

A prova do dolo nas ações por ato de improbidade administrativa

Proof of dolution in actions for act of administrative improbity

Fernando Lauss^{1*}, Hélio Deivid Amorim Maldonado 1²

RESUMO

As contratações da Administração Pública brasileira efetuadas com particulares serão submetidas a um processo licitatório, que obedece uma sequência lógica dos atos, visando atender a necessidade pública. Assim, surge a figura do ordenador de despesas, que o tem o dever de editar o ato autorizador para iniciar a licitação ou para realizar a contratação direta, demonstrando a regularidade de seus atos. Com isso, para haver a responsabilidade do ordenador de despesas, deve-se levar em conta o dolo, devendo, portanto, a conduta ser precedida de dolo exteriorizados na prática de ato de extremada gravidade, bem como, as circunstâncias fáticas em que o agente estava inserido no momento da tomada de decisões. Diante disso, existe grande discussão acerca da responsabilidade de natureza pessoal que acarreta para a autoridade que toma a decisão. Visto isso, o objetivo deste estudo visa discutir com relação a responsabilidade civil-administrativa do ordenador de despesa por meio de ação civil pública por atos ímprobos.

Palavras-chave: Administração Pública 1; Improbidade Administrativa 2; Responsabilidade Civil-Administrativa 3; Ordenador de Despesa 4.

ABSTRACT

The contracts of the Brazilian Public Administration carried out with individuals will be submitted to a bidding process, which follows a logical sequence of acts, aiming to meet the public need. Thus, the figure of the authorizing expenses arises, who has the duty to edit the authorizing act to initiate the bidding or to carry out the direct contract, demonstrating the regularity of their acts. With this, in order to have the responsibility of the originator of expenses, the intent must be taken into account, and therefore, the conduct must be preceded by intent externalized in the practice of an extremely serious act, as well as the factual circumstances in which the agent was inserted at the time of decision making. In view of this, there is great discussion about the responsibility of a personal nature that it entails for the authority that makes the decision. In view of this, the objective of this study is to discuss the civil-administrative liability of the person responsible for the expense through public civil action for improper acts.

Keywords: Public Administration 1; Administrative Misconduct 2; Civil-Administrative Liability 3; Expense Accountant 4.

¹ FACELI – Faculdade de Ensino Superior de Linhares

* lausscbia@gmail.com

INTRODUÇÃO

A Administração Pública tem uma grande demanda por bens e serviços de qualidade, objetivando atender o bem estar social de forma eficiente, com o máximo de economicidade possível. Para isso, utiliza-se de um processo administrativo, o qual o Estado criou, e ao longo do tempo vem aperfeiçoando, para possibilitar ao gestor público as contratações em geral, denominado de licitação.

As licitações e contratações públicas devem ser pautadas em atos de probidade administrativa. A probidade, nesse sentido, está relacionada à conduta dos agentes públicos. Partindo-se da premissa de que o poder discricionário concedido à Administração Pública para a prática de atos administrativos, com liberdade de escolha, quanto a sua conveniência, oportunidade e conteúdo, deve ser exercido com probidade administrativa.

Com isso, surge para os agentes públicos o dever de regular aplicação desses recursos, notadamente no que se refere ao ordenador de despesas. As ações do ordenador devem ser praticadas sob a égide dos princípios presentes no artigo 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (transparência). No entanto, suas competências exigem conhecimentos técnicos extremamente necessários para tomada dos atos administrativos.

Para isso, no contexto da Administração Pública é existente a desconcentração de poder, que consiste na distribuição de competências por Lei, onde isso é feito com o intuito de desconcentrar um grande volume de atribuições entre os agentes públicos para permitir o seu mais adequado e racional desempenho, e, a partir disso, essas atribuições servem para subsidiar as decisões do ordenador de despesas.

Visto isso, em decorrência da altíssima responsabilidade inerente a essa função, faz-se imprescindível avaliar cuidadosamente a atuação do ordenador investido para fins de responsabilidade civil-administrativa por atos de improbidade administrativa.

