido. (41)

Há outra corrente doutrinária que sustenta que também nas hipóteses de danos acarretados por omissão aplica-se a regra da responsabilidade objetiva, sendo esta corrente defendida por Carmen Lúcia Antunes Rocha. (42)

Na jurisprudência também há decisões conflitantes acerca do tema. Em 1996, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal acolheu, em julgamento de Recurso Extraordinário relatado pelo Ministro Celso de Mello, a tese da incidência da responsabilidade objetiva em face de omissão do Estado. Diz a ementa do acórdão:

E M E N T A: INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO - PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO - FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL - CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA - RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. - A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público

pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417). - O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50). RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL DE ENSINO. - O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. - A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos.(43)

No ano seguinte, a Segunda Turma do STF chegou a conclusão diversa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: MORTE DE PRESIDIÁRIO POR OUTRO PRESIDIÁRIO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FAUTE DE SERVICE. C.F., art. 37, § 6º. I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. II. - Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica

de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute de service* dos franceses. IV. - Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da *faute de service*. V. - R.E. não conhecido.(44)

Em um terceiro julgado, o STF manifestou-se pela aplicação da responsabilidade objetiva, nos seguintes termos:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FAUTE DU SERVICE PUBLIC CARACTERIZADA. ESTUPRO COMETIDO POR PRESIDIÁRIO, FUGITIVO CONTUMAZ, NÃO SUBMETIDO À REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL COMO MANDA A LEI. CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro. Recurso extraordinário desprovido. (45)

2.4 RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

Segundo Hely Lopes Meirelles, responsabilidade administrativa:

é a que resulta da violação de normas internas da Administração pelo servidor sujeito ao estatuto e disposições complementares estabelecidas em lei, decreto ou qualquer outro provimento regulamentar da função pública. A autoridade competente tem o dever de apurar essa violação; e, caso não o faça, comete o crime de condescendência criminosa, do art. 320 do CP. A falta funcional gera o *ilícito administrativo* e dá ensejo à aplicação de pena disciplinar, pelo superior hierárquico, no *devido*

processo legal. (46)

Edmir Netto de Araújo ensina que:

em sentido *amplo*, responsabilidade administrativa é aquela à qual está sujeito o agente público por qualquer ato praticado no exercício de suas atribuições legais, infringentes das normas administrativas, podendo ocorrer ou não a qualificação penal adicional, e, não raro, a responsabilidade patrimonial (civil) decorrente. Já em sentido *estrito*, significa a obrigação de responder perante a Administração pela prática de *ilícito administrativo* na infração de regras de conduta relacionadas à função pública, desdobrando-se em ilícito *disciplinar* e *funcional*. (47)

Segundo o autor, a responsabilidade administrativa desdobra-se em responsabilidade disciplinar, na qual incide o agente que pratica falta concernente à relação hierárquica estabelecida entre ele e seu superior, desde que não seja desobediência a ordem manifestamente ilegal, e em responsabilidade funcional, caracterizada quando a falta praticada pelo agente não diz respeito à relação hierárquica, mas sim ao exercício das suas funções e atribuições.

Afirma Mônica Nicido Garcia:

Com a responsabilização administrativa de um agente público, pela prática de um ilícito administrativo, pretende-se, pois, a tutela e a proteção da ordem interna dos serviços, do bom funcionamento da máquina administrativa e, conseqüentemente, do serviço público.

A responsabilidade administrativa do agente público é a que decorre de sua sujeição ao poder sancionatório disciplinar do Estado. Ressalte-se que o Estado dispõe de um poder sancionatório, inerente ao poder de polícia, que pode ser exercido, de uma maneira geral, sobre todos os administrados (impondo regras e sanções em caso de desobediência para, por exemplo, proteger o meio ambiente, a saúde pública) e, de maneira particular, sobre os agentes público, integrados em sua organização. É deste último caso que se trata na esfera de responsabilidade administrativa, na qual não se esgota, como se vê, a possibilidade de exercício, pelo Estado, de seu poder de aplicar sanções. (48)

A responsabilidade administrativa ou funcional dos agentes públicos atuantes em licitações e contratações decorre de ato comissivo ou omissivo praticado tanto na

fase interna da licitação (falhas na pesquisa de preços, na elaboração do edital ou no termo de referências que viciem o certame) como na fase externa (atuação do pregoeiro ou comissão de licitação em desconformidade com a lei), ou, ainda, por ato comissivo ou omissivo praticado no curso da execução do contrato (falhas na fiscalização ou no pagamento).

A Lei nº 8.666/93 tem previsão expressa acerca da responsabilidade dos agentes públicos:

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.
(49)

Jessé Torres Pereira Junior leciona:

Vê-se que, a rigor, o agente administrativo não se encaixa na acepção de servidor público nem na de agente público, mas pode submeter-se a qualquer dessas categorias dependendo do sentido que se lhe imprima.

Sentido que parece harmonizar-se, por contraste, com a definição de servidor público adotada nos arts. 83 e 84 e que emprestaria à expressão agente administrativo conotação restritiva, descartando os agentes políticos e de colaboração. Estariam nela contidos os que, na Administração direta e indireta de qualquer dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), de qualquer dos entes da Federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), desempenham função estritamente administrativa, atuando segundo laços de subordinação hierárquica e sujeitos a normas estatutárias ou celetistas, o que inclui os empregados públicos, integrantes dos quadros de pessoal das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Propõe-se a redução conceitual porque o art. 82 parece especificamente visar à responsabilização administrativa de todo aquele que, direta ou indiretamente, opera funções ou atividades relacionadas com licitações e contratos da Administração Pública, tais como ordenadores de despesas; membros das comissões de licitações; técnicos que formulam minutas de atos convocatórios e de contratos, ou sobre eles oferecem pareceres; técnicos que elaboram projetos básicos e executivos, definem especificações de materiais, serviços e obras, a serem adquiridos com ou sem licitação; agentes de compras; fiscais da execução dos contratos, entre outros.

Todo esse pessoal age administrativamente para preparar e realizar licitações (ou dispensá-las), autorizar contratações, acompanhar e fiscalizar a execução de contratos, processar a liquidação da despesa e a consequente ordem de pagamento.

Todos submetem-se, como partícipes em variados graus de atos administrativos de toda sorte (simples ou complexos, vinculados ou discricionários, declaratórios ou constitutivos), aos princípios e normas da Lei nº 8.666/93, respondendo perante o Estado por sua inobservância. Responsabilidade funcional, a desvendar-se em processo disciplinar. Assim o indica a parte final do art. 82, posto que as responsabilidades civil e penal são autônomas em relação à administrativa e apuram-se perante outras instâncias. Desde que no exercício de função, qualquer autoridade, por mais graduada que seja, poderá ser o agente administrativo referido no art. 82. (50)

2.5 RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Ímprobo, do latim *in e probus*, segundo definição de DE PLÁCIDO E SILVA, é o agente público:

Mau, perverso, corrupto, desonesto, devasso, falso, enganador. É atributivo da qualidade de todo homem ou de toda pessoa que procede atentando contra os princípios ou contra as regras da lei, da moral e dos bons costumes, com propósitos maldosos ou desonestos. O ímprobo é privado de idoneidade e de boa fama. (51)

Com precisão, Aristides Junqueira Alvarenga conceitua a improbidade administrativa:

Pode-se, pois, conceituar improbidade administrativa como espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, mediante a qual este se enriquece ilícitamente, obtém vantagem indevidamente, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário. Essa qualificadora da imoralidade administrativa aproxima a improbidade administrativa do conceito de crime, não tanto pelo resultado, mas principalmente pela conduta, cuja índole de desonestidade manifesta a devassidão do agente. (52)

Para Mauro Roberto Gomes de Mattos:

É necessário que haja o devido divisor de águas, para que não seja confundido, com grave ofensa constitucional, o ato ilegal com o ímprobo.

