

**WELSON DE ALMEIDA OLIVEIRA SOUSA**

**A RESPONSABILIDADE DO PREFEITO POR ATOS  
DOS SECRETÁRIOS: UMA INVESTIGAÇÃO  
JURISPRUDENCIAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, do Instituto Brasiliense de Direito de Brasília, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre na área de concentração Direito Constitucional, sob orientação da Professora Dra. Marilda de Paula Silveira.

**Brasília  
2019**

WELSON DE ALMEIDA OLIVEIRA SOUSA

# **A RESPONSABILIDADE DO PREFEITO POR ATOS DOS SECRETÁRIOS: UMA INVESTIGAÇÃO JURISPRUDENCIAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, do Instituto Brasiliense de Direito de Brasília, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre na área de concentração Direito Constitucional, sob orientação da Professora Dra. Marilda de Paula Silveira.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_, com menção \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_\_).

## **Banca Examinadora:**

---

Presidente: Prof. Dr.  
Marilda de Paula Silveira

---

Integrante: Prof. Dr.  
Flavio Henrique Unes Pereira

---

Integrante: Prof. Dr.  
Daniel Gustavo Falcão Pimentel Reis

*Aos meus pais, Wilson Oliveira e Maria do Socorro, por todo apoio e amor.*

*Aos meus irmãos, Wilson Junior, Wildson Oliveira e Wallison Oliveira, pelo auxílio de sempre.*

## **AGRADECIMENTOS**

Meu primeiro agradecimento é a Deus, pela saúde disponibilizada para que pudesse concluir esta dissertação.

Agradeço em especial à minha professora orientadora Marilda Silveira, pela paciência e por todos os conselhos acadêmicos e indicações bibliográficas para a realização desta pesquisa.

Aos membros da banca de qualificação, Professores Daniel Paixão e Flavio Unes, por todas as observações e sugestões dadas para o aperfeiçoamento deste estudo.

Ao Dr. Marcelo Mesquita, juiz auxiliar da presidência do CNJ, que me auxiliou com todos os dados necessários para a pesquisa jurisprudencial realizada neste trabalho.

Ao meu sócio, Felipe Alencar, pela presteza e disponibilidade.

À minha esposa, Carolina Oliveira, pelo carinho, paciência e compreensão.

À minha primeira filha, Olivia, que esta por vir nos próximos dias e já amo sem medidas.

Aos meus pais e irmãos que sempre me apoiaram em todas as minhas decisões.

## RESUMO

SOUSA, Welson de Almeida Oliveira. **A responsabilidade do prefeito por atos dos secretários: uma investigação jurisprudencial**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 2019.

A presente dissertação possui como tema central a análise da responsabilidade do prefeito municipal, no âmbito da improbidade administrativa, em atos cometidos pelos secretários municipais. Para tanto, o trabalho inicia com a abordagem das responsabilidades existentes no direito brasileiro, com as suas devidas discriminações e especificações exclusivas. Após, são discutidos os limites legais da relação jurídica dos atos do prefeito e dos secretários municipais, considerando como base de estudo a Constituição Federal e as diversas legislações municipais que tratam do tema em específico. Neste ponto, apresenta-se em destaque a responsabilização daqueles que constituem a relação em torno do ato administrativo delegado e suas implicações jurídicas. Posteriormente, há um mergulho teórico nos princípios constitucionais fundamentais para aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, fazendo-se uma análise aprofundada de cada punição descrita e dos reflexos das mesmas em cada espécie de improbidade. Segue-se, uma pesquisa em que são estudados os julgamentos de improbidade administrativa perante os tribunais de segunda instância e o Superior Tribunal de Justiça, momento em que se discute as consequências destas divergências no instituto da segurança jurídica e as implicações legais perante a gestão pública municipal e de seus agentes principais, o prefeito e os secretários municipais. Ao final, considerando todo o apanhado teórico e jurisprudencial trazido ao bojo da dissertação, conclui-se por um caminho prático e possível na atualização da legislação atual.

Palavras-chave: Responsabilidade. Prefeito municipal. Secretário Municipal. Improbidade administrativa. Divergência jurisprudencial. Segurança jurídica

## ABSTRACT

SOUSA, Welson de Almeida Oliveira. **The mayor's liability for acts of secretaries: a jurisprudential investigation.** 2019. Dissertation (Master's Degree in Constitutional Law). Public Law Institute of Brasília, Brasília, DF, 2019.

The main subject of this dissertation is the analysis of the mayor's liability regarding administrative misconduct, in acts committed by municipal secretaries. This work begins by addressing the existing responsibilities in Brazilian law, with their due discrimination and exclusive specifications. Then, the legal restrictions of the juridical relation between the acts of the mayor and their secretaries are discussed, considering as primary reference of study the Federal Constitution and the many municipal legislations that have this same subject in particular. At this point, this essay highlights the accountability of those who constitute the correlation between the delegated administrative act and its legal implications. Subsequently, there is a theoretical dip in the fundamental constitutional principles for the application of the penalties determined by the Administrative Misconduct Law, making an in-depth analysis of each punishment described and its reflexes in each kind of misconduct. This is followed by a study examining the sentences of administrative misconduct trials before the competent courts of appeals and the Superior Court of Justice, moment when the consequences of the disagreements inside the institute of legal certainty and the implications towards the public municipal administration and the actions of their main agents, such as the mayor and their secretaries, are discussed. In the end, considering all the theoretical and jurisprudential background brought to the core of the dissertation, it is concluded by a practical and possible way to update the current legislation.

Palavras-chave: Responsibility, Municipal Mayor, Municipal Secretary, Administrative Misconduct, Jurisprudential Disagreements, Legal Certainty.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

### ABREVIATURAS

Art. por artigo

*Ibid* por *ibidem*

Cf. por confronto ou confira

Obs. por observação

### SIGLAS

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

LIA – Lei de Improbidade Administrativa

TJ – Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>Capítulo 1 - REGIME GERAL DE RESPONSABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO</b>	<b>13</b>
<b>1.1 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva</b>	<b>16</b>
<b>1.2 Elementos da responsabilidade civil</b>	<b>18</b>
1.2.1 Culpa	18
1.2.2 Dano	20
1.2.3 Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade	21
1.2.4 Nexa causal	22
<b>1.3 A responsabilidade de terceiro ou fato de outrem no direito brasileiro</b>	<b>25</b>
1.3.1 Ato de terceiro	25
1.3.2 Fato de outrem	26
<b>1.4 A responsabilização de agentes públicos</b>	<b>31</b>
1.4.1 Responsabilidade subjetiva	36
1.4.2 Responsabilidade objetiva	37
1.4.2.1 Responsabilidade por ato de terceiro	38
1.4.2.2 Responsabilidade objetiva do estado	40
1.4.3 Teoria do risco administrativo	42
<b>Capítulo 2 - OS LIMITES LEGAIS DA RELAÇÃO JURÍDICA DOS ATOS DO PREFEITO E DOS SECRETÁRIOS MUNICIPAIS</b>	<b>44</b>
<b>2.1 Autonomia municipal e organização administrativa</b>	<b>44</b>
<b>2.2 O regime jurídico constitucional do prefeito e do secretário municipal</b>	<b>46</b>
2.2.1 Do foro privilegiado	49
2.2.2 Da competência	51
2.2.3 Das atribuições do prefeito	53
2.2.4 Das atribuições dos secretários municipais	54
<b>2.3 O instituto da delegação de competências no âmbito municipal e a responsabilidade do prefeito</b>	<b>55</b>
<b>Capítulo 3 - OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO REGIME SANCIONADOR DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E OS REQUISITOS PARA RESPONSABILIZAÇÃO</b>	<b>58</b>
<b>3.1 A probidade administrativa exigida dos agentes políticos</b>	<b>58</b>
<b>3.2 A tipificação dos atos de improbidade</b>	<b>65</b>
3.2.1 Atos de improbidade administrativa que implicam enriquecimento ilícito	66
3.2.2 Atos de improbidade administrativa que implicam um prejuízo ao erário	68
3.2.3 Atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário	69
3.2.4 Atos de improbidade administrativa que implicam violação aos princípios da Administração Pública	70
<b>3.3 Dos princípios fundamentais do regime sancionador da lei de improbidade administrativa</b>	<b>71</b>
3.3.1 Sanções da Lei de Improbidade	72
3.3.2 Princípio fundamental da presunção de inocência	76
3.3.3 Princípio fundamental da individualização da pena	78
3.3.4 Do elemento subjetivo na ação de improbidade: voluntariedade e culpabilidade	80



<b>Capítulo 4 - EVENTUAL RESPONSABILIDADE DO PREFEITO PELOS ATOS DE SEUS SECRETÁRIOS</b>	<b>84</b>
<b>4.1 Levantamento jurisprudencial e a divergência de entendimentos no ordenamento jurídico brasileiro</b>	<b>88</b>
<b>4.2 A divergência jurisprudencial na improbidade administrativa e os reflexos no instituto da segurança jurídica</b>	<b>91</b>
4.2.1 Enriquecimento ilícito	92
4.2.2 Dano ao erário	93
4.2.3 Violação aos princípios da boa administração	94
<b>4.3 O instituto da segurança jurídica e o ato ímprobo no âmbito da Administração Pública municipal</b>	<b>97</b>
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>101</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>104</b>

## INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, com o crescimento desordenado da máquina pública em nosso país e a conseqüente descentralização da gestão, os agentes que atuam diretamente com a Administração Pública, em especial junto aos órgãos fiscalizadores, passaram a enfrentar novos desafios e obstáculos.

Os órgãos de controle vêm fortalecendo sua atuação perante a gestão pública, tornando-se cada vez mais incisivos em seus atos junto aos ordenadores de despesas públicas, ocasionando, na maioria das vezes, uma dissonância de entendimentos jurídicos entre o gestor e o fiscalizador.

Os municípios brasileiros são os maiores exemplos claros de administrações que cresceram sem uma devida organização administrativa, prejudicando, sobremaneira, o exercício das atribuições gerenciais de seus responsáveis, em especial o do prefeito municipal.

A grande quantidade de atribuições inerentes ao cargo de prefeito faz com que o mesmo delegue algumas competências aos secretários municipais, o que acaba por gerar várias discussões quanto à responsabilização dos atos administrativos cometidos exclusivamente por estes subordinados.

A relação jurídica existente entre tais agentes públicos demonstra que os limites de suas responsabilidades são extremamente tênues e passíveis de discussão pelos órgãos fiscalizadores. Fato agravado quando se considera a infinidade de leis municipais que outorgam diferentes funções aos secretários, que recebem atribuições diversas dentro da própria Administração Pública, inclusive a de substituir seu gestor máximo.

A vastidão de papéis exercidos pelo prefeito municipal, dentre elas a de delegar competências, pode ocasionar sua responsabilização por improbidade administrativa, mesmo que o suposto ato ímprobo tenha sido cometido, exclusivamente, pelo agente público delegado.

O prefeito, quando responsabilizado por um ato em que não atuou diretamente e do qual não possuía conhecimento, torna-se um “terceiro” no cenário jurídico. Inicia-se, assim, uma complexa discussão quanto a sua real participação e aos limites de aplicação de eventual pena condenatória, prevista na Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Nesse diapasão, arvora-se um debate de quais requisitos deveriam ser utilizados na aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, em especial os princípios fundamentais da presunção de inocência e da individualização da pena, que, obrigatoriamente, em respeito à Constituição Federal, devem ser considerados para apuração de eventual responsabilidade do prefeito municipal.

Considerando a doutrina tradicional aventada, a questão que ora se coloca, estabelecidas tais premissas, é a da possibilidade de responsabilizar o prefeito por atos de seus secretários. Pode o prefeito responder por improbidade administrativa, não tendo participado, diretamente, do ato supostamente ímprobo? É questão que não se responde com facilidade e nem com a leitura de algum simples dispositivo legal; de fato, a divergência jurisprudencial, existente nos tribunais regionais e superiores, atesta a complexidade do tema.

O que se entrevê, portanto, é que existe uma profunda diferença nos argumentos a respeito da questão. Ora encontraremos entendimentos de que o prefeito pode ser responsabilizado por atos de seus secretários, mesmo quando houver delegação de competências; em outros casos, entenderão que é essencial que se configure o dolo específico do prefeito, em especial naqueles casos em que a legislação assim o exija. Nos casos de improbidade, de modo geral, só se caracterizam se existente o elemento da culpa. Está a se discutir a possibilidade, assim, da aplicação ou não da imputação objetiva em matéria de responsabilização jurídica dos alcaides, como na definição de Regis Prado:

A imputação é chamada de objetiva porque essa possibilidade de previsão não é aferida com base na capacidade e conhecimentos do autor concreto, mas de acordo com um critério geral e objetivo, o do 'homem inteligente-prudente'.<sup>1</sup>

A dissonância de entendimentos e interpretações da mesma norma, demonstram a necessidade de se discutir a referida problemática na Administração pública, levando-se em consideração a legislação vigente, mas, também, em especial, a realidade social vivenciada pelos gestores públicos municipais e a necessidade dos mesmos satisfazerem a vontade do legislador e também dos munícipes que o cobram diariamente.

O presente estudo tem por finalidade buscar a melhor resposta para a pergunta: pode o prefeito ser responsabilizado judicialmente por improbidade

---

<sup>1</sup> PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. A Imputação Objetiva no Direito Penal Brasileiro. *Revista de Ciências Penais*. São Paulo, v. 81, n. 5, p.81-110, jul. 2005.

administrativa, não tendo participado diretamente do ato ilícito que é apurado no processo?

A partir deste objetivo geral, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos que constituem a base deste trabalho: (I) no capítulo 1 será analisado o regime geral de responsabilidade e suas peculiaridades frente ao Direito brasileiro, com enfoque nos elementos constituintes da responsabilização do prefeito municipal; (II) no capítulo 2, serão estudados os limites legais da relação jurídica dos atos do prefeito e do secretário municipal, com escopo na análise, das questões relacionadas ao modelo adotado pela Constituição para a definição da autonomia, competências e estrutura administrativa dos municípios, bem como do regime constitucional aplicado ao prefeito e ao secretário municipal, focando nos pontos considerados mais relevantes, isto é, suas atribuições e o regime de foro privilegiado, visualizando-se, também, a variedade de normativas aplicáveis a ambos e por fim, se aprofundará na natureza e implicações dos atos delegados no âmbito do município (III) no capítulo 3, serão identificados os princípios fundamentais do regime sancionador da Lei de Improbidade Administrativa e os requisitos para responsabilização, enfatizando a posição do prefeito como um terceiro nas lides que envolvam improbidade e suas consequências sancionatórias; (IV) no capítulo 4, será discutido a eventual responsabilidade do prefeito pelos atos de seus secretários, com enfoque no levantamento jurisprudencial realizado, destacando os efeitos desta desarmonia de julgados à luz do princípio da segurança jurídica e sublinhando as implicações decorrentes das decisões oriundas do Judiciário brasileiro na gestão pública municipal.