Este ensaio analisará com relação a possibilidade ou não da responsabilidade civil-administrativa do ordenador de despesa por meio de ação civil pública por atos ímprobos, visto que, tal pessoa não é responsável por atos praticados por agente subordinado, na cadeia de desconcentração de poder, precisando que em sua atuação haja o dolo na prática de ato ilícito para, em tese, ser responsabilizado por ato ímprobo, pelo fato de não

responder objetivamente por falhas ou por atos ilegais de seus agentes públicos antecedentes.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS CONTRATAÇÕES POR MEIO DE LICITAÇÕES: FASE INTERNA E EXTERNA

Partindo da premissa que a administração pública prima pela oferta mais vantajosa para o erário público, a licitação é a ferramenta utilizada por órgãos públicos para adquirir bens e contratar serviços com esse fim. Com isso, as contratações públicas, em regra, devem ser antecedidas de licitação, conforme o comando do artigo 37, XXI da Constituição Federal, devendo este processo administrativo visar à satisfação do interesse público.

Sendo assim, Meirelles (1990, p.22) define licitação como “o antecedente necessário do contrato administrativo (...) é apenas um procedimento administrativo preparatório do futuro ajuste”; mais à frente o mesmo autor conceitua que “é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”. Conforme o artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 (lei que trata das normas gerais de licitação e contratos administrativos), in verbis:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (BRASIL, 1993).

Nisso, a administração pública pretende com essa contratação, no mais das vezes, satisfazer uma necessidade primária do Estado, orientando sua atuação à concretização da política pública sob o encargo do ente público contratante. Assim, quando uma escola adquire carteiras escolares, por exemplo, ela almeja prestar aos seus alunos um ensino de melhor qualidade, contribuindo, portanto, com o atendimento de sua missão institucional e da parcela da política pública sob seu encargo.

Nesses procedimentos licitatórios, o ente público manifesta por meio de edital sua necessidade e assim, empresas e pessoas com interesse em atender essas necessidades

podem participar do procedimento, sabendo antecipadamente quais são as regras a serem cumpridas (MELLO, 2010, p. 524).

Em virtude do assunto de licitações e contratos ser extenso e complexo, os legisladores viram a necessidade de criar uma lei específica para as licitações e contratos, assim surgiu a Lei nº 8.666/93, que detalha todos os procedimentos a serem executados pela administração Pública, sucedida pela Lei nº 14.133/2021. Dessa maneira, o processo licitatório é dividido em duas fases, a fase interna e a fase externa.

Na fase interna a Administração Pública deverá definir os objetos a adquirir ou serviços a serem executados, de onde deverá ser usado o recurso e todas as peculiaridades que o item ou serviço deverá obedecer pra cumprir o objetivo da aquisição. Em síntese, a etapa interna se propõe a orientar e promover o levantamento das informações necessárias para modelar a solução contratual cabível. Cumpridas todas as exigências prévias, a administração pública poderá, enfim, iniciar o procedimento de contratação.

Maia acrescenta que é nesta fase que estão as decisões que vão condicionar todo desenvolvimento do processo licitatório, incluindo a justificativa para contratação futura e as condições para participação no certame. (MAIA, 2010, online)

Já a fase externa inicia-se no exato momento em que a licitação vai a público, com a publicação do edital e a convocação dos interessados em celebrar contratos com a Administração Pública, finalizando com o fornecimento do bem ou prestação do serviço e o respectivo processo e pagamento da despesa pública.

A DESCONCENTRAÇÃO DE PODER NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Denota-se que a finalidade primordial da Administração Pública é a satisfação do bem comum. De outro giro, no que concerne à estrutura, se torna dificultoso imaginar que a Administração Pública, por meio de um único agente público, consiga desempenhar todas as suas competências que lhe são atribuídas. Por esse motivo, constitui ser uma característica da administração a divisão de competências entre agentes públicos. Nesse contexto, mostra-se indispensável a desconcentração de poder na Administração Pública.

Pode-se considerar a desconcentração como um fenômeno de distribuição interna de competência do Estado ou de outra pessoa de direito público, que ele crie, vinculado diretamente à sua estruturada hierárquica.

A aludida distribuição de competência não prejudica a unidade monolítica do Estado, pois todos os órgãos e agentes permanecem ligados por um sólido vínculo denominado hierarquia (MELLO, 2007, p.141).

Essa distribuição de competência, na seara da Administração Pública, denomina-se desconcentração de poder. Assim sendo, quando a Administração Pública divide competência entre os agentes públicos, verifica-se o instituto da desconcentração de atos administrativos componentes de ato administrativo complexo.