A ilegalidade, por ação ou omissão, que atenta contra os princípios da administração pública, violadora dos deveres de imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições nem sempre será tida como tipificadora da improbidade administrativa. Deverá ser sopesada a intenção dolosa do agente, com o componente da desonestidade, geradora do prejuízo ao ente público, tudo para possibilitar vantagens ilícitas para si ou para outrem. Sem estes componentes, fica comprometida a ação de improbidade administrativa. (53)

O professor Francisco Octavio de Almeida Prado afirma:

Probidade significa honradez, honestidade. Improbidade é desonestidade, ausência de honradez. O termo de que o Constituinte se serviu para designar a categoria de ilícitos que quis instituir tem carga significativa acentuada, que interfere profundamente com o elemento subjetivo das condutas configuradoras de improbidade administrativa. O elemento subjetivo é o vínculo psicológico, o nexó subjetivo que une o agente ao resultado. A improbidade pressupõe, sempre, um desvio ético na conduta do agente, a transgressão consciente de um preceito de observância obrigatória. Não deve, pois, existir ato de improbidade, ainda que de caráter omissivo, sem impulso subjetivo, sem propósito de violação de um dever jurídico – este, tomado na sua acepção mais ampla, compreendendo tanto a transgressão direta à fórmula literal do preceito legal como a contrariedade velada, que importa desvio em relação aos fins legais ou desatendimento aos motivos legalmente qualificados.

Observa-se, portanto, que os atos de improbidade administrativa, ao contrário do que sucede com as faltas disciplinares, encontram-se muito mais do domínio do *dolo* que da simples culpa. A ideia de culpa, traduzida na imprudência, imperícia ou negligência, é incompatível com a noção de improbidade, que, pressupondo um desvio de ordem ética e merecendo uma qualificação infamante, só muito excepcionalmente poderá admitir modalidade meramente culposa. Chega a ser difícil imaginar-se uma conduta que, eivada de mera negligência, possa erigir-se em ato ímprobo, incluindo-se no âmbito da nova categoria de ilícitos que a Constituição de 1988 veio contemplar.

Oportuno registrar, a propósito, a lúcida observação de Beccaria consoante a qual “declarar infames ações indiferentes em si mesmas é diminuir a infâmia das que efetivamente merecem ser designadas desse modo”. (54)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também estabelece com clareza a distinção entre ilegalidade simples e improbidade administrativa (ilegalidade

qualificada):

ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N. 8.429/92, ART. 11. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA CONSIGNADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE.

1. É firme a jurisprudência do STJ, inclusive de sua Corte Especial, no sentido de que "não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10." (AIA 30/AM, Corte Especial, DJe de 27/09/2011).

2. A Corte de origem, ao consignar que o enquadramento do agente público no art. 11 "não exigiria a comprovação de dolo ou culpa por parte do gestor público, ou mesmo a existência de prejuízo ao erário", contrariou o entendimento desta Corte.

3. Como o agravante não trouxe argumento capaz de infirmar a decisão que deseja ver modificada, esta deve ser mantida em seus próprios fundamentos.

Agravo regimental improvido. (55)

Ainda segundo o STJ, a configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário) exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa. Já com os tipos previstos nos arts. 9º e 11 da mesma lei (enriquecimento ilícito e atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública) exige-se a presença do dolo.

Neste sentido:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXIGÊNCIA DO DOLO, NAS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 9º E 11 DA LEI 8.429/92 E CULPA, PELO MENOS, NAS HIPÓTESES DO ART. 10. INSTÂNCIA ORDINÁRIA QUE CONSIGNA PAGAMENTO, PELO MUNICÍPIO, DA ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA PELO PRÉDIO DA CATEDRAL MUNICIPAL E DA PRAÇA MUNICIPAL E ADJACÊNCIAS. ART. 11 DA LIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE DOLO, AINDA QUE GENÉRICO, DE ATUAÇÃO CONTRA NORMAS LEGAIS. CARACTERIZAÇÃO DE INTERESSE

PÚBLICO NA PRESERVAÇÃO DE MONUMENTO MUNICIPAL E FOMENTO DO TURISMO. NÃO ALTERAÇÃO DAS PREMISSAS FÁTICAS CONSIGNADAS PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 7/STJ.

1. Hipótese na qual se discute improbidade administrativa decorrente de pagamento da energia elétrica consumida pela Catedral de Maringá-PR conjuntamente com o consumido pela praça municipal respectiva.
2. A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa, o mesmo não ocorrendo com os tipos previstos nos arts. 9º e 11 da mesma lei (enriquecimento ilícito e atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública), os quais se prendem ao volitivo do agente (critério subjetivo) e exige-se o dolo.
3. O Tribunal de origem entendeu, contudo, que "dolo ou culpa não integram os elementos necessários para a prática de ato de improbidade", em contraste, porquanto, com o entendimento desta Corte.
4. Ainda, verifica-se que a conduta se pautou dentro de nítido interesse público, de proteger o monumento mais importante do município, tendo em vista que "é fato público e notório que a Catedral de Maringá é monumento turístico contado como cartão de visitas do município (...) atração turística internacional, pois em altura é o 10º monumento do mundo e o maior da América Latina".
5. Também, deve-se levar em conta o consignado pela instância ordinária, que apenas a edificação da igreja pertence à arquidocese, e, doutra banda, "o restante, praça em si, fontes, gramado, área de lazer, escadarias, isso pertence ao Município de Maringá".
6. Destarte, conforme as premissas fáticas firmadas na instância ordinária, não se caracterizou o dolo de se conduzir deliberadamente contra as normas legais, pois, doutra banda, a conduta detinha nítido intuito de zelar pelo maior monumento da cidade, bem como fomentar o turismo.
7. Agravo regimental não provido. (56)

A Lei de Improbidade Administrativa, que regulamentou o disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, tem como finalidade impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário (art. 10); e c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

Todavia, não são todos os atos administrativos ou omissões que colidem com a imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições que dão azo ao enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa. A má-fé, caracterizada pelo dolo,

comprometedora de princípios éticos ou critérios morais, com abalo às instituições, é que deve ser penalizada, abstraindo-se meras irregularidades, suscetíveis de correção administrativa.

É entendimento corrente que o fim buscado pela Lei de Improbidade Administrativa é a punição dos atos de corrupção e desonestidade, incompatíveis com a moralidade administrativa. É preciso separar o joio do trigo.

A configuração do ato de improbidade não pode acontecer com a presença simples de uma das hipóteses elencadas nos artigos 9º, 10 e 11, da LIA. É imprescindível a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa grave, nas hipóteses do artigo 10. Vale dizer: a improbidade administrativa não se caracteriza por meio de responsabilização objetiva dos agentes públicos (57)

A mera ilegalidade do ato ou inabilidade do agente público que o pratica nem sempre pode ser enquadrada como improbidade administrativa. O ato ímprobo, além de ilegal, é pautado pela desonestidade, deslealdade funcional e má-fé.

A má-fé é premissa fundamental do ato ímprobo, ou seja, o ato ilegal somente adquire *status* de ímprobo quando a conduta antijurídica afronta os princípios constitucionais da Administração Pública, pela má-fé do agente.