Na conclusão deste trabalho, destaca-se o ponto crucial de cada capítulo e a sua contribuição para o deslinde do tema-problema, registrando-se também, neste momento, os atos concretos já exercidos pelos poderes Judiciário e Legislativo frente ao tema central desta dissertação.

A discussão é apaixonante e requer o estabelecimento de limites para que o tema seja abordado de maneira proveitosa e que, ao final, tenhamos uma conclusão viável e prática para solução do tema desta dissertação.

## Capítulo 1

### REGIME GERAL DE RESPONSABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

No Direito brasileiro, o estudo da responsabilidade pode ser dividido basicamente em responsabilidade:

- a) civil, penal, político-administrativa e administrativa;
- b) objetiva e subjetiva;
- c) contratual e extracontratual.

Várias teorias, como a teoria da causalidade adequada, a teoria do risco integral, a teoria do risco-proveito, dentre outras, embasam sua aplicação no caso concreto.

De passagem, pode-se dizer que a responsabilidade civil versa sobre a reparação de danos causados, a responsabilidade penal abrange as consequências do cometimento de um crime, e a administrativa, os atos que violem os deveres funcionais daqueles que estão ligados ao aparelho estatal.<sup>2</sup> Já a responsabilidade político-administrativa é imputada aos agentes públicos de natureza política, que não podem ser submetidos a um processo administrativo.<sup>3</sup>

A responsabilidade contratual é aquela que ocorre quando não há inadimplemento, atraso ou má execução de obrigação acordada, seja de contratos ou de negócios jurídicos unilaterais.<sup>4</sup> A extracontratual se dá fora desse âmbito e abrange outras formas de violação de direitos de terceiros.

Especificamente, a responsabilidade civil pretende abranger quaisquer danos antijurídicos<sup>5</sup>, em que estejam presentes os componentes necessários

---

<sup>2</sup> GARCIA, Mônica Nicida. Agente político, crime de responsabilidade e ato de improbidade. *Boletim dos Procuradores da República*. Brasília: a. v, n. 56, dez. 2002. Disponível em: [http://www.pedrojorge.org.br/e107\\_files/downloads/boletim\\_56.pdf](http://www.pedrojorge.org.br/e107_files/downloads/boletim_56.pdf). Acesso em: 07 ago. 2019.

<sup>3</sup> GARCIA, Mônica Nicida. Agente político, crime de responsabilidade e ato de improbidade. Brasília: *Boletim dos Procuradores da República*, a.v, n. 56, dez. 2002. Disponível em: [http://www.pedrojorge.org.br/e107\\_files/downloads/boletim\\_56.pdf](http://www.pedrojorge.org.br/e107_files/downloads/boletim_56.pdf). Acesso em: 07 ago. 2019.

<sup>4</sup> NORONHA, Fernando. Desafios Contemporâneos da Responsabilidade Civil. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*. Florianópolis: UFSC, p. 21-37, jan. 1998.

<sup>5</sup> NORONHA, Fernando. Desafios Contemporâneos da Responsabilidade Civil. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*. Florianópolis: UFSC, p. 21-37, jan. 1998.

para a responsabilização. Esses critérios podem ser mais fáceis ou mais difíceis de se alcançar, a depender do peso dado aos dois princípios<sup>6</sup> mais importantes a nortear a questão: os princípios da culpa e do risco.

O princípio da culpa infere que alguém só tem responsabilidade de indenizar ou reparar um dano causado a terceiros (seja em sua pessoa ou em seu patrimônio), caso esteja presente culpa ou dolo. Nesses casos, a responsabilização só ocorreria em situações em que fosse possível exigir um comportamento diverso do envolvido, visto que sua ação teria sido evitada de vício - dolo, negligência, imperícia ou imprudência.

Já o princípio do risco prevê que uma pessoa não deverá ser obrigada a suportar um prejuízo que lhe foi causado por outrem, mesmo que o comportamento do terceiro estivesse correto. Esse princípio foca no elo de causa entre uma ação e uma consequência danosa.

Além das mencionadas, o sistema da responsabilidade civil é formado, ainda, por diversas outras configurações, como aquela originada por danos ambientais<sup>7</sup>, por ações do Estado<sup>8</sup> (responsabilidade civil do Estado), ou orientada à indenização de vítimas enquadradas na categoria de consumidores, entre outras. Cada uma delas baseada em um microsistema de normas específicas, que se subsumem àquele sistema macro.

Historicamente, a responsabilidade civil no Brasil tem origem no Código Civil de 1916. Estava presente no antigo Código, mas de maneira mais limitada. Aplicava-se a responsabilidade civil com a função de garantir a restituição de danos causados à outra, sendo seu valor pecuniário atrelado ao dano efetivamente causado<sup>9</sup>. Com o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, ocorrido ainda antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, o ordenamento jurídico brasileiro passou a aceitar, em sua maioria, a existência da responsabilidade civil por danos morais, isto é, uma responsabilização civil

---

<sup>6</sup> NORONHA, Fernando. Desafios Contemporâneos da Responsabilidade Civil. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis: UFSC, p. 21-37, jan. 1998.

<sup>7</sup> KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do "risco integral". *Revista de Informação Legislativa*, a. 35, n. 139, jul./set. 1998. p. 23-37.

<sup>8</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *R. Fac. Direito UFRGS*, Porto Alegre, 9(1): 16-40, nov. 1993. p. 16 - 40.

<sup>9</sup> PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 17-36, jul. 2007. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35180/33985>. Acesso em: 21 out. 2019

que não se encontra vinculada a um dano objetivamente mensurável em termos financeiros<sup>10</sup>.

Acerca da evolução do conceito de responsabilidade civil, explica Lopez<sup>11</sup> que há um movimento que vai da culpa ao risco. No Brasil, esse deslocamento iniciou-se com o Decreto nº 2.681, de 07 de dezembro de 1912, que determinava que as empresas de estrada de ferro eram objetivamente responsáveis por danos causados a passageiros ou proprietários de áreas marginais.<sup>12</sup> A presunção absoluta de responsabilidade só era ultrapassada por força maior ou culpa do viajante, ou infração realizada pelo proprietário marginal<sup>13</sup>. Essa previsão foi expandida, no que aplicável, a todos os transportes terrestres.

A criação dessa normativa indica a modernidade que imperava no Direito Civil brasileiro naquele momento, cujos agentes se viam forçados a lidar com os novos perigos e imprevistos de uma sociedade permeada com o convívio com as mais diferentes máquinas e tecnologias<sup>14</sup>. Essa visão foi incorporada também ao Código Civil de 1916, e em outros diplomas, como a responsabilidade civil objetiva relacionada a aeronaves, energia nuclear, agências de empregadores.

Outro marco foi a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990<sup>15</sup>. Considerada uma lei inovadora e que garante alto nível de proteção, inspirou a legislação de outros países, como a Argentina<sup>16</sup>. Esse diploma adota o risco da atividade como o fundamento da responsabilidade daquele que causa dano a outrem.

---

<sup>10</sup> PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 17-36, jul. 2007. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35180/33985>. Acesso em: 21 out. 2019.

<sup>11</sup> LOPEZ, Teresa Ancona Principais Linhas Da Responsabilidade Civil No Direito Brasileiro Contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101. jan./dez. 2006. p. 111-152.

<sup>12</sup> BRASIL. *Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912*. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2681\\_1912.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm). Acesso em: 08 nov. 2019.

<sup>13</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. Principais Linhas Da Responsabilidade Civil No Direito Brasileiro Contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101. jan./dez. 2006. p. 111-152.

<sup>14</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. Principais Linhas Da Responsabilidade Civil No Direito Brasileiro Contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101. jan./dez. 2006. p. 111-152.

<sup>15</sup> BRASIL. *Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm). Acesso em: 08 nov. 2019.

<sup>16</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. Principais Linhas Da Responsabilidade Civil No Direito Brasileiro Contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101. jan./dez. 2006. p. 111-152.

Com o avanço da sociedade e a evolução tecnológica, a responsabilidade foi adotada, também, para setores específicos. Naqueles relacionados a danos nucleares e desastres ambientais, adotou-se, inclusive, a teoria do risco integral, que afasta, até mesmo, a excludente de força maior<sup>17</sup>.

### 1.1 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva

O nexo de imputação<sup>18</sup> é a relação presente na responsabilidade civil que motiva a atribuição desta a alguém. Pode ser de natureza culposa, quando se incorre, então, em responsabilidade subjetiva, ou imputação pelo risco, a dita responsabilidade objetiva.

O art. 927 do Código Civil<sup>19</sup> prevê que incorrerá em responsabilidade civil subjetiva aquele que cometer ato ilícito, conforme definido pelos arts. 186 e 187 da mesma lei. No parágrafo único, no entanto, impõe-se a responsabilidade civil quando há um risco inerente à atividade desenvolvida pelo agente em questão, que pode afetar os direitos de terceiros, não sendo necessária a presença do elemento culpa, descrevendo, nesse caso, a responsabilidade objetiva.

O modelo dualista<sup>20</sup> de nexo de imputação é adotado<sup>21</sup> em todos os sistemas jurídicos, sendo a responsabilidade subjetiva a regra geral<sup>22</sup>, e a responsabilidade objetiva se limitando à casos excepcionais.

O modelo baseado na culpa, isto é, a responsabilidade civil subjetiva, foi o primeiro a surgir, tendo seus fundamentos desenvolvidos ao longo da evolução do Direito Romano<sup>23</sup>. Na Idade Média sofreu outro importante avanço com a introdução do princípio geral da “não responsabilidade sem culpa”, dessa vez

---

<sup>17</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. Principais Linhas Da Responsabilidade Civil No Direito Brasileiro Contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101. jan./dez. 2006. p. 111-152.

<sup>18</sup>BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. 2010. Tese. (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, p. 269.

<sup>19</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 04 nov. 2019.

<sup>20</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 8, n. 3, p. 579-595, 2003.

<sup>21</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. 2010. Tese. (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, p. 269.

<sup>22</sup> KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do “risco integral”. *Revista de Informação Legislativa*, a. 35, n. 139, jul./set. 1998. p. 23-37.

<sup>23</sup> NORONHA, Fernando. Desafios Contemporâneos da Responsabilidade Civil. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 21-37, jan. 1998.



impulsionado por estudiosos do direito natural da época<sup>24</sup>. Como explicado por Noronha<sup>25</sup>, “foi a concepção cristalizada nesse princípio geral da não responsabilização sem culpa que passou para os códigos civis, incluindo o nosso. Daí a ideia, onipresente neste, de que a responsabilidade deve ter como fundamento último a culpa”, falando em relação ao Código Civil de 1916.

Há, entretanto, alguns casos em que a culpa é suposta, ou seja, há uma presunção direcionada a um agente específico, presente especialmente nos art. 1.528 e 1.527<sup>26</sup> do novo Código. Esse sistema de responsabilização é o dito objetivo. A responsabilidade objetiva se justifica por diferentes razões, tais como evitar o abuso de direito, garantir o princípio da equidade ou a paz pública. Seu surgimento deriva da crescente complexificação<sup>27</sup> da sociedade, que passa a sujeitar-se a maiores e mais difusos riscos. Justifica-se<sup>28</sup> também por duas diferentes teorias, a teoria da garantia, e a teoria do risco.

A teoria do risco começou a ser desenvolvida na Itália<sup>29</sup>, no fim do século XIX. Ela prevê que aquele que desenvolve uma atividade que, por natureza, possui alto potencial de gerar danos a terceiros é responsabilizado por eles independentemente da presença do elemento volitivo (culpa ou dolo). Em geral, considera-se atividades de risco elevado aquelas que envolvem, por exemplo, materiais explosivos, radioativo, contaminante, ou métodos de alto potencial lesivo, como a gestão de recursos hídricos e a mineração em escala industrial.

A teoria do risco se divide em diversas modalidades. A mais abrangente, dita teoria do risco integral, prescinde<sup>30</sup> até mesmo da comprovação do nexo causal, sendo suficiente a comprovação do dano. A teoria do risco integral é mais

---

<sup>24</sup> NORONHA, Fernando. Desafios Contemporâneos da Responsabilidade Civil. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 21-37, jan. 1998.

<sup>25</sup> NORONHA, Fernando. Desafios Contemporâneos da Responsabilidade Civil. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 21-37, jan. 1998, p. 23.

<sup>26</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 04 nov. 2019.

<sup>27</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Responsabilidade Civil do Estado: reflexões a partir do direito fundamental à boa administração pública. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, jan/jul., 2008, p. 157- 166.

<sup>28</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. 2010. Tese. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 303.

<sup>29</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. 2010. Tese. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, p. 303.

<sup>30</sup> KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do “risco integral”. *Revista de Informação Legislativa*, a. 35, n. 139, jul./set. 1998. p. 23-37.

adotada na responsabilização de danos ambientais ou em áreas específicas, como energia nuclear.

Já a teoria do risco-proveito, por exemplo indica que a responsabilização deve recair sobre aquele que auferiu lucros da atividade danosa. Foca-se, nesse caso, na tentativa de evitar que se opere uma socialização dos danos e ao mesmo tempo aproveitamento dos benefícios pelos causadores das consequências negativas<sup>31</sup>. A teoria do risco-proveito permite a apresentação de circunstâncias que podem atenuar ou excluir a responsabilidade do agente, a exemplo do caso fortuito ou força maior, intervenção de terceiros, fato criado pela própria vítima, entre outras.

## **1.2 Elementos da responsabilidade civil**

Nessa seção, focaremos nos elementos mais relevantes para a caracterização da responsabilidade, ou seja, os conceitos de culpa, dano, excludentes e nexo causal.

### **1.2.1 Culpa**

A culpa é um elemento volitivo, relacionado à responsabilidade civil. Primeiro elemento a aparecer no desenvolvimento do conceito de responsabilidade civil, busca determinar qual o estado de ânimo do indivíduo em causa.<sup>32</sup> Trata-se de uma tentativa de exame psicológico que busca entender se havia culpa, ou seja, se era possível<sup>33</sup> prever os danos causados, ou dolo, quando o agente tem a intenção de provocar dano.

A responsabilidade subjetiva, isto é, baseada na culpa, se volta à responsabilização do indivíduo do ato moralmente reprovável que ocasiona dano. Trata-se da reprovação de uma conduta que descumpriu dever jurídico de precaução e prevenção, e que não seguiu o padrão de diligência comumente esperado para a situação<sup>34</sup>. Esse padrão de diligência tem sido habitualmente

---

<sup>31</sup> KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do “risco integral”. *Revista de Informação Legislativa*, a. 35, n. 139, jul./set. 1998. p. 23-37.

<sup>32</sup> BANDEIRA, Paula Greco. Notas sobre o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. *Civillistica.com: Revista Eletrônica de Direito Civil*, 1(2), p.1-22.

<sup>33</sup> BANDEIRA, Paula Greco. Notas sobre o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. *Civillistica.com: Revista Eletrônica De Direito Civil*, 1(2), p. 1-22.