Na desconcentração, o poder central cria unidades administrativas ou órgãos locais, isoladamente ou formando uma hierarquia, e determina o que podem fazer e como devem fazer. A autoridade central reserva-se o poder de decisão sobre todos os assuntos que envolvem diretrizes fundamentais de governo. A desconcentração tem por objetivo descentralizar a execução dos serviços. A unidade desconcentrada será mais ou menos autônoma conforme a soma de poderes que lhe tenham sido outorgados pelo governo central. Na descentralização, as unidades locais são criadas com certos poderes próprios para administrar certos campos de atividade em que podem usar iniciativa e discernimento próprios (VIEIRA, 1971, p. 80).

Dessa forma, a desconcentração é a distribuição de competência pela lei, no entanto, sem a transferência do poder decisório da autoridade administrativa superior.

O ORDENADOR DE DESPESA

Neste cenário da administração pública surge a figura do ordenador de despesas, que é um agente público investido de autoridade e competência para emitir empenho e autorizar pagamentos de despesas públicas, onde na prática desses atos de gestão é exigida uma particular atenção, visto que é representante da efetiva disposição do patrimônio público.

Conforme § 1º do artigo 80 do Decreto-Lei nº 200/1967, o ordenador de despesas é “toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimimento ou dispêndio de recursos”. Tem o poder discricionário para conduzir sua gestão, mas, para exercer tal prerrogativa, é imperioso agregar conhecimentos suficientes nas áreas orçamentária, financeira, contábil e patrimonial, o que facilitará sobremaneira sua missão à frente da administração.

Os encargos comuns do ordenador de despesas consistem aos chamados atos administrativos onerosos, os quais fazem com que a Administração proceda aos gastos custeados com recursos públicos.

As decisões tomadas pelo ordenador de despesas envolvem diversos setores da Administração Pública, visto que ele centraliza a decisão final de diversas áreas administrativas, e a falta de cuidado na tomada de decisão pode acarretar prejuízos à Administração Pública como um todo.

A ordenação de despesas não é mero ato formal, mas ato de efetiva gestão, que vai muito além da simples concordância com outras instâncias do funcionamento organizacional. Ao lado do componente formal, o ato de ordenar despesas tem forte componente material, que lhe é indissociável, já que irregularidades na ordenação de despesas causam danos concretos à gestão pública. Por isso, a assinatura de documento gerador de despesa somente deve ocorrer após rigorosa análise de todo o conteúdo envolvido na decisão que se está tomando, bem como dos efeitos esperados com a realização do gasto público (TCU, 2011).

Pela ordenação ser um ato de efetiva gestão, ultrapassando a simples formalidade e a anuência com outras instâncias do órgão, além de ser caracterizados pela discricionariedade, estes importam no dever de supervisão dos atos dos subordinados, o que se amolda aos institutos jurídicos da *culpa in eligendo* (em relação aos funcionários comissionados) e da *culpa in vigilando* (em relação aos demais servidores em geral).

De forma imprescindível, os atos de efetuação de despesa pública devem ser criteriosamente precedidos de uma análise que deve ser feita de todo o motivo que envolverá a decisão, da mesma forma que os efeitos esperados precisam estar perfeitamente em concordância com o interesse público. Dessa maneira, a contar da assinatura em uma determinação bancária, ou em um cheque administrativo, despacho de homologação de licitação ou qualquer outro documento que seja similar, o ordenador de despesas encarrega-se de integral responsabilidade pela utilização do que define que seja feito com relação ao dinheiro público que lhe é confiado.

CONTROLE DOS ATOS DE GESTÃO DO ORDENADOR DE DESPESA

É dever do ordenador de despesas estar sempre pronto para comprovar o bom e regular uso dos recursos públicos que estejam sob sua gestão, pois a Administração Pública, é regulada pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Sendo que ao gestor público concerne o ônus de confirmar a regularidade e legitimidade dos atos de gestão praticados, valendo essa exigência, principalmente, para o ordenador de despesas, que está encarregado de dispor do patrimônio público que lhe é confiado e pelo qual responde. Pode-se chegar, até mesmo, em certos casos, à presunção de danos ao erário. Conforme disposto no Acórdão 3227/2017:

(...) a ausência de comprovação da boa e regular aplicação de recursos federais, com a omissão no dever de prestar as contas satisfatoriamente, configura ofensa não só às regras legais, mas também aos princípios basilares da administração pública, já que, ao final e ao cabo, o gestor deixa de prestar satisfação à sociedade sobre o efetivo emprego dos recursos postos sob a sua responsabilidade, dando ensejo, inclusive, à presunção legal de danos ao Erário pela integralidade dos valores transferidos (TCU, 2017).