Nas lições de Hely Lopes Meirelles:

Embora haja quem defenda a responsabilidade civil objetiva dos agentes públicos em matéria de ação de improbidade administrativa, parece-nos que o mais acertado é reconhecer a responsabilidade apenas na modalidade subjetiva. Nem sempre um ato ilegal será um ato ímprobo. Um agente público incompetente, atabalhado ou negligente não é necessariamente um corrupto ou desonesto. O ato ilegal, para ser caracterizado como ato de improbidade, há de ser doloso ou, pelo menos, de culpa gravíssima. (58)

Nesse sentido, é a lição, também, de Mauro Roberto Gomes de Mattos, para quem:

A má-fé, caracterizada pelo dolo, comprometedor de princípios éticos ou critérios morais, com abalo às instituições, é que deve ser penalizada, abstraindo-se meros pecados veniais, suscetíveis de correção administrativa. (59)

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento danoso. (60)

A responsabilidade por ato de improbidade decorre da ausência de lealdade do agente público para com a Administração Pública, sendo o elemento subjetivo – associado à noção de desonestidade e de má-fé do agente público – essencial para a configuração do ato de improbidade.

A análise do elemento subjetivo (dolo ou culpa) é essencial, visto que não é admitida a responsabilidade objetiva, principalmente considerando a gravidade das sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa.

As sanções pela prática de ato de improbidade administrativas estão definidas no art. 12 da Lei nº 8.429/92:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. (61)

Essas sanções não são necessariamente aplicadas de forma cumulativa. Cabe ao magistrado dosar as sanções de acordo com a natureza, a gravidade e as consequências do ato ímprobo. É indispensável, ainda, a indicação dos motivos para a aplicação de cada uma delas, levando em consideração os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (62)

O Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE DIÁRIAS. ART. 10, CAPUT, DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. MÁ-FÉ. ELEMENTO SUBJETIVO. ESSENCIAL À CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE. SANÇÕES. DOSIMETRIA. CUMULATIVIDADE. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE (ART. 12, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 8429/83). VIOLAÇÃO AO ART. 535. INOCORRÊNCIA.

1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: (a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); (b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); (c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

3. A improbidade administrativa está associada à noção de desonestidade, de má-fé do agente público, do que decorre a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposo (artigo 10, da Lei 8.429/92).

4. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido. Precedentes do STJ: REsp 805.080/SP, PRIMEIRA TURMA, DJe 06/08/2009; REsp 939142/RJ, PRIMEIRA TURMA, DJe 10/04/2008; REsp 678.115/RS, PRIMEIRA TURMA, DJ 29/11/2007; REsp 285.305/DF, PRIMEIRA TURMA; DJ 13/12/2007; e REsp 714.935/PR, SEGUNDA TURMA, DJ 08/05/2006;

5. In casu, a ausência de má-fé (elemento subjetivo) dos demandados E.O. M. e L. M. M. representado por seu espólio, coadjuvada pela inexistência de obtenção de proveito patrimonial, conforme consta do voto condutor do acórdão recorrido, revela error in judicando a análise do ilícito apenas sob o ângulo objetivo.

6. Ademais, a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve se realizada com ponderação, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além do que o legislador pretendeu.

7. Outrossim, é cediço que não se enquadra nas espécies de improbidade o ato praticado por administrador inepto. Precedentes: Resp 1149427/SC, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 09/09/2010; e REsp 734984/SP, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 16/06/2008.

8. As sanções do art. 12, incisos I, II e III, da Lei nº 8.429/92, não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria; em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que, evidentemente, perpassa pela adequação, necessidade e proporcionalidade estrito senso, aliás, como deixa entrever o parágrafo único do referido dispositivo, a fim de que a reprimenda a ser aplicada ao agente ímprobo seja suficiente à repressão e à prevenção da improbidade.

9. A Ação Civil Pública, por ato de improbidade administrativa, in casu, objetiva a condenação dos demandados nas sanções do art. 12, incisos I, II e III, da Lei 8429/92, em razão da prática de atos descritos nos arts. 9º, caput; 10, caput; e 11, caput e inciso I, da mencionada lei,

consubstanciado pelo pagamento de 02 (duas) diárias a servidor público no valor de R\$ 375,00 (trezentos e setenta e cinco reais), a fim de possibilitar-lhe a participação nos eventos cognominados "Encontro de Estudos para o Desenvolvimento Auto-Sustentado por Regiões, referente a Micro, Pequena e Média Propriedade" e "Encontro de Entidades da Região Sul", a serem realizados em Curitiba - PR, o qual, inobstante tenha recebido a quantia de R\$ 375,00, consoante se colhe da Nota de Empenho autorizada pelo Prefeito Municipal em Exercício e, conquanto estivesse em Curitiba, não participou dos referidos eventos.

10. O Tribunal local, mediante ampla cognição fático probatória, assentou que: (a) a conduta imputada ao demandado C. P. - recebimento de recursos públicos que não lhe eram devidos, no valor de R\$ 350,00 reais - configura ato de improbidade administrativa, capitulado no art. 9º, inciso XI, da Lei nº 8.429/92, e, por isso, manteve incólume a condenação relativa à perda dos valores acrescidos ilicitamente (R\$ 375,00); à perda da função pública; à suspensão dos direitos políticos, pelo prazo de quatro anos; e ao ressarcimento do dano causado ao erário, na proporção de 1/6; reduzindo, apenas, a multa para três vezes o valor das diárias apropriadas indevidamente;

(b) a conduta imputada a E. O. M - inserção no cheque relativo à diária como beneficiário de pessoa que não constava na nota de empenho e não era servidor do Poder Executivo - configura de ato de improbidade administrativa, capitulado no art. 10, inciso I, da Lei 8.429/92, e, por isso, manteve incólume a condenação relativa ao ressarcimento do dano causado ao erário, na proporção de 1/6;

reduzindo, apenas, a multa para duas vezes do valor das diárias;

(c) a conduta imputada a L. M. M., representado por seu espólio, - ao firmar nota de empenho referente às 02 (duas) diárias destinadas a custear a participação do Secretário da Agricultura em evento, E.

Z., à míngua de pedido escrito do beneficiário, que se encontrava fora do Estado, para acompanhar a filha em tratamento médico (fl.

50) - configura de ato de improbidade administrativa, capitulado no art. 10, inciso I, da Lei 8.429/92, e, por isso, manteve incólume a condenação relativa ao ressarcimento do dano causado ao erário, na proporção de 1/6.

11. O espectro sancionatório da lei induz interpretação que deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição, sempre prestigiada pela jurisprudência do E. STJ: RESP 664856/PR, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 02.05.2006; RESP 507574/MG, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 08.05.2006; RESP 513.576/MG, Relator p/ acórdão Ministro Teori Zavascki, DJ de 06.03.2006.

12. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC.

13. Recurso Especial parcialmente provido para: (a) afastar as sanções impostas ao demandado C. P, quanto à perda da função pública e à suspensão dos direitos políticos, pelo prazo de quatro anos;

mantendo incólume o ressarcimento do dano causado ao erário, na proporção de 1/6; e a multa civil correspondente a três vezes o valor das diárias apropriadas indevidamente; e (b) afastar as sanções impostas aos demandados E. O. M quanto ao ressarcimento do dano causado ao erário, na proporção de 1/6, e a multa de duas vezes do valor das diárias; e L. M. M., representado por seu espólio, quanto ao ressarcimento do dano causado ao erário, na proporção de 1/6. (grifo nosso) (63)

3. LEI Nº 13.655/2018 E SUAS IMPLICAÇÕES NAS RESPONSABILIDADES DOS AGENTES PÚBLICOS

No dia 26 de abril de 2018, foi publicada a lei federal nº 13.655, que promove mudanças na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto nº 4.657/1942).