<sup>34</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. 2010. Tese. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 271.

definido como aquele do *bonus pater familiae* ou, simplesmente, a conduta que uma pessoa medianamente cuidadosa adotaria.

O elemento volitivo na modalidade culpa é mais refinado ao dividir-se em negligência, imprudência e imperícia. Essas classificações constam do art. 186 do Código Civil<sup>35</sup> e se referem a um padrão de comportamento que seria considerado o normal ou razoável em dada situação concreta.

Na consideração do elemento subjetivo se fazem presentes dois componentes: um, a violação de um dever previamente assumido, o outro, que os resultados danosos fossem passíveis de ser previstos<sup>36</sup>. Cumpridos esses dois requisitos, não se discutia a proporcionalidade da relação: em uma situação em que estivesse presente o elemento volitivo, seja na modalidade culpa ou dolo, não se perquiria seu grau, tendo culpas leves ou graves a mesma consequência<sup>37</sup>.

Na maior parte dos sistemas jurídicos é possível encontrar sistemas de gradação da culpa, qualificada, por exemplo, como levíssima, leve ou gravíssima. Essas medidas de intensidade influenciam ativamente no momento da atividade jurisprudencial de determinar a extensão da indenização<sup>38</sup>.

Outro ponto a ser levado em consideração no tratamento do assunto é a possibilidade, prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil<sup>39</sup>, em interpretação conjunta com o art. 945, que permite a imposição da responsabilidade objetiva, mas com redução do valor indenizatório, caso se entenda que a vítima, culposamente, concorreu para o resultado danoso. É possível, até mesmo, utilizar-se da culpa da vítima como exclusão do nexo causal por culpa da vítima<sup>40</sup>. Essa evolução, que permite uma atribuição de

---

<sup>35</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 04 nov. 2019.

<sup>36</sup> BANDEIRA, Paula Greco. Notas sobre o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. *Civilistica.com: Revista Eletrônica De Direito Civil*, 1(2), p. 1-22.

<sup>37</sup> BANDEIRA, Paula Greco. Notas sobre o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. *Civilistica.com: Revista Eletrônica De Direito Civil*, 1(2), p. 1-22.

<sup>38</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. 2010. Tese. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 331.

<sup>39</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 04 nov. 2019.

<sup>40</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. 2010. Tese. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 247.

responsabilidade com mais nuance e precisão, foi trazida pelo Código Civil de 2002<sup>41</sup>.

### 1.2.2 Dano

O dano é a extensão do prejuízo sofrido e que dá causa à imposição da responsabilidade civil ao responsável. Em outras palavras, o dano é a redução de uma vantagem que a vítima gozava, uma diminuição, por exemplo, de valor ou de utilidade de um bem. O dano pode ser de natureza patrimonial ou não, como a privacidade, a liberdade, a honra<sup>42</sup>.

Antes de 2002, o dano era avaliado apenas em relação aos bens patrimoniais. Com o passar do tempo, a doutrina, a jurisprudência e a legislação evoluíram no sentido de admitir a responsabilização, também, por danos a bens imateriais, denominados extrapatrimoniais.<sup>43</sup> Os primeiros a serem acolhidos foram os danos morais ligados às esferas corporal, moral ou espiritual, cujo marco legal, destacado no ordenamento jurídico brasileiro, foi a sua incorporação no texto constitucional de 1988. Mais tarde, também foram admitidas violações a direitos difusos e coletivos<sup>44</sup>, que afetam comunidades de pessoas, como no caso dos danos ambientais ou aos consumidores.

O Código Civil de 2002, estabeleceu no título dos atos ilícitos, art. 186 que: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”<sup>45</sup> Também no título da responsabilidade civil, no capítulo da obrigação de indenizar, estabeleceu que:

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

---

<sup>41</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. 2010. Tese. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 249.

<sup>42</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. 2010. Tese. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 327.

<sup>43</sup> NORONHA, Fernando. *Desafios Contemporâneos da Responsabilidade Civil. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 21-37, jan. 1998.

<sup>44</sup> BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 7 out. 2019.

<sup>45</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 04 nov. 2019.

a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.<sup>46</sup>

A reparação devida em decorrência de um resultado danoso, devidamente imputado a alguém, deve ser medida pelo próprio tamanho do dano causado<sup>47</sup>. Entende-se, portanto, que deve haver proporcionalidade entre o prejuízo ocasionado e a prestação devida<sup>48</sup>. Na maior parte das vezes essa prestação é de natureza pecuniária.

### **1.2.3 Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade**

Embora existam divergências<sup>49</sup> quanto à possibilidade de aplicação de excludentes e atenuantes de responsabilidade, especialmente em casos de responsabilidade objetiva e aqueles em que certos autores adotam a teoria do risco integral, as principais hipóteses que podem ensejar atenuação ou exclusão da responsabilidade são a força maior, a culpa da vítima e a culpa de terceiros - para desobrigação total da indenização ou compensação - e a culpa concorrente da vítima - para redução do valor a ser indenizado<sup>50</sup>.

Essas escusas podem ser aplicadas em situações em que há mais de uma causa concorrendo para o resultado danoso, ou seja, não há uma causa única passível de ser identificada.

Embora no art. 393 o Código Civil<sup>51</sup> pareça equiparar força maior e caso fortuito, Di Pietro<sup>52</sup> diferencia os dois institutos. De um lado, classifica força maior como aquele evento que não pode ser previsto, não é influenciado pela vontade das partes e não pode ser evitado, como a queda de um raio ou a passagem de um furacão. De outro, assevera que o caso fortuito constitui situação em que há falha humana ou da organização responsável, como o rompimento de um cabo.

---

<sup>46</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 04 nov. 2019.

<sup>47</sup> *Idem*.

<sup>48</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. 2010. Tese. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 329.

<sup>49</sup> KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do “risco integral”. *Revista de Informação Legislativa*, a. 35, n. 139, jul./set. 1998. p. 23-37.

<sup>50</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 795.

<sup>51</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 04 nov. 2019.

<sup>52</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 795.

Assim, para a autora, o caso fortuito não integra as causas excludentes ou atenuantes de responsabilidade.

Com as previsões do novo Código e os avanços da jurisprudência e da doutrina, a ocorrência de culpa de terceiro não leva, em geral, à exclusão da responsabilidade, mas pode dar ensejo à ação de regresso contra aquele que foi diretamente o responsável pelo dano<sup>53</sup>.

Já a culpa da vítima - seja como única causa, dando ensejo à extinção da obrigação de indenizar, seja como causa concorrente, levando à diminuição dos valores - está regulada pelos art. 927, parágrafo único, em interpretação conjunta com o art. 945<sup>54</sup>, que prevê a possibilidade de mitigação nesses casos.

#### **1.2.4 Nexo causal**

O nexos causal relaciona-se com a questão da existência e da limitação da responsabilidade civil. Só há responsabilidade civil quando há uma ligação entre fato ilícito e dano sofrido pela vítima<sup>55</sup>. Trata-se de elemento essencial para a configuração da responsabilidade civil, ou seja, se ausente, o dano não deverá ser reparado. Deve ser possível estabelecer uma relação entre o dano e a ação de forma que sem a última, o primeiro não teria vindo a ocorrer.

Outra discussão ocorre após a determinação da existência de culpa ou de atividade de risco. Tendo sido determinado o responsável, parte-se para o exame da extensão da indenização ou da compensação<sup>56</sup>.

De acordo com o princípio da reparação integral, tudo o que resultar de consequência lesiva da conduta em questão deve ser indenizado. Essa ideia, transmitida pelo art. 944, *caput*, do Código Civil atual, já estava presente no Código Civil de 1916<sup>57</sup>, embora não estivesse formulada explicitamente. O

---

<sup>53</sup> Esse assunto é tratado com mais detalhes na seção 1.3.

<sup>54</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 04 nov. 2019.

<sup>55</sup> DUARTE, Ronnie Preuss. Responsabilidade Civil e o Novo Código. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005, p. 452.

<sup>56</sup> REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O problema da causalidade na responsabilidade civil - a teoria do escopo de proteção da norma (Schutzzwecktheorie) e sua aplicabilidade no direito civil brasileiro*. Tese. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo - São Paulo. 2015.

<sup>57</sup> REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O problema da causalidade na responsabilidade civil - a teoria do escopo de proteção da norma (Schutzzwecktheorie) e sua aplicabilidade no direito civil brasileiro*. Tese. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2015.

Código Civil de 1916 estabelecia para a imposição da responsabilidade civil determinadas condicionantes<sup>58</sup>, quais sejam previsibilidade do dano e a distinção entre um dano de natureza direta e um de natureza indireta. Assim, caso o dano ocorrido fosse absolutamente imprevisível, não deveria ser indenizado.

Embora na maior parte dos casos cotidianos, o nexo causal seja de fácil elucidação<sup>59</sup>, algumas situações excepcionais, por envolverem questões de maior complexidade, com vários elementos e fatores presentes, instigaram a doutrina a produzir teorias de forma a obter uma resposta para essas dúvidas. Dentre as diversas teorias apresentadas destacam-se a teoria da equivalência dos antecedentes, a teoria da causalidade adequada<sup>60</sup>, teoria da última condição, teoria da condição eficiente e teoria do escopo da norma violada<sup>61</sup>.

A teoria da última condição prevê que a causa é a última ação que ocorreu, imediatamente, antes da produção do dano. A teoria da condição relevante determina que a ação ou condição mais eficiente para causar o dano, dentre as demais, foi a causa. A teoria do escopo da norma violada requer que se realize um exame da finalidade da norma desrespeitada, a fim de se compreender se o dano atinge interesses protegidos pela regra em questão. Em outras palavras, caso a ação realizada atinja os interesses protegidos, tem-se uma causa e, portanto, o estabelecimento do nexo causal entre a ação e o dano<sup>62</sup>.

A teoria da equivalência dos antecedentes é derivada de estudos empreendidos, originalmente, na área penal. Resumidamente, essa teoria postula que cada fato que contribuiu para a ocorrência do dano deve ser identificado como causa, pois, ausente um dos acontecimentos, o dano não teria

---

<sup>58</sup> BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em: 8 out. 2019.

<sup>59</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. 2010. Tese. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 253.

<sup>60</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. 2010. Tese. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 253.

<sup>61</sup> DUARTE, Ronnie Preuss. Responsabilidade Civil e o Novo Código. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005. p. 454.

<sup>62</sup> DUARTE, Ronnie Preuss. Responsabilidade Civil e o Novo Código. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005, p. 454.

ocorrido, ou seja, cada incidente é visto como indispensável para a produção do dano<sup>63</sup>.

Por essa perspectiva, não se verifica uma gradação da intensidade com que cada causa contribuiu para o resultado final. Essa teoria sofreu críticas por expandir, indefinidamente, o nexo causal e criar um espaço de responsabilização muito amplo.

A teoria da equivalência dos antecedentes foi derogada pela teoria da causalidade adequada. Apesar de ser amplamente reconhecida, essa teoria não está prevista expressamente na legislação brasileira<sup>64</sup>, ficando sua delimitação e conceituação determinada pela atividade jurisdicional. Prevê que apenas o acontecimento mais apropriado a causar o dano será responsabilizado – aquele que, dentre os demais, apresentar mais chances de probabilidade de realmente ter causado o dano. Dessa forma, qualquer outro evento relacionado não deverá ser levado em consideração.

Segundo Duarte<sup>65</sup>, na teoria da causa adequada não se deve levar em consideração apenas as circunstâncias que eram de efetivo conhecimento do agente, mas também aqueles fatos e dados que poderiam ser percebidos por alguém, cujo comportamento esteja dentro de um padrão considerado normal e habitual (*bonus pater familias*).

Uma das questões ainda em discussão na teoria da causalidade adequada diz respeito à ação sobre a qual deve ser imputado o nexo causal. Um dos critérios utilizados é o temporal, não apenas no Brasil, mas também em outros países<sup>66</sup>. Para comparação, nos países de sistema *common law* utiliza-se o marcador de tempo da *last clear chance*<sup>67</sup>, ou seja, o momento em que alguém teve a última chance possível de evitar o resultado danoso final.

---

<sup>63</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. 2010. Tese. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 254.

<sup>64</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. 2010. Tese. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 254.

<sup>65</sup> DUARTE, Ronnie Preuss. *Responsabilidade Civil e o Novo Código*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005, p. 435.

<sup>66</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. 2010. Tese. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 254.

<sup>67</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. 2010. Tese. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 254.



Uma atualização desse modelo culminou na determinação da causa adequada como sendo a melhor ou mais eficiente chance de evitar o resultado danoso, ou seja, o responsável será aquele envolvido que tinha a melhor condição<sup>68</sup> de impedir o dano, mas não o fez. Esse modelo é conhecido como *cheapest cost avoider*.

### **1.3 A responsabilidade de terceiro ou fato de outrem no Direito brasileiro**

O Direito brasileiro destaca duas modalidades em que se foge da regra geral de responsabilizar apenas aquele que diretamente causa os danos. São a responsabilidade por ato de terceiro e a responsabilidade por fato de outrem, cujas características e distinções serão expostas abaixo.

#### **1.3.1 Ato de terceiro**

No direito brasileiro, a regra de responsabilização<sup>69</sup>, em geral recai sobre o executor do ato direto que causou o dano, assegurado seu direito de regresso no caso de culpa de terceiro, conforme os art. 930 e art. 188, II, do Código Civil.

No contexto em que o ato de terceiros tenha levado à situação de dano por ação direta do réu, esse último será o responsável por descobrir e provar que a responsabilidade deve ser imputada a outrem.<sup>70</sup> No entanto, no ordenamento pátrio, e em boa parte dos sistemas jurídicos filiados à tradição do sistema legal francês, não se encontram muitas menções ao fato de terceiro. A posição do Código vigente parece indicar uma certa negação ao reconhecimento de efeitos amplos do fato de terceiro, permitindo apenas a petição por meio da ação regressiva<sup>71</sup>.

Nessa situação, pode-se depreender que, em geral, o responsável direto responderá pelos valores relacionados ao dano, devendo posteriormente ingressar em juízo contra o terceiro que motivou sua ação.

---

<sup>68</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. 2010. Tese. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 255.

<sup>69</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 04 nov. 2019.

<sup>70</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2009, p. 106

<sup>71</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2009, p. 106,

Essa regra costuma ser aplicada aos casos em que o ato do terceiro cria uma situação de risco ou perigo iminente, que força o agente a agir de forma a causar o dano, por exemplo invadindo outra pista na rodovia e se chocando contra um carro de maneira mais leve - mas ainda gerando danos - com o objetivo de evitar um choque mais sério com um veículo que trafega na contramão.

### **1.3.2 Fato de outrem**

A responsabilidade por fato de outrem ocorre quando, embora seja uma pessoa a causar o dano, é outra que é responsabilizada, por ser detentora de um dever legal de guarda e representação sobre aquele que é, diretamente, o causador do dano<sup>72</sup>. Trata-se de uma exceção à regra geral pois, como já mencionado, em situações ordinárias é o responsável direto do dano que deverá indenizar ou compensar a vítima<sup>73</sup>.