No Brasil o controle da atividade financeira do Estado pode ser interno ou externo. O controle interno é realizado por agente do mesmo órgão que executa as atividades administrativas suscetíveis de controle, é, portanto, exercido internamente. Por sua vez, o controle externo é realizado de modo independente, por agente externo ao órgão que executou as atividades suscetíveis de controle, ou seja, um Poder ou órgão que exerce controle sobre a administração de outro Poder ou órgão.

Desse modo, antes da ordenação da despesa é preciso estar atento ao que se extrai da Lei nº. 4.320, de 17/03/1964, no capítulo sobre controle da execução orçamentária, que diz:

Art. 75. O controle da execução orçamentária compreenderá:
I - a legalidade dos atos de que resultem a arrecadação da receita ou a realização da despesa, o nascimento ou a extinção de direitos e obrigações;
II - a fidelidade funcional dos agentes da administração, responsáveis por bens e valores públicos;
III - o cumprimento do programa de trabalho expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços (BRASIL, 1964).

De acordo com a Constituição Federal, no parágrafo único do artigo 70, a obrigação de prestar contas recai sobre toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, conserve, gere ou administre dinheiro, bens e valores públicos. Uma vez que o ordenador de despesas é um agente incumbido de administrar o dinheiro

público, este é responsável pela prestação de contas da execução de seus atos de gestão. Ademais, o dever de prestação de contas está explícito no Decreto Lei nº 200 de 1967:

Art. 81. Todo ordenador de despesa ficará sujeito a tomada de contas realizada pelo órgão de contabilidade e verificada pelo órgão de auditoria interna, antes de ser encaminhada ao Tribunal de Contas (artigo 82).

Parágrafo único. O funcionário que receber suprimento de fundos, na forma do disposto no art. 74, § 3º, é obrigado a prestar contas de sua aplicação procedendo-se, automaticamente, a tomada de contas se não o fizer no prazo assinalado (BRASIL, 1967).

Desse modo, caso haja eventuais ilícitos praticados no âmbito da competência para ordenar despesas estes poderão acarretar efeitos administrativos, civis, penais e até mesmo políticos, neste caso, a depender da natureza do vínculo que o agente público detém com o Estado.

A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O ORDENADOR DE DESPESAS

Na ocorrência de ato ilícito cometido por agente público no exercício de suas funções, que venha a atentar contra o dever de probidade, este está sujeito a uma série de sanções, como ordena o artigo 37, §4º, da Constituição Federal:

Art. 37, § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (BRASIL, 1988).

A improbidade administrativa, sinteticamente, revela a prática de atos de violação aos princípios regentes da Administração Pública, a prática de dano ao erário, ou o aferimento de enriquecimento ilícito, conforme a tipificação que se tem nos artigos 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92, acompanhados de um elemento subjetivo de dolo (atos de grave desonestidade de agente público) em todas as modalidades de ato ímprobo.

Conforme Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, no livro Improbidade Administrativa:

A técnica legislativa adotada pela Lei nº 8.429/1992, ao tipificar os atos de improbidade, denota que os ilícitos previstos nos incisos assumem

relativa independência em relação ao caput, sendo normalmente desnecessária a valoração dos conceitos indeterminados previstos no caput dos preceitos tipificadores da improbidade, pois o desvalor da conduta, o nexo de causalidade e a potencialidade lesiva foram previamente sopesados pelo legislador, culminando em estatuir nos incisos as condutas que indubitavelmente importam em enriquecimento ilícito, acarretam dano ao erário ou violam os princípios administrativos (GARCIA; ALVES, 2008, p. 232).

A função de ordenador de despesas apresenta algumas particularidades que o difere dos demais funções de gestão, pois, é quem gerencia e autoriza a utilização e alocação dos recursos públicos destinados em cada situação.

No entanto, o fato de ser ordenador de despesas pertencer a hierárquica superior no órgão público, por si só, não é suficiente para imputar-lhe responsabilidade perante a Lei de Improbidade Administrativa, visto que a Lei não contempla a hipótese de responsabilidade objetiva pois vincula-se a incidir contra aquele que praticou com má-fé e com desonestidade.