Esta norma traz profundas mudanças no ordenamento jurídico acerca da responsabilidade de agente públicos.

São elas:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, **não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.**

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. **A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.**

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Art. 22. **Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.**

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.”

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Art. 25. (VETADO).

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO).

Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

Vigência

§ 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no **caput** deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão. (grifo nosso) (64)

Thiago Priess Valiati leciona:

Apesar de ter o objetivo de combater a ineficiência e o arbítrio nas relações de Direito Público, a Lei recebeu pesadas críticas dos controladores (sobretudo, do TCU) que a acusaram de favorecer o enfraquecimento do controle da Administração Pública. Além disso, alegou-se que o Projeto foi pouco debatido e aprovado às pressas no Congresso Nacional. Houve também, por parte da doutrina, quem dissesse que “a Lei não mudou nada” e que, na verdade, ela só traria mais insegurança jurídica.

Na realidade, o que a Lei traz é justamente a imposição de uma atividade mais responsável por parte dos órgãos de controle, contribuindo para o seu necessário aperfeiçoamento, por meio do estabelecimento de novas balizas interpretativas para os decisores no âmbito do Direito Público. Cabe destacar, ainda, que a Lei derivou de Projeto de Lei elaborado pelos professores de Direito Administrativo Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Ari Sundfeld, após intensa pesquisa empírica desenvolvida por anos no âmbito da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). Ademais, foi aprovada sem dissenso no Congresso Nacional, com expressivo apoio político. Dessa maneira, as críticas quanto à velocidade da elaboração e aprovação da Lei definitivamente não merecem subsistir.

Como dito, um dos principais pressupostos da Nova Lei de Introdução consiste na confiança no gestor público de boa-fé para inovar na Administração. Assim, a Lei reflete a necessidade de se conferir maior segurança para a atuação dos gestores, que atualmente temem serem alvo de responsabilização pessoal por mero entendimento divergente do controlador, sobretudo diante da intensa proliferação legislativa no que toca à possibilidade de incidência de sanções aos servidores públicos. Hoje, no Brasil, gestores frequentemente percebem sua capacidade de inovar na Administração ser tolhida por orientações de controladores que simplesmente discordem de sua interpretação.

Tem-se, assim, a chamada paralisia decisória: gestores públicos não decidem e não tomam medidas mais ousadas porque possuem o medo (ou seria pavor?) de que o controlador enquadrará a conduta como ilegal, ou como ímproba, em face do amplíssimo artigo 11 da LIA. Trata-se do denominado “Direito Administrativo do Medo”, temática que foi exaustivamente abordada no XIX Congresso Paranaense de Direito Administrativo e que instigou a elaboração deste ensaio, sobretudo diante de algumas injustas críticas que a Lei n.º 13.655/2018 recebeu de alguns palestrantes.

(...)

Em primeiro lugar, tem-se, com a edição do já mencionado artigo 28 da Nova Lei de Introdução, a releitura do artigo 10 da Lei n.º 8.429/1992, que admite em seu caput a modalidade culposa de ato de improbidade administrativa. Vale dizer, há uma patente incompatibilidade entre os referidos dispositivos, na medida em que o artigo 10 da Lei de Improbidade admitia a configuração de ato de improbidade por culpa simples, enquanto o artigo 28 afasta tal possibilidade ao exigir, no mínimo, dolo ou erro grosseiro na conduta do agente público.

Por um lado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no mesmo sentido da doutrina majoritária, já vinha se posicionando no sentido de exigir a caracterização de dolo na conduta do agente ou, ao menos, da culpa grave para a configuração do ato de improbidade. Nesse sentido, a doutrina se pronuncia no sentido de que a improbidade não é sinônimo de ilegalidade; isto é, a ilegalidade só adquire o status de improbidade administrativa quando a conduta antijurídica é coadjuvada pela má-intenção do administrador.

Porém, parcela da jurisprudência do STJ, de forma retrógrada, tem apresentado um afastamento desta orientação, admitindo a condenação por ato de improbidade decorrente de conduta culposa, na modalidade da culpa simples. Como exemplo concreto desse entendimento jurisprudencial, tem-se a decisão proferida no Agravo Interno em Recurso Especial n.º 1.598.591 – RN, que expressamente reputa a conduta minimamente culposa como suficiente à configuração de ato de improbidade em relação ao artigo 10. Nos termos da referida decisão (inclusive, posterior à edição da Lei n.º 13.655/2018), o STJ expressou que: “no caso dos autos, restaram claramente demonstrados a [...] conduta no mínimo culposa da recorrente, o que, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é suficiente para caracterizar o ato de improbidade administrativa de que trata o art. 10 da Lei n.º 8.429/1992”.

Assim, o advento da Lei n.º 13.655/2018 possui o intento de afastar a controvérsia jurisprudencial, traçando novos parâmetros interpretativos (pela via legislativa) em relação ao artigo 10 da Lei de Improbidade, de forma a excluir a possibilidade de responsabilidade pessoal do agente público, pelo menos na modalidade por culpa simples. A despeito de ainda permitir a configuração de ato de improbidade por culpa grave, a Lei, em manifesta valorização ao agente público de boa-fé, confere ao administrador a segurança necessária ao desenvolvimento do seu agir e à inovação na gestão pública, combatendo-se a paralisia decisória e restringindo-se o âmbito da responsabilização administrativa.

A despeito disso, mesmo após a edição da Lei n.º 13.655/2018, a jurisprudência do STJ continua admitindo a possibilidade de cometimento de ato de improbidade por culpa simples. Espera-se que, com o tempo e maturação da Lei (e aí entra o papel essencial dos advogados na utilização da Nova LINDB como fundamento indispensável de defesa dos gestores públicos de boa-fé), os novos parâmetros interpretativos gerados pela Lei redirecionem a jurisprudência do STJ, de modo a expurgar do Direito brasileiro, definitivamente, a possibilidade de cometimento de ato de improbidade por culpa simples.

Ademais, repise-se que previamente à sanção da Presidência da República, a proposta normativa apresentava três parágrafos ao artigo 28 que, entre outras previsões, pretendiam conferir contornos jurídicos concretos aos ditames do caput e maior segurança jurídica à atuação dos gestores públicos. Com efeito, perdeu-se uma excelente oportunidade de proporcionar maior segurança jurídica com os dispositivos vetados, por

meio da indicação precisa, por exemplo, do que não pode ser configurado como um “erro grosseiro”, haja vista que a Lei n.º 13.655/2018, a despeito de afastar a possibilidade de cometimento de ato ímprobo por culpa simples, continua a admitir a modalidade de ato de improbidade por culpa grave (erro grosseiro), que configura um conceito de relativa indeterminação.

Assim, sem a existência de parâmetros legais para delimitar o enquadramento do que se entende como erro grosseiro (ou, pelo menos, o que não seria erro grosseiro), manteve-se um grande espaço para que os controladores continuem determinando o próprio parâmetro de controle.