É importante diferenciar<sup>74</sup> a responsabilidade por fato de outrem, em sentido amplo, de sua forma, em sentido estrito. Em sentido amplo, a categoria contempla qualquer caso em que uma pessoa assume as consequências jurídicas por danos causados a terceiro, sem que tenha participado materialmente da ação que deu causa ao dano.

Para Lima, quando se analisa a responsabilidade indireta por ato de outrem, o foco do exame deixa de ser o elemento subjetivo, isto é, a análise da intenção ou do elemento volitivo do agente, e passa a predominar um elemento social na elucubração, com um critério que se aproxima mais da objetividade (em sentido jurídico).<sup>75</sup>

É necessário que um vínculo legal una o agente que causou diretamente o dano e aquele que irá responder por ele, bem como uma relação que apresente características de cuidado ou poder, constituindo-se em deveres de guarda, proteção, controle ou vigilância<sup>76</sup>. Nas palavras de Rizzardo:

[...] os regimes jurídicos das nações atribuem a certas pessoas o encargo de controlar outras, sem capacidade de se auto-dirigirem, seja

---

<sup>72</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2009, p. 107.

<sup>73</sup> LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil por fato de outrem*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 27.

<sup>74</sup> LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil por fato de outrem*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 27.

<sup>75</sup> LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil por fato de outrem*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 26.

<sup>76</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2009, p. 107.

pela idade, seja pela inexperiência, ou pela deficiência mental, ou porque exercem sobre elas uma autoridade ou mando, como se dá com os empregados, os hóspedes, os educandos.<sup>77</sup>

Regra geral, as ações das pessoas na situação descrita, caso gerem danos à terceiros, ensejarão a responsabilização e conseqüente reparação ou compensação da parte daqueles que por elas respondem.

No entanto, esta não é matéria sem controvérsia. Explica Rizzardo<sup>78</sup> que no Código Civil de 1916 havia um duplo tratamento da questão, nos artigos 1.521 e 1.523<sup>79</sup>. O primeiro elencava os responsáveis pela reparação civil, ou seja, pais, tutores, curadores, empregadores ou comitentes, entre outros. Já o 1.523 ressaltava que a responsabilização apenas poderia ocorrer mediante comprovação de que concorreram para o dano, por meio de culpa ou negligência. Em outras palavras, “[...] era de rigor a demonstração de falha, descuido, negligência, na guarda e vigilância sobre as pessoas especificadas no então art. 1.521”<sup>80</sup>. Ou seja, nesse momento cabia à vítima comprovar que havia ocorrido uma falha no dever de cuidado e vigilância.

Com a passagem do tempo, a interpretação legal se alterou, passando a presumir a culpa dos responsáveis por zelar e vigiar outrem: cabe a esses provar que haviam atuado com a devida diligência para se escusarem da responsabilização. Essa mudança se deu durante a vigência do antigo Código, por meio da evolução das teorias doutrinárias e da jurisprudência<sup>81</sup>.

A título de comparação, tem-se também na França a presença de culpa do responsável pelo causador do ato, mas o padrão de comportamento que deve ser demonstrado para a eximção da culpa é mais rigoroso: os genitores, empregadores ou outros representantes devem mostrar que, além de terem agido com diligência no cumprimento dos deveres recebidos, o resultado danoso não podia ser evitado por meio de sua interferência.

No Código Civil de 2002 foi adotada<sup>82</sup> a visão já consagrada no ordenamento jurídico brasileiro como um todo, sendo o assunto tratado nos arts.

---

<sup>77</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2009, p. 107.

<sup>78</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2009, p. 108.

<sup>79</sup> BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em: 8 out. 2019.

<sup>80</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2009, p. 108.

<sup>81</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2009, p. 109.

<sup>82</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 04 nov. 2019.

932 e 933. No art. 933 foi inserida a expressão “as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”, ou seja, elimina-se a responsabilidade subjetiva e o elemento volitivo da caracterização da responsabilidade de indenizar e/ou compensar a vítima. Essa estrutura é adotada em razão da existência de um dever objetivo<sup>83</sup> de guarda e vigilância que se aplica àquele que cuida (de seus filhos menores), emprega, tutela ou hospeda, entre outros casos, que transfere a responsabilidade por eventuais atos culposos, contrários ao direito e que gerem dano a terceiros. Nessa situação, basta que se configure o dano e a dependência ou submissão para que o encarregado de cuidar ou comandar incorra em responsabilidade.

Há uma lista de casos em que pode ocorrer a responsabilidade civil por fato de outrem, mas dois são comumente destacados pela doutrina<sup>84</sup>. O primeiro diz respeito à responsabilização de genitores, tutores, ou mestres, pelas ações cometidas por seus filhos incapazes, tutelados, discípulos, entre outros. O segundo relaciona-se com a responsabilidade de comitentes e patrões por atos realizados por seus prepostos ou empregados.

Na relação familiar, há a imputação do pátrio poder, isto é, a imposição de direitos e deveres aos responsáveis pelo núcleo familiar, de forma a assegurar o interesse geral dos filhos ou tutelados, da família e da sociedade como um todo<sup>85</sup>. No caso da responsabilização que, em geral, se dá de forma pecuniária, é compreensível que essa obrigação seja repassada aos pais, visto possuírem inegavelmente melhores condições de suportar o ônus que seus filhos menores, posto que, na maioria das vezes, não exercem ainda trabalhos remunerados.

Aponta Rizzardo<sup>86</sup> que um dos problemas centrais na atribuição de responsabilidade aos pais são a ausência de uma teoria que suporte essa norma. Explica o autor que uma parte da doutrina se propôs a utilizar a teoria do risco. Rizzardo<sup>87</sup>, fortemente, rejeita essa posição, ao afirmar que

[...] pela teoria do risco, colocando os pais filhos no mundo, devem responder pelos desatinos que os mesmos cometem, o que equivale a

---

<sup>83</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2009, p. 110.

<sup>84</sup> LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil por fato de outrem*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 33.

<sup>85</sup> LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil por fato de outrem*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 33.

<sup>86</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2009, p. 111.

<sup>87</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2009, p. 111.

tê-los como se fossem máquinas, ou instrumentos de perigo, ou uma ameaça, impondo uma constante vigilância e controle [...].

Sob uma perspectiva crítica, assere Rizzardo<sup>88</sup> que o tratamento do novo Código Civil, é desmesuradamente rigoroso com os genitores e, em especial, com aqueles que assumem o papel de tutores e curadores. Para o autor, essa responsabilização, a seu ver excessiva, especialmente daqueles que exercem *munus* público, com espírito na maioria das vezes caridoso, assistencial ou altruísta, pode desencorajar as pessoas a aceitar esse encargo, deixando, mais uma vez, desamparados aqueles que se encontram em estado de necessidade.

Já no que concerne ao segundo caso, a responsabilidade de empregadores ou comitentes em relação a seus empregados e prepostos, tem-se novamente a responsabilidade pelos atos cometidos por esses que se encontram sob seu comando. Numa definição abrangente, consoante com a previsão legal, empregador pode ser entendido como todo aquele que contrata outras pessoas para executarem serviços, mediante remuneração, e em posição de subordinação hierárquica<sup>89</sup>. Já comitente é aquele responsável por dar ordens aos empregados, serviçais e prepostos. No outro polo da relação encontram-se aqueles que desenvolvem esses serviços. Exclui-se desse rol aqueles que desenvolvem trabalhos de forma autônoma, por exemplo quando há a contratação de um empreiteiro, ou a venda por meio de comissário.

Como no caso dos genitores, curadores e tutores, aqui há também um dever de fiscalização e vigia, com emprego de ordens e instruções, a fim de garantir a segurança, licitude e correção das ações e evitando o dano a terceiros<sup>90</sup>. Há, no entanto, restrição circunstancial à responsabilização, visto que a ocorrência que gerou dano deve ter sido efetuada no contexto da efetivação da atividade subordinada ou da relação funcional. Ou seja, aqueles atos cometidos em horários que não o de trabalho, e/ou em ambiente diverso não podem ser imputados ao empregador ou comitente. A obrigação de responsabilização abrange até mesmo atos do empregado contra outros funcionários.

---

<sup>88</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2009, p. 111.

<sup>89</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2009, p. 116.

<sup>90</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2009, p. 117.

Algumas diferenças devem ser explicitadas<sup>91</sup> entre a hipótese anterior e a atualmente apresentada, sendo a principal delas o fato de que na relação entre genitores e filhos ou tutores e curadores e as pessoas sob sua guarda não há - em geral - interesse econômico. Já a relação entre patrões e empregados tem como cerne interesses econômicos e, como fim, a arrecadação de proveitos, de ambos os lados, justificando-se, assim, que os casos não sejam tratados de maneira idêntica, por mais que estejam elencados no mesmo artigo.

No que diz respeito aos elementos que devem, necessariamente, estar presentes<sup>92</sup> para a configuração da responsabilidade do empregador ou comitente, estes são:

- a) a existência de vínculo juridicamente reconhecível, como a relação empregatícia ou de preposição;
- b) ocorrência do dano em momento de trabalho ou serviço;
- c) responsabilidade subjetiva direta do empregado ou preposto na causação do dano (culpa em sentido lato);
- d) nexos causal entre a ação realizada e o dano.

A responsabilidade, nessa hipótese, é adequadamente derivada da teoria do risco. Como já mencionado, a jurisprudência e a doutrina haviam se antecipado à revogação do Código Civil de 1916 e já tratava a culpa do patrão ou comitente como sendo presumida<sup>93</sup>. Com o advento do Código Civil de 2002, passou-se da situação de culpa presumida (*juris tantum*), que admitia prova em contrário para eximir o empregador da responsabilização, para a imposição de fato da culpa, num regime (*juris et de jure*), que não admite a apresentação de prova para exoneração da responsabilidade. A única defesa aceita, nesse caso, é a prova de que o empregado não agiu com culpa, que recai sobre atitudes da própria parte que sofreu o dano.

Para Hironaka<sup>94</sup>, o Código Civil de 2002 adotou a teoria do risco-proveito, em detrimento do modelo anterior que envolvia apenas a inversão do ônus da prova. Como coloca, “[...] trata-se da tão ansiada transição da **culpa presumida**

---

<sup>91</sup> LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil por fato de outrem*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 52.

<sup>92</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4a ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2009, p. 120.

<sup>93</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4a ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2009, p. 117.

<sup>94</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 8, n. 3, p. 579-595, 2003.

e do ônus probatório invertido para uma **objetificação efetiva** desta responsabilidade *in casu*<sup>95</sup>.

A teoria do risco-proveito<sup>96</sup> evidencia-se como mais adequada à situação em questão, visto que utilizar apenas a teoria do risco seria abranger, demasiadamente, as ocorrências da vida cotidiana, visto que qualquer atividade pode implicar em algum tipo de risco<sup>97</sup>. Com o risco-proveito, justifica-se a obrigatoriedade de reparar, tendo por base a noção de que o terceiro não deve ter que aceitar o dano advindo de atividade da qual não auferir nenhum proveito, devendo o prejuízo ser suportado por aquele que tem interesse e recebe lucros pelo exercício da ação em questão.

Entretanto, o fato de se atribuir responsabilidade de maneira objetiva àquele encarregado de zelar pela conduta de outrem não significa que não seja necessário comprovar a culpa do agente que deu causa direta ao dano<sup>98</sup>. Na atribuição da obrigação de indenizar permanece o modelo de responsabilidade subjetiva, sendo essencial que se verifique a presença de culpa ou dolo no ato.

#### **1.4 A responsabilização dos agentes públicos**

Para bem entender o alcance da responsabilidade dos agentes públicos, *mister* se faz indicar o que são agentes públicos, mesmo que sucintamente, e, para o fim específico deste trabalho, averiguar se os agentes políticos, como o prefeito municipal e seus secretários, estão abarcados neste conceito e, portanto, sujeitos a algumas das responsabilidades retrocitadas.

De acordo com a melhor doutrina, agente público é toda pessoa física que presta serviços para a Administração direta e indireta, dividindo-se em agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público<sup>99</sup>. Percebe-se, então, que agente político, foco do presente estudo, é uma das categorias de agente público. Quem são os agentes políticos, todavia, não encontra uniformidade na doutrina.

---

<sup>95</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 8, n. 3, p. 579-595, 2003, p. 585.

<sup>96</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 8, n. 3, p. 579-595, 2003.

<sup>97</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2009, p. 118.

<sup>98</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2009, p. 118.

<sup>99</sup> DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, DI PIETRO, Op. Cit., p. 511.

Hely Lopes Meirelles entende que no conceito de agentes políticos estão abrangidos desde os chefes do Poder Executivo de todos os entes federados e seus auxiliares diretos, bem como os membros do Poder Legislativo, do Ministério Público, do Tribunais de Contas, os magistrados e os representantes diplomáticos, dentre outros, que tenham atribuições constitucionais e sejam estranhos ao quadros do funcionalismo estatutário.<sup>100</sup>

Tal entendimento é acolhido por Zaffaroni<sup>101</sup> e Aguiar<sup>102</sup>, tendo, inclusive, sido corroborado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>103</sup>, que tratou dos magistrados como espécie de agente político, que exercem atribuições constitucionais.

Em contrapartida, para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>104</sup>, agente político tem definição que engloba, apenas, os chefes do Poder Executivo dos entes da Federação e seus auxiliares diretos, e os membros do Poder Legislativo, que são os senadores, deputados e vereadores.

Tal posição é adotada por Di Pietro<sup>105</sup>, por entender a renomada professora que o conceito de agente político não se desvincilha da figura do governo e da função política, o que afastaria, portanto, os membros do Ministério Público, do Tribunal de Contas e os magistrados, por exemplo.

O que se percebe da doutrina administrativista é que, independentemente da corrente adotada, prefeitos municipais e seus secretários se enquadram como agentes políticos e são, conseqüentemente, agentes públicos.

---

<sup>100</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 75.

<sup>101</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.78-79.

<sup>102</sup> AGUIAR, Tiago Antunes. Responsabilização dos agentes políticos nos atos de improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 47, n. 185 jan./mar. 2010, p -247-257. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198670/000881222.pdf?sequence=1&isAllowed=y><https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198670/000881222.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 01 nov. 2019, p. 249.

<sup>103</sup> "[...] Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. [...]" BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 228977*. 2. Turma. Relator: Min. Néri dDa Silveira, 05 de março de 2002. Diário de Justiça, 12 abr. 2002, p. 66.

<sup>104</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 245.

<sup>105</sup> DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, DI PIETRO, Op. Cit., p. 512.