Portanto, para que haja a responsabilização do ordenador de despesas nos termos da Lei de Improbidade Administrativa a sua responsabilidade deve ser subjetiva, não bastando a simples demonstração da prática de ato ilícito por agente administrativo que lhe for subalterno na cadeia complexa de atos administrativos que proporcionam a ordenação de despesa. Sendo que, para sua responsabilidade, exigir-se-á a presença de uma vontade deliberada do agente, direcionada à prática do ato ímprobo.

DOLO NO ATO ÍMPROBO

Para que seja caracterizado o ato de improbidade administrativa, assim como, para que os agentes públicos sejam responsabilizados pelo cometimento destes atos, é necessária a análise do elemento subjetivo na ação do agente público, isto é, o dolo.

Complementando, o §2º, do artigo 1º, da Lei nº 8.429/92, dispõe: “Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente”.

Dessa forma, tudo indica que a mudança legislativa visa posicionar-se no sentido da necessidade da presença da má-fé para caracterizar o ato de improbidade administrativa, uma vez que deixa expresso que não basta a voluntariedade do agente para a configuração do dolo.

De acordo com Leite:

O dolo é o elemento subjetivo pelo qual é possível aferir a volição do agente, ou seja, a sua determinação em atingir com a sua conduta o resultado típico descrito no preceito legal proibitivo, noutras palavras, o agente almeja alcançar o desvalor presente na norma incriminadora (LEITE, 2016, p. 22).

Ademais, o dolo, por conseguinte, subdivide-se em dolo específico e genérico, nas palavras do renomado Guilherme de Souza Nucci traduz que:

O dolo genérico, que foi reputado essencial para a configuração de ato de improbidade pelos ministros do STJ, no âmbito penal é definido como a vontade de praticar a conduta típica, sem qualquer finalidade especial. Contrapondo-se ao dolo específico, que seria vontade de praticar a conduta típica, adicionada de uma especial finalidade. Por exemplo, nos crimes contra a honra, não bastaria ao agente divulgar fato ofensivo à reputação de alguém para se configurar a difamação, sendo indispensável que agisse com dolo específico, ou seja, a especial intenção de difamar, de conspurcar a reputação da vítima (NUCCI, 2018, p. 190).

Assim, é indicado que o novo regime jurídico da Lei de Improbidade admite exclusivamente o dolo específico como elemento subjetivo do ato ímprobo, repelindo a mera presença de dolo genérico.

No entendimento dos tribunais, deve ser exigida a comprovação do dolo específico da responsabilidade civil do funcionário público, ou seja, de má-fé. Ressalte-se que as circunstâncias que permeiam a desonestidade administrativa e que são isentas de infrações penais, como a organização e estrutura de poder, e a vulnerabilidade decorrente, impõem ao gestor público deveres de nível superior ao exigido pelo negócio. Além disso, a Administração Pública está sujeita ao princípio da legalidade, segundo o qual o gestor público deve agir apenas dentro dos estritos limites da lei.

As peculiaridades da organização e estrutura do governo a possível vulnerabilidade do corpo social, somadas à estrita legitimidade, pedra angular da Administração Pública, podem indicar a existência de uma intenção específica em menor medida, mas a ponto de permitindo o reconhecimento administrativo. A intenção genérica de desonestidade, quando combinada a esses fatores, certamente contém traços de má-fé, pois seria inconcebível supor que um administrador público vestido de Estado, ao praticar um ato que viola os princípios que regem a Administração Pública, sem nenhum *dolus malus* (consciência e vontade de praticar um fato que se sabe juridicamente proibido).

Convém registrar, no entanto, que a supressão da forma culposa do ato ímprobo de cometimento de dano ao erário do artigo 10 da Lei de Improbidade, não obsta que o agente público responsável seja sancionado em seara diversa da improbidade administrativa.

A PROVA DO DOLO NAS AÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A improbidade administrativa, embora cuide de responsabilização de natureza civil, necessita da configuração de um elemento subjetivo semelhante àquele do Direito Penal, ou seja, o dolo. Note-se que a nova Lei nº 14.230/2021 trouxe modificações a Lei 8.429/92, ao tratar do assunto, constou a supressão da forma culposa. No artigo 1º, §1º é expressamente disciplinado que os atos de improbidade administrativa são essencialmente dolosos:

Artigo. 1º. O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

§1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos artigos. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (BRASIL, 2021).