E foi exatamente o que aconteceu no âmbito do Acórdão 1628/2018 do Plenário do TCU, de Relatoria do Ministro Benjamin Zymler, no qual a Corte de Contas decidiu que: “a conduta culposa do responsável que foge ao referencial do ‘administrador médio’ utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação caracteriza o ‘erro grosseiro’ a que alude o art. 28”. E, afinal, o que seria o “administrador médio” referenciado pelo TCU? Ninguém sabe. Possivelmente sua configuração derive da apreciação subjetiva do julgador que, na maioria dos casos, nunca ocupou um cargo na Administração Pública.

Vale dizer, sem os parâmetros e contornos concretos operados pela via legislativa, o controlador acaba tendo amplo espaço de atuação para definir o que configura um “erro grosseiro”, limitando a capacidade de inovação do gestor público (afinal, se tudo pode ser enquadrado como “erro grosseiro”, o administrador simplesmente não age e não inova).

Assim, com o veto, operou-se um verdadeiro paradoxo: de um lado a Lei tem a finalidade de evitar a aplicação irrestrita de conceitos jurídicos indeterminados mediante a redação do seu artigo 20; de outro lado, entretanto – com o veto em relação ao parágrafo primeiro do artigo 28 –, acabou por dar vida a um conceito amplo e que alarga o espaço de atuação dos controladores (“erro grosseiro”). Todavia, mesmo com estas ressalvas, o artigo 28 traz importante contribuição à valorização do gestor de boa-fé perante o sistema normativo nacional, pois afasta, como dito, a possibilidade da configuração de ato ímprobo por culpa simples.

Além das inovações trazidas pelo artigo 28, o já citado artigo 20 da Nova Lei de Introdução também suscita um relevante impacto na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. Esse dispositivo impõe a necessidade de consideração das consequências práticas de decisões baseadas em princípios ou conceitos jurídicos indeterminados, de modo a ampliar o ônus argumentativo dos controladores na aplicação de sanções administrativas aos agentes públicos. Trata-se, portanto, de um dever de motivação reforçado, por parte do controlador, na hipótese de utilização de conceitos jurídicos indeterminados.

A referida disposição, conjugada com o disposto pelo artigo 28, impacta especialmente na interpretação do artigo 11 da Lei de Improbidade, que tipifica os atos de improbidade consubstanciados na violação dos princípios da Administração Pública. Tal dispositivo, por possuir redação demasiadamente aberta, deixa margem para que a imoralidade administrativa, enquanto um conceito jurídico indeterminado e extremamente amplo, tenha a sua aplicação delimitada a critério estrito dos controladores. Isso porque o tipo aberto do mencionado artigo dá azo à perigosa interpretação de que qualquer violação aos princípios da Administração Pública poderia configurar um ato de improbidade administrativa, o que não parece ser a conduta mais acertada.

É exatamente esse amplo espaço de atuação do controlador que a Nova Lei de Introdução visa a coibir. A nova racionalidade decisória vem barrar esse tipo de interpretação, porquanto passa a exigir do controlador que demonstre através de provas concretas e consequências práticas que o ato praticado pelo agente público estaria eivado da intenção de ferir a probidade administrativa. Amplia-se, assim, o ônus de fundamentação do controlador para acusações de atos de improbidade baseadas na alegação genérica de violação aos princípios da Administração Pública, tipificados no artigo 11 da Lei n.º 8.429/1992.

O artigo 22 da Lei n.º 13.655/2018 também possui um impacto relevante na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. O artigo prevê, em seu caput, que: “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

Por meio deste dispositivo exige-se, do mesmo modo que ocorre em relação ao artigo 20, um ônus argumentativo acentuando do controlador, que deve levar em consideração, antes da aplicação de qualquer sanção (sobretudo as decorrentes de atos ímprobos pautados nos tipos abertos do artigo 11, da Lei de Improbidade), os obstáculos, as dificuldades reais do gestor público, bem como as exigências de políticas públicas. Afinal, é muito mais fácil interpretar e tomar uma decisão dentro do gabinete, isolado, sem considerar as dificuldades reais e trágicas que o administrador precisa lidar no seu dia-a-dia nem as múltiplas demandas urgentes da população. Assim, o dispositivo em questão possui o objetivo de sensibilizar o controlador frente às dificuldades que o agente público enfrenta rotineiramente na gestão pública, sobretudo no âmbito das chamadas decisões trágicas, possibilitando o desenvolvimento e a capacidade de inovação na Administração.

Finalmente, tem-se o artigo 27, que dispõe que: “a decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos”. O referido dispositivo, na mesma toada, valoriza o agente público honesto e possui influência significativa no contexto de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

O artigo mencionado possui um enfoque processual, voltado ao tratamento dos efeitos colaterais negativos do processo, na medida em que enuncia a possibilidade de compensação por prejuízos anormais ou injustos que dele resultem. Como se sabe, a mera proposição de uma ação de improbidade administrativa gera prejuízos anormais e injustos aos gestores públicos que, muitas vezes, acabam inocentados ao final do processo. A consequência do mero ajuizamento da ação e a necessidade de se defender por anos de acusações injustas é devastadora, tanto pelo aspecto político quanto pelo aspecto econômico. Dessa forma, para tais casos, o dispositivo em questão permite a discussão em torno de um possível dever de ressarcimento do agente público inocente pelo Estado, em face dos eventuais prejuízos anormais ou injustos que venha a sofrer em decorrência do ajuizamento de uma ação de improbidade administrativa.

Com efeito, o afã desmedido em alcançar a qualquer custo a punição do gestor público como uma forma de resposta à sociedade brasileira frente à insatisfação generalizada pelas frequentes notícias de corrupção, sobretudo após o advento da Operação Lava-Jato, deve ser reprovado pelos intérpretes do Direito. Ao mesmo tempo em que se procura penalizar

a todo custo os agentes públicos desonestos, corre-se o perigoso risco de condenação dos gestores honestos, contribuindo, assim, para o enfraquecimento da já desmoralizada política brasileira. Ou seja, corrompe-se o sistema de garantias constitucionais e de segurança jurídica sob o argumento de combate à corrupção.

A Lei de Improbidade Administrativa, estruturada justamente para coibir os atos ilícitos e a corrupção, pode, ao contrário, servir de perigoso instrumento para a condenação de administradores públicos honestos e, assim, possibilitar a manutenção de agentes corruptos na sociedade brasileira. É o que se tem, por exemplo, com a possibilidade de ato de improbidade administrativa cometido por culpa simples, nos termos do artigo 10, da Lei n.º 8.429/1992. Ou a aplicação [desmedida e sem qualquer critério do artigo 11], por meio de tipos abertos extremamente amplos (cometimento de ato ímprobo por “ofensa aos princípios da Administração”).

A partir da perigosa utilização desmedida da Lei de Improbidade, instaura-se o medo na Administração. O cenário de “apagão das canetas” prejudica a capacidade de inovação na gestão pública e acaba por ocasionar, por exemplo, o travamento de investimentos nos setores de infraestrutura no país. Como já alertou o próprio Ministro do Tribunal de Contas da União (TCU), Bruno Dantas, “a hipertrofia do controle gera a infantilização da gestão pública”.

Nesse contexto, a edição da Lei n.º 13.655/2018 consiste em relevante instrumento de valorização e confiança no gestor público honesto. A despeito das exageradas e injustas críticas, a Lei n.º 13.655/2018 possui múltiplos aspectos positivos e com capacidade para aprimorar a qualidade da decisão administrativa e conferir maior segurança jurídica no âmbito das relações que envolvem a Administração Pública, sobretudo no âmbito da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, a fim de desestimular um cenário que fomenta o denominado “Direito Administrativo do Medo”. Que, na verdade, diante do atual estado da arte, parece cada vez mais próximo de um verdadeiro estado de terror na Administração Pública... (65)

Esta lei tem sido compreendida como uma verdadeira revolução no processo de tomadas de decisão na Administração Pública.