Em geral, estão sujeitos a três esferas de responsabilidade: criminal, administrativa e civil<sup>106</sup>. De forma sucinta, a responsabilidade criminal é aquela que decorre do cometimento de crime comum, previsto nas leis penais, pelo agente público no exercício de sua função ou em razão do mesmo; a responsabilidade civil é a que surge, como já explicado neste trabalho, quando houver um dano que deve, então, ser reparado; e, por fim, a responsabilidade administrativa resulta da ofensa a um dever funcional, que atenta contra as finalidades públicas.

Neste sentido, o prefeito como agente político desempenha atribuição constitucional na organização do Estado brasileiro, com atuação ligada ao governo e a uma função política.<sup>107</sup> O cargo de prefeito, como outros cargos de agentes políticos, possui prerrogativas e responsabilidades extraordinárias em relação a outros agentes públicos.<sup>108</sup> Seu vínculo com o Estado não decorre de uma ligação de natureza profissional, e sim política.

Assim, torna-se imperioso registrar que o prefeito pode incorrer na responsabilização objetiva ou subjetiva, nas searas civil, penal ou político-administrativa<sup>109</sup>, sem prejuízo de nenhuma das esferas.<sup>110</sup> A responsabilização penal do prefeito por crime comum é de competência do Tribunal de Justiça do Estado em que se encontra o município. Trata-se de uma prerrogativa para proteger o gestor municipal, prevista no art. 29, inc. VIII da Constituição Federal.<sup>111</sup> Como indica Figueiredo, não se trata de prerrogativa voltada a garantir privilégios pessoais ao agente político, pelo contrário, possui natureza *ratione muneris*.<sup>112</sup>

---

<sup>106</sup> DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, DI PIETRO, Op. Cit., p. p. 494-498.

<sup>107</sup> DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 655.

<sup>108</sup> SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. Os Agentes Políticos e a Responsabilidade por Culpa em Face do Art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista da Fundação Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.*, Brasília, ano 10, vol. 19, jan/jun 2002. Pp. 28-45.

<sup>109</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. Responsabilidade dos agentes políticos e dos servidores. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 196: 36-45, abr./ jun. 1994.

<sup>110</sup> DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 787.

<sup>111</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 out. 2019.

<sup>112</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. Responsabilidade dos agentes políticos e dos servidores. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 196: 36-45, abr./ jun. 1994.

A competência penal de responsabilização dos prefeitos pelo Tribunal de Justiça não se limita àqueles em exercício, sendo estendido a ex-prefeitos quando os atos em questão foram cometidos durante o exercício funcional, e mesmo quando o inquérito ou ação penal forem iniciados após a cassação do mandato do réu.

A exceção à competência do Tribunal de Justiça ocorre se o crime for federal, infligindo danos a interesses, bens ou serviços da União, suas entidades, empresas públicas ou autarquias. Neste caso, a competência desloca-se para o Tribunal Regional Federal. Nos casos de crime de responsabilidade, Figueiredo explica que, por simetria constitucional, cabe à Câmara de Vereadores julgar, assim como nos casos de crime de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República, a instituição competente para julgar é o Congresso Nacional<sup>113</sup>.

A regra geral é a independência entre as instâncias, mas existem exceções importantes. No caso de condenação, obedece-se a legislação civil, como disposto no art. 935 do Código Civil, que prevê a independência da responsabilidade civil frente à criminal, exceto quando ocorre a determinação<sup>114</sup> da existência do fato ou do autor no juízo criminal, ficando, então, esses assuntos removidos de futuras discussões, mesmo em outras esferas.

Como lembra Di Pietro<sup>115</sup>, em caso de condenação na esfera criminal não poderá haver decisão em sentido contrário nas esferas cível e administrativa, visto que nessa hipótese já houve decisão definitiva em relação ao fato e à autoria.

Já as consequências de uma absolvição penal podem ser encontradas através da análise do artigo 386 do Código de Processo Penal<sup>116</sup>. Caso a absolvição seja baseada nos incisos I, IV ou VI a decisão repercutirá nas outras instâncias. O inciso I trata da absolvição por haver sido provada a inexistência do fato; o IV por restar provado que o réu não concorreu para a infração penal; o VI, absolvição pela presença de “[...] circunstâncias atenuantes que excluem o

---

<sup>113</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. Responsabilidade dos agentes políticos e dos servidores. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 196: 36-45, abr./ jun. 1994.

<sup>114</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 04 nov. 2019.

<sup>115</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 785.

<sup>116</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 07 out. 2019. [alterado pela Lei no 11.690/2008].

crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e §1º do art. 28, todos do Código Penal) ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência [...]”<sup>117</sup>. Nas circunstâncias dos incisos I e IV também aplica-se o já mencionado art. 935 do Código Civil, que impede decisões contrárias à esfera criminal caso versem sobre autoria ou existência do fato<sup>118</sup>. Já o inciso VI encontra apoio no art. 65 do Código de Processo Penal, que determina: “faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”<sup>119</sup>.

Se a absolvição se der de acordo com os incisos II (“não haver prova da existência do fato”), V (“não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”) ou VII (“não existir prova suficiente para a condenação”) a decisão não influenciará as demais instâncias, pois as provas são aceitas com base em padrões diferentes em cada uma das searas<sup>120</sup>. Assim, é possível que o conjunto probatório considerado insuficiente para uma condenação penal baste para comprovar a ocorrência do ilícito administrativo.

Caso similar ocorre nas absolvições baseadas no inciso III (“não constituir o fato infração penal<sup>121</sup>”), pois é possível que um fato que não se enquadre em nenhuma tipificação criminal ainda assim se configure como um ilícito administrativo: “[...] o ilícito administrativo é menos do que o ilícito penal e não apresenta o traço da tipicidade que caracteriza o crime”<sup>122</sup>.

Diferente é a situação na segunda hipótese, em que um servidor público é processado por um crime que não se encaixe como ilícito administrativo. Nesse caso, a absolvição no processo judicial, necessariamente, deve ser reconhecida na esfera administrativa, quando o único embasamento para o processo

---

<sup>117</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 07 out. 2019.

<sup>118</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 04 nov. 2019.

<sup>119</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 07 out. 2019.

<sup>120</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 971.

<sup>121</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 07 out. 2019.

<sup>122</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 759.

administrativo ou a sanção era a imputação de delito criminal. A exceção se dá quando ocorre falta residual, ou seja, embora a questão penal esteja encerrada, ainda persistem irregularidades administrativas<sup>123</sup>.

O requerimento ao Ministério Público, da parte da autoridade administrativa competente, de medidas de indisponibilidade ou sequestro de bens por via judicial, não exime a autoridade de instaurar e dar seguimento a seu próprio processo administrativo, pois essa ação tem a natureza de poder-dever, derivando de seu poder disciplinar, enquanto Administração Pública<sup>124</sup>. Dessa forma, obriga a Administração Pública, de forma irrenunciável, a apurar e sancionar eventuais irregularidades e ilícitos cometidos.

#### **1.4.1 Responsabilidade subjetiva**

O agente político goza de maior liberdade funcional que outros funcionários, e sua escolha e investidura possuem processo diferenciado.<sup>125</sup> Em razão dessas peculiaridades, esses agentes, para a maior parte da doutrina, não podem ser responsabilizados civilmente por erros de atuação, com exceção daqueles atos cometidos com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder.<sup>126</sup>

Novamente, como na prerrogativa de foro do prefeito, a proteção aqui visa dar garantias que preservem a possibilidade de boa atuação, evitando que a imposição de padrões de erro técnico e de culpa civil comuns àqueles imputados aos empregados em relação profissional, tolha a liberdade do agente político. Esse modelo de responsabilização, embora não seja em geral questionado em sua aplicação aos funcionários profissionais, poderiam ensejar o temor, hesitação e desistência do agente político na tomada de certas decisões, impactando, dessa forma, sua independência e autonomia no exercício do

---

<sup>123</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 759.

<sup>124</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 759.

<sup>125</sup> SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. Os Agentes Políticos e a Responsabilidade por Culpa em Face do Art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista da Fundação Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília, ano 10, vol. 19, jan/jun 2002. p. 28-45.

<sup>126</sup> SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. Os Agentes Políticos e a Responsabilidade por Culpa em Face do Art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista da Fundação Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília, ano 10, v. 19, jan/jun 2002. p. 28-45.

mandato.<sup>127</sup> Nesse contexto, pelo mesmo motivo, também o erro, embora grosseiro, não pode ser responsabilizado.

Lembra Santos<sup>128</sup> que os agentes políticos (aqui considerados em seu sentido mais estreito, não abrangendo juízes e promotores) não são escusados da responsabilização por culpa, mas essa deve ocorrer apenas quando for grave, cometida no exercício de suas funções tipicamente estatais e causem danos à terceiro ou à Administração Pública. A culpa grave tem, entre algumas possíveis expressões, a má-fé, a fraude e o abuso de poder<sup>129</sup>. Há ainda divergência doutrinária nessa matéria, com alguns estudiosos considerando o conceito de culpa grave como excessivamente indefinido, ou postulando que seria melhor que a responsabilização civil do agente político ocorresse apenas em caso de dolo - considerando a má-fé, a fraude e o abuso de poder como hipóteses que configuram dolo.

#### **1.4.2 Responsabilidade objetiva**

O artigo 37, § 6º da Constituição Federal aduz que as pessoas jurídicas de Direito Público são responsáveis pelos danos que seus agentes, quando investidos do cargo diretivo, causarem a terceiros, sendo possível o direito de ação de cobrança regressiva, em face do gestor causador do dano.

Neste sentido, importa destacar que é harmônico no ordenamento jurídico brasileiro que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, possibilitando que o cidadão prejudicado reaja judicialmente, sem a necessidade de comprovação da existência de culpa. Resta, entretanto, a controvérsia no que se refere à legitimidade passiva na referida demanda judicial, matéria ainda em discussão no Supremo Tribunal Federal<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. Os Agentes Políticos e a Responsabilidade por Culpa em Face do Art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista da Fundação Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília, ano 10, v. 19, jan/jun 2002. p. 28-45.

<sup>128</sup> SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. Os Agentes Políticos e a Responsabilidade por Culpa em Face do Art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista da Fundação Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília, ano 10, v. 19, jan/jun 2002. p. 28-45.

<sup>129</sup> SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. Os Agentes Políticos e a Responsabilidade por Culpa em Face do Art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista da Fundação Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília, ano 10, v. 19, jan/jun 2002. p. 28-45.

<sup>130</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 327.904*. 1. Turma. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. [Diário de Justiça. Brasília, 08 set. 2006. V. 8, n. 86, p. 75-78]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=327904&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 06 nov. 2019.

À luz destes pilares legais e considerando a posição hierárquica do prefeito frente a administração municipal, nota-se a presença de variáveis jurídicas oriundas da responsabilidade objetiva, que serão devidamente aprofundadas nos itens a seguir.

#### 1.4.2.1 Responsabilidade por ato de terceiro

A responsabilidade por ato de terceiro, também chamada responsabilidade complexa, de acordo com Araújo<sup>131</sup>, deriva da mudança do foco do ordenamento jurídico da pessoa causadora do dano para a vítima, constituindo-se em prioridade garantir a reparação do prejuízo que injustamente suportou. Como mencionado na seção 1.3, o Código Civil traz uma lista de hipóteses em que a responsabilidade recai sobre outra pessoa, que não aquela que diretamente deu causa ao prejuízo. Explica a autora que alguns estudiosos argumentam contra o uso da nomenclatura “ato de outrem”. Entendem que, se esses agentes foram distinguidos pelo ordenamento jurídico como tendo o dever de guardar, vigiar ou cuidar, na realidade, respondem por suas próprias falhas nessa obrigação, e não pelo ato de terceiro, propriamente.

A argumentação não prospera<sup>132</sup>, visto que é evidente que não há responsabilidade ou supervisão<sup>133</sup> que possa eliminar completamente a possibilidade de cometimento de ato danoso por aquele que está sob cuidado de alguém. Assim, reforça-se que essa responsabilidade por ato de outrem, conforme trazida pelo Código Civil, não se funda em teorias baseadas na culpa, e sim no risco, dispensando, portanto, o elemento volitivo, a negligência ou outra ocorrência, mas permitindo a apresentação de atenuantes ou excludentes da obrigação de indenizar.

Importa ressaltar que ocorre o que, nas palavras de Costa, chama-se responsabilidade em duplo estágio, que se manifesta na questão do ato de terceiro<sup>134</sup>. Nesse momento, há duas relações a serem analisadas. A primeira é

---

<sup>131</sup> ARAUJO, Vaneska Donato de. *A responsabilidade profissional e a reparação de danos*. 2011. Dissertação. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 159.

<sup>132</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2009, p. 117.

<sup>133</sup> ARAUJO, Vaneska Donato de. *A responsabilidade profissional e a reparação de danos*. 2011. Dissertação. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 160.

<sup>134</sup> COSTA, Carlos Celso Orcesi da. Código Civil na visão do advogado: responsabilidade civil. v. 3, Revista dos Tribunais, 2005 p. 300-301.

a relação daquele que diretamente deu causa ao dano e a vítima, em que é essencial perquirir se houve culpa; A segunda é a relação entre o causador do prejuízo e o terceiro responsável por ele, quando se aplica a responsabilidade objetiva.

Há casos em que se divide a apuração da responsabilidade. Por exemplo, no âmbito eleitoral, na hipótese de candidato à eleição beneficiado por ato de terceiro, desmembra-se as figuras de responsável e beneficiário<sup>135</sup>. Tendo em consideração que a lisura do pleito foi afetada, não haveria outra saída afora a cassação do mandato do beneficiário para a retomada da legitimidade na eleição em questão, mesmo que o beneficiário não tenha tido relação com a atividade que causou o dano<sup>136</sup>. Importante recordar que a perda do mandato não se configura como penalidade imposta ao executor do ato ilícito, mas como reparação do vício que eivou o processo eleitoral. Não decorre, pois, necessariamente, do cometimento de crime eleitoral pelo mandatário.

Silveira<sup>137</sup> critica essa perspectiva e recorda que aquele que nenhum ato incorreto cometeu, não deve ser penalizado. Ademais, o nexos causal é indispensável na determinação da responsabilidade, podendo ser afastado mediante normativa específica, o que não ocorre na situação em pauta. Portanto, nesse caso, argumenta a autora, que não se casse ou se decrete a perda do mandato do candidato que, sem saber e sem participar, foi beneficiado por ato ilícito de terceiro.

Conforme recorda Santos<sup>138</sup>, a discussão dos limites da responsabilização dos agentes políticos, em especial do prefeito, é de suma importância, pois influencia, diretamente, a possibilidade de desempenharem sua função com segurança, além de, em caso de notória insegurança jurídica, afastar aqueles

---

<sup>135</sup> SILVEIRA, Marilda. Responsabilidade eleitoral por ato de terceiro. *Os eleitoralistas*. Disponível em: <http://www.oseleitoralistas.com.br/2013/03/18/os-ilicitos-eleitorais-praticados-por-terceiros-e-o-nexo-de-causalidade-para-responsabilizacao-do-candidato/>. Acesso em: 17 out. 2019.