Até mesmo antes da nova lei, a necessidade de demonstração do elemento subjetivo já havia sido reiteradamente exigida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), como exemplifica o acórdão a seguir transcrito:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ARTIGO. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTIGO. 11 DA LEI N. 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO. IMPRESCINDIBILIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO NO CASO CONCRETO.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o artigo. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao artigo. 535 do CPC. Precedente. 2. Esta Corte Superior pacificou seu entendimento no sentido de que o enquadramento de condutas alegadamente ímprobos no artigo. 11 da Lei n. 8.429/92 depende da configuração do elemento subjetivo doloso. Precedentes. 3. Na espécie, a origem deixou claro que os recorridos se fiaram na constitucionalidade de lei municipal que

autorizava a contratação temporária na hipótese em concreto, até porque a tese acerca da compatibilidade entre a lei municipal e a Constituição da República vigente era controversa à época dos fatos. Trechos do acórdão recorrido. 4. Diante destes fatos, é evidente que inexistiu dolo a justificar ação de improbidade administrativa com base no artigo. 11 da Lei n. 8.429/92. 5. Recurso especial não provido. [STJ, REsp 1187751/MG, 2ª Turma, relator ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento em 21/9/2010. DJe, 8/10/2010]

Analisando o texto legal da Lei nº 14.230/2021, percebe-se que o legislador deu ênfase ao elemento psicológico do ato ímprobo, pois previu de forma expressa a necessidade de uma intenção ilícita (artigo 1º, §2º e 3º), de um fim de obter proveito ou benefício indevido (artigo 11, §1º), somada à retirada da figura culposa e a determinação de que a voluntariedade é insuficiente para configurar o dolo em sede de improbidade (estudada acima). Tais ordenamentos normativos conduzem à presunção de que o desejo do legislador foi de estabelecer um dolo na visão psicológica, pois, do contrário, bastaria determinar a necessidade do dolo para configurar o ato ímprobo.

A inexistência de definição legal de dolo na improbidade administrativa (antes da Lei n. 14.230/21) acarretou interessantes debates doutrinários e jurisprudenciais, com posições antagônicas que foram da desnecessidade do elemento subjetivo para a configuração do ato ímprobo, até a necessidade de um dolo específico (aparentemente a posição adotada pela mencionada lei) (CASTILHO, 2021, p. 8).

Dessa forma, tudo indica que a mudança legislativa proposta visa resolver a discussão ora levantada, posicionando-se no sentido da necessidade da presença da má-fé para caracterizar o ato de improbidade administrativa, uma vez que deixa expresso que não basta a voluntariedade do agente para a configuração do dolo.

Passando-se à análise da responsabilidade dos agentes públicos em caso de delegação de competência para a prática do ato de ordenação de despesas, a nosso aviso, há dois aspectos de suma importância a considerar: o nexo de causalidade entre a conduta do agente público e o resultado ilícito; a ocorrência de dolo.

Quanto ao primeiro aspecto, registra-se que, mesmo sem exercer a competência para a ordenação de despesas, será possível a responsabilização do agente que delega essa competência na hipótese de coleta de provas que permitam identificar sua concorrência para a prática do ato de improbidade administrativa nos termos do artigo 3º da Lei nº 8.429/1992, que estabelece o seguinte: “as disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

Embora não exercendo diretamente a competência que foi delegada, é possível que o agente público mantenha a supervisão direta da conduta do servidor delegado, sendo este, na verdade, mero executor material do ato.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, nota-se que a delegação de poderes administrativos no âmbito da desconcentração de atividades é uma necessidade para os funcionários e órgãos públicos, particularmente no atual contexto de crescente complexidade das atividades administrativas. Além disso, a atuação dos ordenadores de despesas afeta diretamente a imagem do órgão e de todos os superiores hierárquicos.

Desse modo, ao ser identificada a prática ilícita, com repercussão civil ou criminal, é necessária a apuração pormenorizada dos fatos, a fim de verificar se o exercício da delegação não teve por finalidade acobertar o verdadeiro autor intelectual do ato administrativo, que participou e se beneficiou da prática ilícita, ainda que não tenha praticado ato administrativo formalmente. Identificada a competência a qualquer subtítulo, do agente que delegou competência a terceiro para o exercício do ato de ordenar despesas, poderá ser responsabilizado civilmente, administrativamente e/ou no âmbito penal, desde que haja nexo de causalidade entre a sua conduta e o resultado comprovada, bem como a ocorrência dolo, conforme o caso. É crucial a presença do dolo para a condenação do agente público em improbidade administrativa. Essa presença deve ser buscada por meio de critérios atributivos-normativos (elemento intelectual, o saber; e outro volitivo, o querer).