O art. 20 da citada lei, ao estabelecer que nas esferas administrativa, controladora e judicial, **não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão**, traz a ideia de que as decisões do administrador, controlador ou do juiz deve ponderar as consequências práticas do ato decisório, de forma ampla e precisa, não sendo

suficiente tão somente explicitar as razões de fato ou de direito, sendo necessário analisar e estimar as consequências práticas da decisão.

Neste ponto, a Lei inova de forma significativa e vai além da ideia tradicional de motivação, atingindo especialmente o processo de tomada de decisão no âmbito dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário.

A análise das consequências práticas da decisão passa a integrar a própria ideia de legalidade, pois passa ser pressuposto de validade da própria decisão.

Para o agente público, que tem que tomar difíceis decisões no dia a dia da Administração, esta inovação traz mais segurança jurídica, abrindo o espaço para inovações em tomadas de decisão que venham a cumprir princípios constitucionais como o da eficiência na Administração Pública.

Já para os Tribunais de Contas e Poder Judiciário o trabalho aumentou, pois antes era comum a prolação de decisões que suspendiam licitações ou contratos, por exemplo, sem qualquer análise das consequências práticas da decisão e sem avaliar as possíveis alternativas jurídicas.

A observância das consequências práticas da decisão consiste em verdadeiro postulado normativo decorrente do pragmatismo jurídico. Trata-se de norma que norteia a aplicação e interpretação das outras normas.

Tem sido comum, por exemplo, decisões dos Tribunais de Contas ou do Poder Judiciário determinando a anulação ou suspensão de contratos sob o argumento

de que não cabia, no caso concreto, a contratação emergencial e que, portanto, a legalidade havia sido violada, sem, contudo, a dimensão concreta da ilegalidade.

Decisões como esta deixavam a Administração literalmente de “mãos atadas”, sem saber como agir diante da situação.

Não é possível simplesmente fundamentar uma decisão, sob o argumento de que a legalidade, a moralidade, a igualdade, a economicidade foram violados, sem que se demonstre, por um lado, qual é a efetiva violação e, por outro, que se estime e se defina claramente as consequências práticas da decisão que está sendo proferida.

A nova lei inaugura um novo senso de responsabilidade no controle dos atos administrativos.

Não se pode decidir sob o argumento de que o ato praticado atende ao interesse público ou é o que melhor reflete o dever de licitar. É preciso dizer claramente, com base em elementos concretos, qual é o efetivo interesse público que a decisão está atendendo ou, porque, a inexigibilidade ou a dispensa, naquele caso, viola o dever de licitar.

No âmbito do Processo Civil este postulado deve ser aplicado juntamente com os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade, da coerência, da integridade e da ponderação.

Fredie Didier Jr critica a expressão “valores jurídicos abstratos” que consta no art. 20 da citada norma. Para o renomado professor, trata-se de erro técnico, devendo a expressão ser lida como “princípios normativos não densificados ou pouco densificados”, vez que não se tomam decisões jurídicas com base em valores, mas sim em normas. (66)

O parágrafo único do art. 20 da Lei nº 13.655/2018 assemelha-se ao disposto no art. 489, § 2º do CPC, que consagra o postulado da ponderação:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
(...)

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (67)

O art. 22 da Lei nº 13.655/2018 impõe que o controlador e o juiz se coloquem no lugar de quem decidiu, de modo a identificar as dificuldades reais do gestor, em face da situação concreta. Isso não significa que o juiz tenha que substituir o agente público na tomada de decisão, sob pena de invasão de poder.

O art. 28 ao estabelecer que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro reforça mais a necessidade de zelo na aplicação do instituto da improbidade administrativa, muitas vezes banalizado por órgãos de controle que simplesmente deixam de perquirir a existência de tais elementos subjetivos e tentam aplicar uma verdadeira responsabilidade objetiva no campo da improbidade administrativa.

O Plenário do Tribunal de Contas da União proferiu o Acórdão nº 2.391, em 17/10/2018, sob a Relatoria do Ministro Benjamin Zymler, definindo a expressão “erro grosseiro” prevista na LINDB:

82. Dito isso, é preciso conceituar o que vem a ser erro grosseiro para o exercício do poder sancionatório desta Corte de Contas. Segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele *“que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”* (grifos acrescidos). Se ele for substancial, nos termos do art. 139, torna anulável o negócio jurídico. Se não, pode ser convalidado.

83. Tomando como base esse parâmetro, o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave. (68)

Ao rebater críticas formuladas pela Consultoria Jurídica do TCU acerca do PL 7.448/2017, que veio a resultar na Lei nº 13.655/2018, renomados juristas assim se pronunciaram por meio de parecer:

O PL nº 7.448/2017 pretende inserir o artigo 20 na LINDB com a finalidade de reforçar a ideia de responsabilidade decisória estatal diante da incidência de normas jurídicas indeterminadas, as quais sabidamente admitem diversas hipóteses interpretativas e, portanto, mais de uma solução. A experiência demonstra ser comum a tomada de decisões muito concretas a partir de valores jurídicos bem abstratos — tais como o interesse público, o princípio da economicidade, a moralidade administrativa, etc. O fenômeno é comum às esferas administrativa, controladora e judicial. Diante desse quadro, o parágrafo único do art. 20 propõe instituir ao tomador de decisão o dever de demonstrar, via motivação, “a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

(...)

As críticas são improcedentes. O dispositivo não exige conhecimento extra processual do julgador, mas sim que concretize sua função pública com responsabilidade. Veda, assim, motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de impactos.

Obriga o julgador a avaliar, na motivação, a partir de elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, as consequências práticas d e sua decisão. E, claro, esse dever se torna ainda mais importante quando há pluralidade de alternativas . Quem decide não pode ser voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou se limitar a invocar fórmulas gerais como 'interesse público', 'princípio da moralidade' e outras. É preciso, com base em dados trazidos ao processo decisório, analisar problemas, opções e consequências reais. Afinal, as decisões estatais de qualquer seara produzem efeitos práticos no mundo e não apenas no plano das ideias.

(...)

A interpretação do órgão jurídico do TCU está equivocada . O dispositivo em questão apenas exige o exercício responsável da função judicante do agente estatal. Invalidar atos, contratos, processos configura atividade altamente relevante, que importa em consequências imediatas a bens e direitos alheios. Decisões irresponsáveis que desconsiderem em situações juridicamente constituídas e possíveis consequências aos envolvidos são incompatíveis com o Direito . É justamente por isso que o projeto busca garantir que o julgador (nas esferas administrativa, controladora e judicial), ao invalidar atos, contratos, processos e demais instrumentos, indique, de modo expresso, as consequências jurídicas e administrativas decorrentes d e sua decisão. 2 Entretanto, tais consequências, diferentemente do que parece supor o TCU, são atinentes aos direitos e fatos atrelados ao processo, ou seja, relativos a elementos trazidos aos autos pelas partes. Não se trata de ilação nem de futurologia, mas sim de responsabilidade no exercício da função pública. Se há um negócio jurídico a ser invalidado , e se há direitos que serão impactados, então é dever do julgador indicar as consequências de sua decisão. Um exemplo óbvio da aplicação do dispositivo , e que pode ser verificado diariamente, envolve a invalidação de contratos administrativos. À luz da disciplina trazida pelo projeto, a autoridade pública julgadora que determinar a invalidação deverá igualmente definir se o ordenamento jurídico garante o u não a preservação de alguns dos efeitos do contrato, como, por exemplo, se os terceiros de boa-fé impactados terão seus direitos garantidos . Deverá, ainda, decidir se é ou não o caso de pagamento de indenização ao particular que já executou as prestações, conforme disciplinado pelo artigo 59 da Lei nº 8.666/933 . Ou seja, deverá agir de forma responsável diante da sua competência decisória.