<sup>136</sup> SILVEIRA, Marilda. Responsabilidade eleitoral por ato de terceiro. *Os eleitoralistas*. Disponível em: <http://www.oseleitoralistas.com.br/2013/03/18/os-ilicitos-eleitorais-praticados-por-terceiros-e-o-nexo-de-causalidade-para-responsabilizacao-do-candidato/>. Acesso em 17 out. 2019.

<sup>137</sup> SILVEIRA, Marilda. Responsabilidade eleitoral por ato de terceiro. *Os eleitoralistas*. Disponível em: <http://www.oseleitoralistas.com.br/2013/03/18/os-ilicitos-eleitorais-praticados-por-terceiros-e-o-nexo-de-causalidade-para-responsabilizacao-do-candidato/>. Acesso em: out. 2019.

<sup>138</sup> SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. Os Agentes Políticos e a Responsabilidade por Culpa em Face do Art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista da Fundação Superior do Ministério Público do DF e Territórios*. Brasília, ano 10, v. 19, jan./jun. 2002, p. 28-45.

que porventura estivessem interessados em perseguir tal carreira. “Quem se disporia a assumir a presidência da República e ter de, depois, indenizar pelos planos econômicos fracassados, que geraram rombos ao erário e que levaram muitos à falência ou à insolvência civil?”<sup>139</sup>

#### 1.4.2.2 Responsabilidade objetiva do estado

Di Pietro<sup>140</sup> coloca quatro elementos que devem estar presentes para que se configure a responsabilidade objetiva do Estado. O primeiro é que o dano tenha sido causado por agente de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que preste serviço público. As pessoas jurídicas de direito público interno estão elencadas no art. 41 do Código Civil<sup>141</sup>, a ver, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, os Municípios, as autarquias e associações públicas e demais entidades criadas pela lei com caráter público. As pessoas jurídicas de direito privado, para os fins de responsabilidade civil do Estado por prestadora de serviço podem ser empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais de direito privado, cartórios extrajudiciais ou qualquer outra entidade a quem tenha sido delegado prestação de serviço público. Por agente, entende-se todos aqueles que se relacionam com a prestação do serviço, seja agente político, administrativo, particular em colaboração com a Administração Pública.

O segundo elemento é que se a entidade que o agente integra for de Direito Privado, deve ser responsável por serviço público, sendo diferenciada a forma de imputação de responsabilidade de outras formas de ação, como as entidades da Administração indireta que realizam atividade econômica de natureza privada. No caso de concessionárias e permissionárias de serviço público, respondem objetivamente apenas nos limites em que desenvolve atividades decorrentes da prestação de serviço público<sup>142</sup>.

---

<sup>139</sup> SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. Os Agentes Políticos e a Responsabilidade por Culpa em Face do Art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista da Fundação Superior do Ministério Público do DF e Territórios*. Brasília, ano 10, v. 19, jan./jun. 2002, p. 28-45.

<sup>140</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 792.

<sup>141</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 04 nov. 2019.

<sup>142</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 793.



O terceiro elemento é o dano causado a terceiros, compreendendo-se esse termo de forma ampla, não se aceitando a limitação de que só se responde objetivamente pelos danos imputados a usuários do serviço. Explica Di Pietro<sup>143</sup>, a esse respeito, que visto que no art. 37, § 6º da Constituição o constituinte optou pelo termo “terceiro”, não especificando em qual relação este deveria se encaixar. Portanto, se o constituinte não restringiu<sup>144</sup>, não cabe à interpretação posterior realizar essa alteração.

O quarto elemento é que o agente causador direto esteja atuando na qualidade de prestador de serviço público, isto é, não avalia apenas se há vínculo entre o causador e a Administração. Para que essa incorra em responsabilidade objetiva, o agente deve estar atuando no exercício de suas funções.

Questão a ser lembrada, quando se trata das eventuais obrigações de reparar danos daqueles que de alguma forma estão ligados à Administração, diz respeito ao duplo regime de responsabilidade aplicado ao Estado, previsto pela Constituição Federal. Este determina que a responsabilidade do Estado por danos a terceiros causados por seus agentes é objetiva, cabendo à vítima apenas demonstrar nexos de causalidade entre o acontecimento relacionado à atuação estatal e o prejuízo suportado. No entanto, reserva-se o direito de regresso à Administração Pública em face do agente causador do dano, nesse caso, devendo-se atender ao padrão de responsabilidade subjetiva - é necessário provar que o causador direto agiu com culpa ou dolo<sup>145</sup>.

Discute-se na doutrina<sup>146</sup> se a denunciação do agente na lide entre Administração Pública e vítima seria admissível, em substituição à ação de regresso autônoma e posterior contra aquele que deu causa ao dano. A resposta, apoiada por parte dos estudiosos do tema, parece ser não, por se tratar de situação que traria dano ao terceiro prejudicado e ao processo, juntando, de fato, duas lides numa ação, com duas relações e dois objetivos distintos<sup>147</sup>: a

---

<sup>143</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 793.

<sup>144</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Responsabilidade Civil do Estado: reflexões a partir do direito fundamental à boa administração pública. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, jan./jul., 2008, p. 157-166.

<sup>145</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Responsabilidade Civil do Estado: reflexões a partir do direito fundamental à boa administração pública. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, jan./jul., 2008, p. 157-166.

<sup>146</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. Responsabilidade dos agentes políticos e dos servidores. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 196: 36-45, abr./ jun. 1994.

<sup>147</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. Responsabilidade dos agentes políticos e dos servidores. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 196: 36-45, abr./ jun. 1994.

primeira, a relação entre o Estado e a vítima, com o propósito de estabelecer apenas o nexo de causalidade (responsabilidade objetiva), e a segunda entre o Estado e aquele que estava a seu serviço, com a finalidade de estabelecer a culpabilidade (responsabilidade subjetiva). Nessa hipótese, têm-se também a presença de terceiro que causa o dano, mas num ambiente específico, pois envolve a presença do Estado - figura cujo tratamento sempre é permeado de peculiaridades

### **1.4.3 Teoria do risco administrativo**

A teoria do risco administrativo deriva da teoria do risco, assim como a teoria do risco integral<sup>148</sup>, já visto no subitem 1.3.2, quando tratamos do tema fato de outrem.

A diferença entre as duas teorias baseia-se no fato de que a teoria do risco administrativo aceita causas excludentes de responsabilidade do Estado - culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior -, o que não é admitido pela outra.

Em outras palavras, na teoria do risco administrativo o órgão encarregado de julgar poderá excluir ou atenuar as indenizações ou compensações devidas pelo Estado, quando outros fatores tiverem concorrido ou até mesmo prevalecido como causas na ocorrência do dano<sup>149</sup>. Como resume Di Pietro:

[...] todos parecem concordar em que se trata de responsabilidade **objetiva**, que implica averiguar se o dano teve como *causa* o funcionamento de um serviço público, sem interessar se foi regular ou não. Todos também parecem concordar em que algumas circunstâncias excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado.<sup>150</sup>

Em outra perspectiva, Noronha coloca que a teoria do risco administrativo determina que, na persecução do interesse público, o Estado (na figura da pessoa jurídica respectiva) deverá indenizar o terceiro que, porventura venha prejudicar<sup>151</sup>. Dessa forma, o dano sofrido por alguns particulares seria suportado pela coletividade, que é a titular dos benefícios auferidos com a atividade

---

<sup>148</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 790.

<sup>149</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 790.

<sup>150</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. Grifos da autora.

<sup>151</sup> NORONHA, Fernando. Desafios Contemporâneos da Responsabilidade Civil. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 21-37, jan. 1998.

desenvolvida. Assim como na teoria do risco-proveito, por exemplo, aquele que recebe os benefícios, deve arcar com os danos causados pela atividade danosa.

Lembram Di Pietro<sup>152</sup> e Oliveira<sup>153</sup> que nos casos relacionados à força maior, como ocorrências meteorológicas, deve-se analisar mais detidamente a responsabilização objetiva do Estado, pois em algumas hipóteses, como enchentes, o próprio Estado pode ser indenizado se comprovar que o responsável pela manutenção das limpezas das galerias de captação de águas foi omissivo.

Findando o estudo das responsabilidades no Direito brasileiro no espectro do agente público, nota-se que os atos administrativos destes agentes estão sob o olhar de diversas responsabilidades jurídicas, cada uma delas com uma margem de interpretação diferente e com nuances técnicas distintas. O Direito Penal requer atenção com a titularidade do ato ilícito; a seara civil aborda o cenário litigioso de maneira ampla que acaba por incluir, em uma demanda judicial, todos os atores construtores do ato em discussão e; por derradeiro, a responsabilidade administrativa exige considerações específicas quanto à natureza do cargo analisado, para determinar as implicações legais.

Por fim, conclui-se que a diversidade de atribuições técnicas dos gestores públicos somados à mistura de naturezas jurídicas envolvidas em seus atos, acaba gerando uma incerteza jurídica sobre qual o melhor caminho a ser tomado, quando o agente público é obrigado a utilizar o poder discricionário inerente ao seu cargo.

---

<sup>152</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 791.

<sup>153</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Responsabilidade Civil do Estado: reflexões a partir do direito fundamental à boa administração pública. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, jan/jul., 2008, p. 157- 166.

## Capítulo 2

### OS LIMITES LEGAIS DA RELAÇÃO JURÍDICA DOS ATOS DO PREFEITO E DOS SECRETÁRIOS MUNICIPAIS

O Município é um ente autônomo na Federação Brasileira, ao lado dos Estados e da União. Sua autonomia abrange as áreas política, administrativa e financeira. Necessário ressaltar, entretanto, que esse modelo é bem recente, conforme será verificado a seguir.

A Administração Pública Municipal não possui um molde padrão, regendo-se por diferentes legislações provedoras e, por consequência, com limites legais diversos para os gestores vinculados, tema que será aprofundado nos tópicos seguintes.

#### 2.1 Autonomia municipal e organização administrativa

A autonomia municipal, embora pensada no Brasil como espaço de práticas<sup>154</sup> patrimonialistas, coronelistas e/ou personalistas, justifica-se por uma perspectiva de descentralização e participação cidadã<sup>155</sup>. O município, por sua proximidade com o cidadão, permitiria experiências emancipatórias numa esfera pública comunitária e mais democrática<sup>156</sup>. Foi nesse espírito que a Constituição de 1988 alterou o tratamento<sup>157</sup>, até então, dado ao Poder local, antes relegado a um papel inferior, com uma autonomia meramente formal e, em sua maior

---

<sup>154</sup> SANTIN, Janaína Rigo. O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal. In: *II SEMINÁRIO NACIONAL MOVIMENTOS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA*, 2007, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis. p. 323 - 340.

<sup>155</sup> SANTIN, Janaína Rigo. O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal. In: *II SEMINÁRIO NACIONAL MOVIMENTOS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA*, 2007, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis. p. 323 - 340.

<sup>156</sup> SANTIN, Janaína Rigo. O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal. In: *II SEMINÁRIO NACIONAL MOVIMENTOS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA*, 2007, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis. p. 323 - 340.

<sup>157</sup> SOUZA, Celine. Federalismo e Descentralização na Constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 44, n 3, 2001, p. 513 a 560.

parte, apenas administrativa<sup>158</sup>, passando por períodos em que chegou a ser extinta.<sup>159</sup>

De forma clara e objetiva, no Capítulo I, Título III, que trata da organização político-administrativa do Estado, a Constituição de 1988 estabeleceu, no art. 18 que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”<sup>160</sup>.

Para exata compreensão desta seara evolutiva, importa ressaltar que o novo modelo brasileiro de federação foi elaborado e amplamente discutido pela Assembleia Nacional Constituinte. Os constituintes foram eleitos em 1986, após quase duas décadas de regime-civil militar. Formavam um grupo bastante heterogêneo. Nesse contexto, buscava-se o consenso entre os diversos setores participantes, postergando-se a decisão daqueles temas em que não se conseguia alcançar um acordo. Essa postura era incentivada, principalmente, pelo presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães. No início dos trabalhos, o então presidente José Sarney enviou importante comunicado aos congressistas reunidos, esclarecendo que não haveria restrição a nenhum tema, permitindo, portanto, alterações no sistema republicano e federativo<sup>161</sup>.

A Assembleia Nacional Constituinte contou com uma Subcomissão dos Municípios e Regiões<sup>162</sup>, garantindo-se espaço para a realização de diversas audiências públicas com prefeitos, vereadores, técnicos e especialistas. Nessa subcomissão foi aprovada a inclusão do município como ente federativo e a definição de uma lista de serviços públicos de sua responsabilidade. Embora os membros da subcomissão temessem que a lista fosse longa e detalhada para o

---

<sup>158</sup> SANTIN, Janaína Rigo. O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal. In: *II SEMINÁRIO NACIONAL MOVIMENTOS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA*, 2007, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis. p. 323 - 340.

<sup>159</sup> SANTIN, Janaína Rigo. O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal. In: *II SEMINÁRIO NACIONAL MOVIMENTOS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA*, 2007, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis. p. 323 - 340.

<sup>160</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 out. 2019.

<sup>161</sup> SANTIN, Janaína Rigo. O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal. In: *II SEMINÁRIO NACIONAL MOVIMENTOS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA*, 2007, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis. p. 323 - 340.

<sup>162</sup> SANTIN, Janaína Rigo. O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal. In: *II SEMINÁRIO NACIONAL MOVIMENTOS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA*, 2007, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis. p. 323 - 340.

texto constitucional, consideraram que facilitaria, aos cidadãos, cobrar daquele ente municipal a execução de determinadas funções. A lista foi, então, incluída no relatório. No entanto, essa segunda proposta foi vetada pela Comissão de Organização do Estado, optando-se, apenas, pela ampliação dos recursos destinados à aplicação local, sem a transferência de competências.

Outro destaque<sup>163</sup> importante do processo constituinte, no que tange ao âmbito municipal, foi a abertura para propostas advindas de fora da Assembleia Nacional Constituinte. Por meio das emendas populares, que deviam ser subscritas por trinta mil eleitores e três entidades da sociedade civil, foi permitido o envio direto de sugestões aos constituintes, via rede de Correios. Foi essa permissão que viabilizou a inclusão dos artigos sobre desenvolvimento urbano, por meio da emenda popular da Reforma Urbana.

Nesse contexto, em que algumas decisões sobre a organização do Estado brasileiro foram postergadas, outras modificadas a fim de angariar os consensos necessários e muitas deixadas à cargo do Município, agora fortalecido e mais protegido com maior grau de autonomia, é que surgiu grande dificuldade na definição precisa de alguns elementos dessa nova sistemática. Essa dificuldade foi apontada por Cavalcante Filho e Lima<sup>164</sup>, que indica a velocidade com que as mudanças ocorrem em cada Estado, ocasionando a ausência de uma harmonia, semelhança e padronização entre as legislações estaduais, fato que pode ser constatado, por exemplo, quando decisões do Supremo Tribunal Federal afetam institutos de apenas um dos Estados.