Ademais, resta claro que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. O trato da improbidade administrativa tem grande importância na matéria na realidade fática-jurídica nacional. Não se deve exagerar ao ponto de afastar possíveis bons gestores de uma vida pública, mas, também, não se pode gerar uma proteção deficitária, de forma a acarretar o enfraquecimento no combate à corrupção e a sensação de impunidade. Saber o ponto de equilíbrio é o grande desafio do estudioso do tema.

A simples ilegalidade administrativa sem o dolo e uma imoralidade qualificada não é suficiente para caracterizar a improbidade administrativa. Dessa forma, é essencial que os ordenadores de despesas mantenham a motivação indispensável para administrar

carências e busquem corresponder com profissionalismo e competência a mais essa ordem de desafios e encontrem, na satisfação do dever cumprido em prol da sociedade, ideário mais nobre da condição social do ser humano, a recompensa dessa árdua missão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº. 4.320, de 17 de março de 1964.** Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em:

www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm. Acesso em: 20 mai. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a Organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 11 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 21 mai. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 11 mai. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011.** Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas–RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003 [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm. Acesso em: 11 mai. 2022.

BRASIL. **Lei 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 10 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.230 de 25 de outubro de 2021.** Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14230.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.230%2C%20DE%2025,que%20disp%C3%B5e%20sobre%20improbidade%20administrativa. Acesso em: 24 mai. 2022.

CASTILHO, Paulo Roberto Da Costa. **O dolo na improbidade administrativa: modernas teorias e nova legislação.** Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e

Desenvolvimento. Brasília-DF, 2021. Disponível em:
https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/3575/1/DISSERTA%20c3%87%20c3%83%20PAULO%20ROBERTO%20DA%20COSTA%20CASTILHO_MESTRADO%20PROFISSIONAL%20EM%20DIREITO.pdf. Acesso em: 28 mai. 2022.

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

GARCIA; Emerson; Rogério Pacheco, ALVES. **Improbidade Administrativa**. 4ª ed. Revista e ampliada. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

LEITE, Renan Walvenarque Tavares. **O Dolo e a Culpa nas Ações Cíveis Públicas Por Ato de Improbidade Administrativa: Interação Entre A Violação de Princípios da Administração Pública e o Dano ao Erário**. Marabá, PA, 2016. Disponível em:
http://repositorio.unifesspa.edu.br/bitstream/123456789/891/1/TCC_O%20dolo%20e%20a%20culpa.pdf. Acesso em: 22 mai. 2022.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo: teoria, jurisprudência e mais de 500 questões**. 4 ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MAIA, D. E. C. **Pregão: uma análise do processo de aquisição de bens e serviços comuns pela administração pública**. Âmbito Jurídico. Rio Grande, XIII, n. 79, ago. 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/pregao-uma-analise-do-processo-de-aquisicao-de-bens-e-servicos-comuns-pela-administracao-publica/>. Acesso em: 05 mai. 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direitos dos Licitantes**. Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio B. **Curso de Direito Administrativo**. 25a. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1089.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TCU, Tribunal de Contas da União. **Acórdão 300/2011-TCU-Plenário**. Tomada de Contas. Ministro-Relator José Múcio Monteiro. Brasília: TCU, 2011.

TCU, Tribunal de Contas da União. **A responsabilização de Agentes segundo a jurisprudência do TCU – Uma abordagem a partir de Licitações e Contratos**. Instituto Serzedello Corrêa, TCU. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/responsabilizacao-de-agentes-segundo-a-jurisprudencia-do-tcu-uma-abordagem-a-partir-de-licitacoes-e-contratos-aulas-1-a-5.htm>. Acesso em: 20 mai. 2022.

TCU, Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3227/2017-TCU-2ª Câmara**. Tomada de Contas Especial. Ministro Substituto André Luís de Carvalho. Brasília: TCU, 2017.

VIEIRA, Paulo Reis. **Em busca de uma teoria de descentralização: uma análise comparativa em 45 países**. Tradução de Hugo Wahrlich. 1971. 224 f. Tese (Doctor of Philosophy em Administração Pública) – Congregação da Escola de Pós-Graduação da Universidade do Sul da Califórnia, Universidade do Sul da Califórnia, Rio de Janeiro, 1971.

Recebido em: 15/05/2022

Aprovado em: 18/06/2022

Publicado em: 22/06/2022