(...)

A premissa é a de que a s decisões na gestão pública não são tomadas em um mundo abstrato de sonhos, mas de forma concreta, para resolver problemas e necessidades reais. Mais do que isso, a norma em questão reconhece que os diversos órgãos de cada ente da Federação possuem realidades próprias que não podem ser ignoradas. A realidade de gestor da União evidentemente é distinta da realidade de gestor em um pequeno e remoto município. A gestão pública envolve especificidades que têm de ser consideradas pelo julgador para a produção de decisões justas, corretas . As condicionantes envolvem considerar (i) os obstáculos e a realidade fática do gestor, (ii) as políticas públicas acaso existentes e (iii) o direito dos administrados envolvidos. Seria pouco razoável admitir que as normas pudessem ser ignoradas ou lidas em descompasso com o contexto fático em que a gestão pública a ela submetida se insere.

(...)

O artigo 23 do PL preenche uma importante lacuna no direito público brasileiro. O dispositivo prevê que na hipótese de o julgador instituir nova interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado, resultando em novo dever ou condicionamento de direito aos envolvidos, deve igualmente estabelecer um regime de transição para o seu cumprimento. Já o parágrafo único disciplina a hipótese de o regime de transição não ter sido previamente estabelecido na decisão, com a

seguinte redação:

(...)

Ninguém nega que as instituições públicas, na administração, no sistema de controle ou no Poder Judiciário, possam alterar suas interpretações sobre o Direito. É normal que, com o devido cuidado, o façam, inclusive em decorrência de novas demandas e visões que surgem com o passar do tempo. Contudo, as relações jurídicas pré-existentes não podem ser ignoradas. Elas seguem existindo e, se for o caso, terão de se adequar às novas interpretações ou orientações. Necessário, então, que seja previsto regime jurídico de transição que lhes dê tempo e meios para que realizem a conformação, segundo parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, tal qual tem se dado em matéria de modulação de efeitos nas declarações de inconstitucionalidade e, mais recentemente, com mera modificação de posição dominante do Supremo Tribunal Federal – STF. 8 Mudanças de interpretação não podem lançar situações anteriores em regime de incerteza. Orientar a transição é dever básico de quem cria nova regulação a respeito de qualquer assunto.

Por outro lado, e na linha da consagração da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, inexistindo um regime de modulação, o dispositivo aqui analisado cria um direito ao administrado que se surpreendeu com mudança de interpretação. Tal direito garante a possibilidade de negociar com a autoridade competente um prazo para se adaptar à nova interpretação. O dispositivo, aliás, fortalece os órgãos de controle e aumenta a transparência de sua ação, autorizando-os a negociar formalmente com os destinatários de suas decisões, quando for o caso. Isso, por um lado, supera preconceitos jurídicos arcaicos, segundo os quais as autoridades públicas não poderiam jamais ouvir e dialogar, devendo sempre impor e castigar. De outro lado, a autorização legal formal evita que, na busca de soluções de transição adequadas, essas autoridades tenham, como é comum, de recorrer a artifícios (pedidos de vista, instruções processuais protelatórias, reuniões informais com os interessados, etc.). O ganho de transparência fortalece todos os destinatários da norma.

(...)

Por fim, dos dispositivos do projeto de lei que merecem nossa atenção, está o artigo 28. Analisando a questão, afirmou o TCU que o texto libera o agente de responsabilização em caso de negligência, imprudência e imperícia. A afirmação não é verdadeira. 26 O objetivo do dispositivo é garantir a evidente segurança para que o agente público possa desempenhar suas funções de forma adequada. Por isso determina que ele só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões em caso de dolo ou erro grosseiro, o que inclui obviamente situações de negligência grave, imprudência grave ou imperícia grave. Mas há ainda outra forma de se compreender o dispositivo. Sua grande vocação é a de pacificar a famosa discussão a respeito da inviabilidade ou não de se responsabilizar advogados e procuradores por suas opiniões exaradas em processos administrativos. E neste ponto restou pacificado pelo Supremo Tribunal Federal que somente haverá responsabilização em caso de erro ou dolo grave. É o que se extrai do MS 24.073/DF: (69)

Em suma, a Lei nº 13.655/2018 inova no ordenamento jurídico nos seguintes pontos: a) estabelece o postulado do consequencialismo decisório; b) esboça um novo cenário para a responsabilização do agente público por parte dos órgãos de

controle e do Poder Judiciário; c) cria um cenário de maior segurança jurídica ao agente público que toma decisões no campo da contratação pública e na condução de políticas públicas.

CONCLUSÃO

O conceito amplo da expressão agente público tem repercussão no ordenamento jurídico brasileiro, não se constituindo de questão meramente acadêmica, pois é a partir deste conceito que se define quem pode ser responsabilizado por ações ou omissões no exercício da função estatal. Trata-se, por exemplo, de conceito muito mais amplo do que o de servidor público.

Os agentes públicos podem ser divididos em quatro categorias: agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público.

No período do Estado Absolutista, no qual prevalecia a vontade do soberano, não havia agentes públicos, mas sim agentes do rei, que a ele respondiam e prestavam contas e não à sociedade.

No ordenamento jurídico vigente, a responsabilidade penal dos agentes públicos decorre da prática de conduta que a lei defina como crime. O princípio da tipicidade encontra previsão no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A responsabilidade penal é sempre subjetiva, pressupondo a existência de dolo ou culpa. As condutas previstas como crime na Lei nº 8.666/93 pressupõe dolo do agente. A conduta decorrente de culpa não constitui crime, embora possa caracterizar ilícito administrativo e eventualmente ensejar a responsabilização civil

do agente.

Extrai-se do art. 186 do Código Civil que são quatro os pressupostos da responsabilidade civil: conduta (ação ou omissão), dano, nexo de causalidade entre a conduta e o dano, culpa ou dolo do agente causador.

A responsabilidade civil objetiva é aquela fundada na teoria do risco, segundo a qual aquele que, por meio de sua atividade, gera um dano a terceiro, fica obrigado a repará-lo, independente de dolo ou culpa. Para que surja o dever de indenizar, neste caso, basta a presença do nexo de causalidade entre a conduta do agente e do dano.

São causas excludentes da responsabilidade civil objetiva a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior, vez que tais circunstâncias descaracterizam o nexo de causalidade necessário para atrair a responsabilidade e o dever de indenizar.

A responsabilidade civil subjetiva, regra geral no ordenamento jurídico brasileiro, impõe a comprovação da existência de dolo ou culpa do agente causador do dano para que surja o dever de indenizar.

Responsabilidade administrativa é a que resulta da violação de normas internas da Administração pelo servidor sujeito ao estatuto e disposições complementares estabelecidas em lei, decreto ou qualquer outro provimento regulamentar da função pública.

A responsabilidade administrativa ou funcional dos agentes públicos atuantes em licitações e contratações decorre de ato comissivo ou omissivo praticado tanto na fase interna da licitação (falhas na pesquisa de preços, na elaboração do edital ou no termo de referências que vicie o certame) como na fase externa (atuação do pregoeiro ou comissão de licitação em desconformidade com a lei), ou, ainda, por ato comissivo ou omissivo praticado no curso da execução do contrato (falhas na fiscalização ou no pagamento).