## **2.2 O regime jurídico constitucional do prefeito e do secretário municipal**

Antes de passarmos à análise do regime jurídico constitucional, ao qual se submete o prefeito, como agente político que chefia o Executivo municipal, trataremos da classe em que se insere.

A Constituição Federal, em seu art. 37, determina quem são os agentes públicos, classificação ampla que abrange todos aqueles que prestam, direta ou indiretamente, serviços ao Estado, incluindo aqueles que trabalham para

---

<sup>163</sup> SANTIN, Janaína Rigo. O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal. In: *II SEMINÁRIO NACIONAL MOVIMENTOS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA*, 2007, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis. p. 323 - 340.

<sup>164</sup> CAVALCANTE FILHO, J. T. & LIMA, F. R. *Foro, Prerrogativa e Privilégio* (Parte 1): Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Abri/2017 (Texto para Discussão nº 233).

peças jurídicas de Direito Privado instituídas pelo Poder Público, como fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas.<sup>165</sup>

Essa classificação se divide em agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público. Embora seja um tema fundamental na organização do Estado brasileiro, ainda não há consenso<sup>166</sup> na doutrina, acerca da definição precisa de quem pode ser considerado agente político. Essa discussão gira em torno, principalmente, da inclusão de membros da Magistratura, Ministério Público e Tribunais de Contas e representantes diplomáticos no rol de agentes políticos, posição defendida por Hely Lopes Meirelles.<sup>167</sup>

Em relação ao prefeito, não há nenhuma dúvida de que deve ser classificado como agente político<sup>168</sup>, especialmente tendo em consideração a definição preceituada por Bandeira de Mello de que os agentes políticos são pessoas competentes para a formação da vontade superior do Estado, em razão de ocuparem cargos que compõem o esquema fundamental de poder na organização estatal brasileira<sup>169</sup>. Segundo Di Pietro<sup>170</sup>, “[...] a ideia de agente político liga-se, indissociavelmente, à de governo e à de função política”.

A função política é aquela que provê a direção do Estado<sup>171</sup>, determinando seus objetivos e meios considerados mais convenientes pelo agente político competente. Realiza atividades de natureza de direção e legislação, fixando metas, diretrizes, e elaborando planos, bem como executando tais provisões. Localiza-se, principalmente, nas ações do Executivo e, secundariamente, do Legislativo. O Poder Judiciário é voltado à atividade jurisdicional, controlando a *posteriori* decisões jurídicas, não sendo, portanto, parte da formação da vontade do Estado.

Os agentes políticos são responsáveis pela execução de funções públicas, que vão desde atos políticos até atos administrativos mais simples, e possuem um arcabouço de deveres e garantias próprios. Atos administrativos,

---

<sup>165</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 out. 2019.

<sup>166</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 84.

<sup>167</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>168</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 85.

<sup>169</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>170</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 85.

<sup>171</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 85.

em geral, se relacionam com as atividades de serviço público, intervenção, fomento e polícia. Os atos administrativos estão sujeitos aos mesmos controles que aqueles desempenhados por agentes administrativos do Estado, também aplicáveis aos membros do Ministério Público, Magistratura e Tribunal de Contas.

Os atos políticos, como já mencionado, têm natureza colegislativa e de direção. Os atos meramente políticos, a exemplo da seleção de seus auxiliares, não podem sofrer controle jurisdicional e gozam de ampla margem de liberdade. Nesses casos, as más escolhas podem ser penalizadas pelos eleitores nos pleitos seguintes, mas não podem sofrer controle jurisdicional.

Explica Di Pietro<sup>172</sup> que a primeira menção à uma vedação da apreciação judicial de questão meramente política veio da Constituição de 1934, e o dispositivo foi repetido na Constituição de 1937. Embora não tenha sido explicitamente abordado pelas Constituições posteriores, a regra continua válida no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, aplica-se apenas aos casos de decisões puramente políticas que não afetem nenhum direito subjetivo. Na hipótese de uma decisão política ferir direitos individuais ou difusos, o Governo poderá ser chamado a responder, até mesmo em ações civis públicas e ações populares.

Os agentes políticos são também limitados pelo dever de perseguir o interesse público<sup>173</sup>, não podendo sobrepor seus interesses pessoais aos da coletividade. Não podem utilizar-se de seu cargo ou de seus atos para se promover, nem criar obrigações ou vedações que não estejam previstas por lei. O agente político tem, ainda, o dever de dar publicidade aos atos e informações que estão sob sua responsabilidade, e de respeitar o princípio da moralidade administrativa.

A forma de investidura dos agentes políticos<sup>174</sup> é própria de seu cargo. Para os chefes do Poder Executivo - presidente, governadores e prefeito - e para os membros do Poder Legislativo, a investidura se dá por meio de eleição. Para os assistentes diretos - ministros e secretários -, os chefes do Poder Executivo

---

<sup>172</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 655.

<sup>173</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 654.

<sup>174</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 654.



podem nomear com base em sua livre escolha. No caso dos cargos em que a seleção se dá por eleição, é o próprio processo eleitoral que concede a legitimidade dos ocupantes.

Não há requisito de natureza técnica para que se alcance um cargo político, geralmente, o agente político, como os gestores públicos não possuem qualificação técnica para exercer as atribuições do cargo, estando ali, em razão da confiança afeiçoada pela população ou por um dirigente político.

Da mesma forma, não há regra sobre eventuais qualificações que os auxiliares dos chefes do Executivo - que nomeiam outros agentes políticos, como já mencionado - necessitam atender.

Além disso, o gestor público - referindo-se aqui ao agente político em cargos no Executivo - possui discricionariedade para definir as prioridades do governo, podendo, entre as diversas alternativas e caminhos a serem escolhidos, determinar o que lhe parece mais conveniente, com base na situação fática e no interesse público.

### **2.2.1 Do foro privilegiado**

A Constituição Federal<sup>175</sup> consagrou o foro privilegiado do prefeito, devido a sua posição de chefe do Poder Executivo, em âmbito municipal, devendo este responder a processo frente ao Tribunal de Justiça do Estado. Por estar prevista constitucionalmente, essa garantia não pode ser derogada por lei, nem por decisão judicial.

O foro privilegiado é um instrumento adotado em diversos países, além do Brasil, com o objetivo de proteger o exercício da função pública que o beneficiado ocupa<sup>176</sup>. O foro privilegiado desloca<sup>177</sup> a competência de julgar daquele que seria o juiz natural, ou seja, o juiz de primeiro grau, para o tribunal designado pela norma de regência, no caso do Brasil, a Constituição Federal.

---

<sup>175</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 out. 2019, art. 26, inc. X.

<sup>176</sup> CAVALCANTE FILHO, J. T. & LIMA, F. R. *Foro, Prerrogativa e Privilégio* (Parte 1): Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Abri/2017 (Texto para discussão nº 233).

<sup>177</sup> CAVALCANTE FILHO, J. T. & LIMA, F. R. *Foro, Prerrogativa e Privilégio* (Parte 1): Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Abri/2017 (Texto para discussão nº 233).

O foro privilegiado abrange os atos cometidos antes do início do mandato, e aqueles cometidos durante o mandato, independentemente do momento em que é oferecida a denúncia<sup>178</sup>. Os únicos atos não incluídos na prerrogativa são aqueles alcançados por objeto de mandado de segurança ou ação cautelar, seja principal ou cautelar, com impacto em direitos individuais ou coletivos<sup>179</sup>.

A Constituição Federal não prevê foro privilegiado para os secretários municipais. Há, no entanto, algumas constituições estaduais que fazem essa previsão<sup>180</sup>. Nos modelos adotados pelos estados, para ampliação desta garantia constitucional, há muita variação. Alguns entes federativos optaram por espelhar a proposta constitucional; outros, no entanto, expandiram a prerrogativa de foro para certos agentes públicos que não estão incluídos na Constituição, como defensores públicos e procuradores de Estado<sup>181</sup>. Os limites da competência dos estados para realizarem tais ordenações são discutíveis, como coloca Cavalcante Filho & Lima:

De um lado, argumenta-se que o constituinte estadual tem poder de auto-organização de seu Judiciário, podendo fixar-lhe normas de competências. Os que consideram inconstitucional o foro puramente estadual, no entanto, argumentam que, nesse caso, o Estado estaria invadindo a competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I25).<sup>182</sup>

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou acerca do tema, decidindo pela constitucionalidade, por exemplo, do dispositivo<sup>183</sup> da Constituição Estadual da Paraíba que estende o foro privilegiado a Procuradores do Estado e

---

<sup>178</sup> REIS, Jair Teixeira dos. Mendes, Yuri Vieira Tupynambá de Lélis. VELOSO, Matheus de Quadros. Análise da incursão de (ex) prefeito por ato de improbidade cometido por agente com competência delegada. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p.45-71, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p45. ISSN: 2178-8189.

<sup>179</sup> REIS, Jair Teixeira dos. Mendes, Yuri Vieira Tupynambá de Lélis. VELOSO, Matheus de Quadros. Análise da incursão de (ex) prefeito por ato de improbidade cometido por agente com competência delegada. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p.45-71, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p45. ISSN: 2178-8189.

<sup>180</sup> CAVALCANTE FILHO, J. T. & LIMA, F. R. *Foro, Prerrogativa e Privilégio* (Parte 1): Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Abri/2017 (Texto para discussão nº 233).

<sup>181</sup> CAVALCANTE FILHO, J. T. & LIMA, F. R. *Foro, Prerrogativa e Privilégio* (Parte 1): Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Abri/2017 (Texto para discussão nº 233).

<sup>182</sup> CAVALCANTE FILHO, J. T. & LIMA, F. R. *Foro, Prerrogativa e Privilégio* (Parte 1): Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Abri/2017 (Texto para discussão nº 233).

<sup>183</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 78.168*. Relator: Min. Néri da Silveira, 18 de agosto de 1998. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1734243>. Acesso em: 08 nov. 2019.

Defensores Públicos, mas não permitiu<sup>184</sup> que a Constituição do Estado de Goiás o atribuísse a delegados de Polícia<sup>185</sup>. A justificativa, nesse caso, foi de que, embora o constituinte estadual goze de discricionariedade para atribuir foro privilegiado a agentes públicos constitucionalmente previstos, não pode expandi-lo para agentes subordinados, como é o caso de delegados<sup>186</sup>. A Corte também considerou constitucional a prerrogativa de foro concedida<sup>187</sup> a vereadores, mas asseverou que a garantia só é válida<sup>188</sup>, se prevista pela Constituição Estadual, não se admitindo sua instituição por lei ordinária, devido à previsão do art. 125, §1º<sup>189</sup>, que reserva à Constituição Estadual a fixação das competências dos Tribunais de Justiça.

No caso dos Secretários municipais, de acordo com estudo realizado por Cavalcante Filho & Lima<sup>190</sup>, nove Estados, além do Distrito Federal, adotam a prerrogativa de foro para secretários: Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul e Minas Gerais.

### **2.2.2 Da competência**

A partir de 1988 as já mencionadas autonomias do Município - política, administrativa e financeira - foram incluídas na Constituição<sup>191</sup>, juntamente com a garantia e o reconhecimento de sua capacidade tributária e suas compe-

---

<sup>184</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.587/GO*. Pleno. Relator: min. Maurício Correia, 01 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1990403>. Acesso em: 08 nov. 2019.

<sup>185</sup> CAVALCANTE FILHO, J. T. & LIMA, F. R. *Foro, Prerrogativa e Privilégio* (Parte 1): Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Abril/2017 (Texto para discussão nº 233).

<sup>186</sup>CAVALCANTE FILHO, J. T. & LIMA, F. R. *Foro, Prerrogativa e Privilégio* (Parte 1): Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Abri/2017. (Texto para discussão nº 233).

<sup>187</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 464.935*. Relator: Min. Cezar Peluso, 03 de junho de 2008. Disponível: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2324735>. Acesso em: 08 nov. 2019.

<sup>188</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.140*. Pleno. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 10 de maio de 2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2202633>. Acesso em: 08 nov. 2019. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 103.803*. Relator Ministro Teori Zavascki, 1 de julho de 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3877929>. Acesso em: 08 nov. 2019.

<sup>189</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 out. 2019.

<sup>190</sup> CAVALCANTE FILHO, J. T. & LIMA, F. R. *Foro, Prerrogativa e Privilégio* (Parte 1): Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Abri/2017 (Texto para discussão nº 233).

<sup>191</sup> SOUZA, Celine. Federalismo e Descentralização na Constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 3, 2001, p. 513 a 560.

tências, cumulativas, suplementares e, principalmente, exclusivas<sup>192</sup>. A definição das competências de cada ente foi realizada seguindo-se - livremente - o princípio da “predominância de interesses”<sup>193</sup>, privilegiando, dessa forma, o município no trato das questões locais.

A competência é uma forma de poder jurídico que regula o exercício e as relações entre autoridades, por meio de normas<sup>194</sup>. A competência pode ser pessoal - referente às qualificações que um sujeito deve deter -, procedimental - determina o procedimento para certos atos -, ou material - determina os sujeitos passivos, a situação e o tema de atuação<sup>195</sup>. As competências públicas, que aqui são examinadas, “criam um poder heterônomo, isto é, cujo exercício é um *munus publicum* qualificado, isto é, restrito para certos e determinados sujeitos. Por ser qualificado e não-transferível, pode apenas e eventualmente ser delegado”<sup>196</sup>. Atos cometidos fora da competência do agente são nulos e normas que derivam desses atos são inválidas<sup>197</sup>.

O art. 30 da Constituição Federal<sup>198</sup>, que prevê as competências do Município, estabelece que lhe encarrega, em resumo, legislar sobre os assuntos de interesse local, suplementar as legislações federais e estaduais, exercer sua capacidade tributária, planejar, executar e prestar contas da arrecadação, gastos e investimentos, organizar os distritos que porventura o integrem, os serviços públicos locais, a educação infantil e o ensino fundamental, determinados

---

<sup>192</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 out. 2019.

<sup>193</sup> SANTIN, Janaína Rigo. O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal. In: II SEMINÁRIO NACIONAL MOVIMENTOS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA. 2007, Florianópolis. *Anais [...]*. p. 323 - 340.

<sup>194</sup> FERRAZ JÚNIOR, T. S. (1995). Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, 90, 245-251. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67296>. Acesso em: 12. out. 2019, p. 247.

<sup>195</sup> FERRAZ JÚNIOR, T. S. (1995). Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, 90, 245-251. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67296>. Acesso em: 12. out. 2019, p. 247.

<sup>196</sup> FERRAZ JÚNIOR, T. S. (1995). Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, 90, 245-251. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67296>. Acesso em: 12. out. 2019. p. 247.

<sup>197</sup> FERRAZ JÚNIOR, T. S. (1995). Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, 90, 245-251. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67296>. Acesso em: 12. out. 2019.

<sup>198</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 out. 2019.

setores da saúde pública, ordenar o solo urbano e proteger, conjuntamente com os demais entes, o patrimônio histórico-cultural.