A Lei de Improbidade Administrativa, que regulamentou o disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, tem como finalidade impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário (art. 10); e c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

Todavia, não são todos os atos administrativos ou omissões que colidem com a imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições que dão azo ao enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa. A má-fé, caracterizada pelo dolo, comprometedor de princípios éticos ou critérios morais, com abalo às instituições, é que deve ser penalizada, abstraindo-se meras irregularidades, suscetíveis de correção administrativa.

A responsabilidade por ato de improbidade decorre da ausência de lealdade do agente público para com a Administração Pública, sendo o elemento subjetivo – associado à noção de desonestidade e de má-fé do agente público – essencial

para a configuração do ato de improbidade.

A análise do elemento subjetivo (dolo ou culpa) é essencial, visto que não é admitida a responsabilidade objetiva, principalmente considerando a gravidade das sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa.

No dia 26 de abril de 2018, foi publicada a lei federal nº 13.655, que promove mudanças na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto nº 4.657/1942).

Esta norma traz profundas mudanças no ordenamento jurídico acerca da responsabilidade de agente públicos.

Esta lei tem sido compreendida como uma verdadeira revolução no processo de tomadas de decisão na Administração Pública.

A observância das consequências práticas da decisão consiste em verdadeiro postulado normativo decorrente do pragmatismo jurídico. Trata-se de norma que norteia a aplicação e interpretação das outras normas.

O art. 20 da citada norma, ao estabelecer que *“nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”*, reforça com muito mais profundidade e especificidade a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais já previstas no art. 93, IX da Constituição Federal de 1988 e no

art. 489, § 1º do CPC, proibindo as tão comuns decisões tomadas exclusivamente com base em conceitos jurídicos indeterminados, a exemplo do artigo 11, da Lei de Improbidade Administrativa, que prevê a possibilidade de configuração de ato ímprobo por afronta aos princípios da Administração Pública.

Do mesmo modo, o art. 22 ao estabelecer que *“Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”*, reforça o quanto previsto no art. 489, § 3º do CPC, que determina que a decisão judicial deve ser interpretada em conformidade com o princípio da boa-fé e busca valorizar os administradores públicos honestos que, não raras vezes, são jogados na “vala comum” e tratados de forma semelhantes àqueles que se enriquecem ilicitamente às custas do erário, em um verdadeiro processo de banalização do instituto da improbidade administrativa.

A Lei procurou trazer mais segurança jurídica aos gestores nos processos de tomada de decisões, a exemplo do art. 28 que prevê que *“o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”*.

Trata-se de importante norma no cenário jurídico brasileiro que pode servir de estímulo para que pessoas sérias venham cada vez mais a ocupar os espaços na Administração Pública, primando pela boa execução das políticas públicas, contribuindo para a melhoria das condições de vida da população e para o desenvolvimento da nação.

A Lei nº 13.655/2018 inova no ordenamento jurídico nos seguintes pontos: a) estabelece o postulado do consequencialismo decisório; b) esboça um novo cenário para a responsabilização do agente público por parte dos órgãos de controle e do Poder Judiciário; c) cria um cenário de maior segurança jurídica ao agente público que toma decisões no campo da contratação pública e na condução de políticas públicas.

REFERÊNCIAS

- 1 BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. *Diário Oficial da União*. 03.06. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 18 mar. 2019.
- 2 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 226 e 227.
- 3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 629.
- 4 CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*, 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 413.
- 5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 77.
- 6 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 229.
- 7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 431.
- 8 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 77.
- 9 _____. _____. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 78.
- 10 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 229.
- 11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 30 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p. 679.
- 12 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 630 e 631.
- 13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário* nº 228.977/SP, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Néri da Silveira. Diário de Justiça de 12.04.2002. p. 66. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05 mar. 2019.
- 14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo regimental na reclamação constitucional* nº 6702/PR, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Diário de Justiça Eletrônico de 29.04.2009. p. 333. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 06 mar. 2019.

- 15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 30 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p. 681 e 682.
- 16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 30 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p. 685 e 686.
- 17 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 636.
- 18 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 30 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p. 688.
- 19 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 232.
- 20 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 631 e 632.
- 21 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*, Salvador: Editora JusPodivm, 2014. p. 715 e 716.
- 22 GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*, 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 65.
23. _____. _____, 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 74.
24. BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.
25. GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*, 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 75 a 77.
26. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 80511/MG, Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ de 14.09.2001. p. 49. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 mar. 2019.
27. BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.
28. BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.
29. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.

30. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.
31. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.
32. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.
33. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Da responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos administrativos de licitação e contratação*, 1 ed. São Paulo: Editora NDJ, 2012. p. 06 e 07.
34. BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.
35. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.
36. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.
37. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 415.
38. _____. _____, 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 417.
39. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.
40. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Da responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos administrativos de licitação e contratação*, 1 ed. São Paulo: Editora NDJ, 2012. p. 08 e 09.
41. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 816 a 826.
42. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 277.
43. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 109615/RJ, Primeira Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ de 02.08.1996. p. 25785. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

44. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 179147/SP, Segunda Turma. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ de 27.02.1998. p. 18. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 mar. 2019.
45. _____. _____. *Recurso Extraordinário* nº 409203/RS, Segunda Turma. Relator(a): Min. Carlos Velloso, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. DJ de 20.04.2007. p. 102. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 mar. 2019.
46. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 564.
47. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: R. dos Tribunais, 1981. p. 165.
48. GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*, 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 166.
49. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.
50. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 830 e 831.
51. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 715.
52. ALVARENGA, Aristides Junqueira. *Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. In: Improbidade administrativa questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 88.
53. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da Improbidade Administrativa*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 373.
54. PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 37 e 38.
55. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial* nº 1253667/MG. Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. DJe 11/05/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 mar. 2019.
56. _____. _____. *Agravo Regimental no Recurso Especial* nº 1225495/PR. Primeira Turma. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. DJe 23/02/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 mar. 2019.
57. _____. _____. *Mandado de Segurança* nº 16385/DF. Primeira Seção. Relator: Arnaldo Esteves Lima. DJe 13/06/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 mar. 2019.

58. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 210-211.
59. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da Improbidade Administrativa*. 5 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 383.
60. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 675 e 676.
61. BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. *Diário Oficial da União*. 03.06. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 18 mar. 2019.
62. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Da responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos administrativos de licitação e contratação*, 1 ed. São Paulo: Editora NDJ, 2012. p. 19.
63. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 980706/RS. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. DJe 23/02/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 mar. 2019.
64. BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. *Diário Oficial da União*. 26.04. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 18 mar. 2019.
65. VALIATI, Thiago Priess. *O impacto da nova lei de introdução (L. 13.655/18) na aplicação da LIA: o desestímulo ao direito administrativo do medo*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-priess-valiati/o-impacto-da-nova-lei-de-introducao-l-13655-18-na-aplicacao-da-lia-o-desestimulo-ao-direito-administrativo-do-medo>. Acesso em: 18 mar. 2019.
66. DIDIER JR, Fredie. *O art. 20 da LINDB e a fundamentação das decisões judiciais*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=b1l63je9N7U>. Acesso em: 18 mar. 2019.
67. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial da União*. 17.03. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 mar. 2019.
68. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão* nº 2391. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Julgado em 17.10.2018. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 18 mar. 2019.
69. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2019.