A conceituação clara acerca do que seria interesse local ainda não foi alcançada pela doutrina<sup>199</sup>, visto tratar-se de conceito aberto que não foi exaurido no texto constitucional. Não há dúvidas de que, no panorama jurídico atual, o município possui seu conjunto de competências asseguradas constitucionalmente.

Semelhante discussão, também, ocorre em respeito à expressão “normas gerais”, empregada no art. 24, § 1º da Constituição Federal, que versa sobre as competências concorrentes do Estado e da União.<sup>200</sup> Embora não trate especificamente de competências municipais, o dispositivo e sua interpretação tem impactos reflexos no Município, considerando que a divisão exata dos assuntos, tratados concorrentemente pelos outros dois entes, modela os acordos e a cooperação em diversas áreas que atingem a esfera local, como a proteção ao meio ambiente, a cultura, ou o esporte<sup>201</sup>.

Para Santin<sup>202</sup>, essa descentralização, embora de fato torne a estrutura do Estado brasileiro mais complexa, também permite ganhos em simplificação e aceleração da tomada de decisão mais precisa, acerca da realidade local.

### **2.2.3 Das atribuições do prefeito**

Tendo em vista o processo<sup>203</sup> de definição de competência e as já mencionadas lacunas presentes na discussão sobre as competências do ente municipal e, portanto, do chefe do Executivo local e seus auxiliares, é evidente

---

<sup>199</sup> SANTIN, Janaína Rigo. O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal. In: II SEMINÁRIO NACIONAL MOVIMENTOS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA. 2007, Florianópolis. *Anais [...]* p. 323 - 340.

<sup>200</sup> FERRAZ JÚNIOR, T. S. (1995). Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, 90, 245-251. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67296>. Acesso em: 12. out. 2019.

<sup>201</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 out. 2019.

<sup>202</sup> SÁNTIN, Janaína Rigo. O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal. In: II SEMINÁRIO NACIONAL MOVIMENTOS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA. 2007, Florianópolis. *Anais [...]* p. 323 - 340.

<sup>203</sup> SANTIN, Janaína Rigo. O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal. In: II SEMINÁRIO NACIONAL MOVIMENTOS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA. 2007, Florianópolis. *Anais [...]* p. 323 - 340.

que se trata de questão de grande complexidade, com espaço para opiniões divergências e sempre permeada por importantes debates.

Pode-se dizer, no entanto, que como chefe do Executivo, o Prefeito tem, basicamente, as atribuições de planejar, dirigir e legislar, nos já mencionados campos de sua competência, com alto grau de autonomia.

De modo mais detalhado, as atribuições<sup>204</sup> podem ser divididas em políticas, legislativas, executivas e administrativas. A função política engloba representar o município dentro e fora de seu território, prestar informações e comparecer à Câmara de Vereadores quando convocado. A função legislativa é composta pelos deveres de sancionar, promulgar ou vetar leis, apresentar projetos de sua competência e elaborar o orçamento. A função executiva inclui a execução das normas pertinentes, a expedição de decretos, o planejamento e a prestação de contas e relatórios. Por fim, a função administrativa diz respeito ao cuidado e à gestão do patrimônio municipal, do orçamento, da receita, a execução de obras e serviços, a realização de desapropriações, direção do corpo de agentes públicos subordinados, imposição de processos e sanções administrativas, despachos, entre outros de natureza similar.

Essas atribuições dividem-se entre atos de governo e atos administrativos<sup>205</sup>. No caso dos primeiros, não podem ser delegáveis, isso, porque são competências exclusivas. Já os atos administrativos são competência de natureza privativa, podendo, portanto, ser delegados.

#### **2.2.4 Das atribuições dos secretários municipais**

Os secretários municipais são auxiliares<sup>206</sup> do Prefeito, livremente escolhidos por esse, e ocupam cargo de natureza política. Além dos secretários, o prefeito pode contar ainda com coordenadores ou diretores, a depender da estrutura da Administração local e a forma de organização definida em cada território.

---

<sup>204</sup> COSTA, Nelson Nery. *Direito Municipal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>205</sup> COSTA, Nelson Nery. *Direito Municipal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>206</sup> ZMITROWICZ, W., BISCARO, C.; MARINS, K. R. C. C. *A organização administrativa do município e o orçamento municipal*. São Paulo: EPUSP, 2013. 38 p. [Texto Técnico da Escola Politécnica da USP, Departamento de Engenharia de Construção Civil, TT/PCC/20].

Cada secretário é responsável pelo trabalho desenvolvido em uma das secretarias do município<sup>207</sup>. As secretarias são definidas pelo próprio município e, como tal, apresentam grande variação<sup>208</sup>. Segundo um estudo realizado por Zmitrowicz<sup>209</sup> *et al*, as secretarias mais comuns nos municípios brasileiros são a) de Governo; b) de Administração; c) de Planejamento; d) Jurídica; e) de Finanças; f) de Desenvolvimento Urbano; g) de Infraestrutura e Obras; h) de Serviços Urbanos; i) de Transportes; j) de Educação; k) de Saúde; l) de Habitação; m) de Assistência Social e n) Meio Ambiente.

A competência e as atribuições do secretário, portanto, apresentam as mais variadas formas, visto que dependem da organização administrativa e estrutural realizada no âmbito de cada município. Podem variar em número e temas de Secretarias, bem como possuir atribuições, ligeiramente, diferentes em um mesmo tema. É o caso, por exemplo, de uma Secretaria do Meio Ambiente, que pode ter diferentes obrigações, a depender das peculiaridades de cada município.

### **2.3 O instituto da delegação de competências no âmbito municipal e a responsabilidade do prefeito**

A delegação de competências é restrita àquelas que são **privativas**, e não **exclusivas** do prefeito, por serem atos de governo, e não atos administrativos, como já explicado. A delegação de competências se dá por meio de ato do Executivo, por meio de decreto<sup>210</sup>.

A Constituição Federal prevê a descentralização, na esfera federal, no art. 84, inc. VI e parágrafo único, ao determinar, expressamente, tratar-se de competência privativa, executada por meio de decreto que estabelece os limites

---

<sup>207</sup> ZMITROWICZ, W.; BISCARO, C.; MARINS, K. R. C. C. *A organização administrativa do município e o orçamento municipal*. São Paulo: EPUSP, 2013. 38 p. (Texto Técnico da Escola Politécnica da USP, Departamento de Engenharia de Construção Civil, TT/PCC/20).

<sup>208</sup> ZMITROWICZ, W.; BISCARO, C.; MARINS, K. R. C. C. *A organização administrativa do município e o orçamento municipal*. São Paulo: EPUSP, 2013. 38 p. (Texto Técnico da Escola Politécnica da USP, Departamento de Engenharia de Construção Civil, TT/PCC/20).

<sup>209</sup> ZMITROWICZ, W.; BISCARO, C.; MARINS, K. R. C. C. *A organização administrativa do município e o orçamento municipal*. São Paulo: EPUSP, 2013. 38 p. (Texto Técnico da Escola Politécnica da USP, Departamento de Engenharia de Construção Civil, TT/PCC/20).

<sup>210</sup> REIS, Jair Teixeira dos; MENDES, Yuri Vieira Tupynambá de Lélis. VELOSO, Matheus de Quadros. Análise da incursão de (ex) prefeito por ato de improbidade cometido por agente com competência delegada. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p.45-71, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p45. ISSN: 2178-8189.

da delegação. Essa forma foi seguida, com base na simetria constitucional, por diversos municípios<sup>211</sup> em suas leis orgânicas.

Segundo Reis *et. al*, caso ocorra lesão ao erário em decorrência de ato de improbidade administrativa, realizado ou ordenado pelo secretário municipal, o prefeito deverá responder solidariamente, porém apenas na seara cível.<sup>212</sup> O mesmo vale para os mesmos atos cometidos por outro ocupante de cargo de confiança de livre nomeação do prefeito.

Não obstante a realização da delegação por meio da Lei Orgânica, em que se transfere, limitada e precariamente, obrigações e deveres ao secretário municipal, também os decretos reafirmam a delegação<sup>213</sup> e consequente imputação da responsabilidade, pelos atos da secretaria, ao ocupante da pasta<sup>214</sup>

Outro diploma importante para a avaliação da responsabilidade por ato delegado é o Decreto-lei nº 201/1967<sup>215</sup>. Essa norma, que disciplina a responsabilidade de prefeitos e vereadores, define em seu art. 80, §1º que os órgãos responsáveis pela contabilidade do ente municipal inscreverão os ordenadores de despesa como seus responsáveis, ressalvando em seu § 2º que o ordenador não é responsável por prejuízos causados à Fazenda Nacional, decorrentes de atos praticados por agente subordinado que estejam além das ordens expedidas, exceto se provado que agiu por conivência<sup>216</sup>. O ordenador de despesa pode ser, de acordo com Castro<sup>217</sup>, o chefe do Executivo municipal, isto é, o prefeito, e também o presidente da Câmara Municipal, os diretores de

---

<sup>211</sup> REIS, Jair Teixeira dos. MENDES, Yuri Vieira Tupynambá de Lélis. VELOSO, Matheus de Quadros. Análise da incursão de (ex) prefeito por ato de improbidade cometido por agente com competência delegada. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p.45-71, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p45. ISSN: 2178-8189.

<sup>212</sup> REIS, Jair Teixeira dos. MENDES, Yuri Vieira Tupynambá de Lélis. VELOSO, Matheus de Quadros. Análise da incursão de (ex) prefeito por ato de improbidade cometido por agente com competência delegada. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p.45-71, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p45. ISSN: 2178-8189.

<sup>213</sup> CASTRO, José Nilo de. *Julgamento das contas municipais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

<sup>214</sup> REIS, Jair Teixeira dos. MENDES, Yuri Vieira Tupynambá de Lélis. VELOSO, Matheus de Quadros. Análise da incursão de (ex) prefeito por ato de improbidade cometido por agente com competência delegada. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p. 45-71, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p45. ISSN: 2178-8189.

<sup>215</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del0201.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0201.htm)>. Acesso em 27 out. 2019.

<sup>216</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del0201.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0201.htm)>. Acesso em 27 out. 2019.

<sup>217</sup> CASTRO, José Nilo de. *Julgamento das contas municipais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.



autarquias e fundações municipais, ou seus delegatários, categoria em que se encaixa o secretário municipal. Para o autor, o prefeito apenas responde pelos atos em que atuou como ordenador de despesa, ou por manifesta conivência com os atos ímprobos cometidos por subordinado ou auxiliar<sup>218</sup>.

Na esfera penal, no entanto, o prefeito apenas responderá solidariamente se, obviamente, tiver concorrido para a execução do ato ilícito, em razão do princípio de individualização da pena. Ou seja, o mero ato de nomeação ou de edição de decreto de desconcentração, que delegue competências a agente político posteriormente imputado em atividade criminal, não poderá originar consequências penais para o chefe do Executivo<sup>219</sup>. Essa visão já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>220</sup>.

---

<sup>218</sup> CASTRO, José Nilo de. *Julgamento das contas municipais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

<sup>219</sup> REIS, Jair Teixeira dos. MENDES, Yuri Vieira Tupynambá de Lélis. VELOSO, Matheus de Quadros. Análise da incursão de (ex) prefeito por ato de improbidade cometido por agente com competência delegada. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p.45-71, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p45. ISSN: 2178-8189.

<sup>220</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP nº 409 – CE*. Relator: Min. Aires Britto, 13 de maio de 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2413259>. Acesso em: 08 nov. 2019.

## Capítulo 3

### OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO REGIME SANCIONADOR DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E OS REQUISITOS PARA RESPONSABILIZAÇÃO

Vencida a análise da responsabilidade civil dos agentes públicos, nos capítulos anteriores, neste será abordada, num primeiro momento, a responsabilidade desses agentes quanto aos atos de improbidade administrativa, previstos na Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992.

Ademais, serão analisados os princípios que regem a responsabilidade do agente público por atos de improbidade, bem como os atos tipificados como ímprobos na Lei nº 8.429/1992. Por fim, será analisada a extensão da responsabilidade do alcaide, no intuito de se averiguar se ela engloba, também, os atos praticados pelos secretários municipais.

#### 3.1 A probidade administrativa exigida dos agentes políticos

Desde a Constituição Federal de 1946, a probidade administrativa é exigida daqueles que exercem funções públicas<sup>221</sup>. Seu objetivo é estimular atos transparentes e lisos dos agentes públicos e de particulares que participem, de algum modo, das atividades administrativas, no intuito de otimizar o emprego de recursos públicos na consecução das finalidades coletivas, sempre na busca do bom trato da coisa pública.

A probidade, portanto, é um dos deveres gerais exigidos dos agentes políticos, sendo a qualidade de quem é probo, íntegro, que age de boa-fé. Esse dever está intimamente ligado à moralidade administrativa dos agentes que, conforme os ensinamentos de José Afonso da Silva, devem “servir à Administração Pública com honestidade, exercendo suas atribuições no intuito de alcançar o interesse público”<sup>222</sup>, deixando de lado seus interesses pessoais.

---

<sup>221</sup> BRASIL. [Constituição (1946)] *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 06 nov. 2019.

<sup>222</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 557.

Por outro lado, a ideia de improbidade administrativa está ligada ao descumprimento, pelos agentes públicos, de preceitos constitucionais que pautam a atividade administrativa como um todo, que podem ser resumidos em dois pilares básicos: legalidade e moralidade<sup>223</sup>.

São atos, portanto, imorais e de má qualidade que, muito embora possam estar revestidos com todos os requisitos legais exigidos para sua manifestação, são maculados pelo desvio de finalidade pública, de desonestidade, de, como o nome sugere, improbidade.

Aos atos de improbidade administrativa correspondem penalidades, cujo rol foi, gradativamente, ampliado nos textos constitucionais. A primeira previsão está na Carta Política de 1946. A atual Carta Magna prevê, no art. 37, § 4º, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário como sanções passíveis de aplicação àqueles que praticarem atos ímprobos, nos termos da lei.<sup>224</sup>

O diploma legal que regula o comando constitucional é a Lei nº 8.429/1992, a chamada Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Essa norma elenca como atos de improbidade administrativa: a) o enriquecimento ilícito do agente público; b) a atuação lesiva em face do erário; e c) a violação aos princípios que regem a atividade administrativa. Estabelece, ainda, outras sanções, além daquelas previstas constitucionalmente, e indica, como sujeitos passíveis de responsabilização, o agente público e o terceiro que, de algum modo, lide com a Administração Pública.

O que se percebe da análise dos dispositivos da LIA é que os diplomas a ela anteriores se preocupavam, apenas, com o aspecto patrimonial, não se destinando a coibir atos contrários à moralidade administrativa. É nítido que os atos de improbidade listados na Lei 8.429/1992 vão muito além do enriquecimento ilícito, previsto nos diplomas que a precederam. Só após a Constituição Federal de 1988, que erigiu a moralidade como princípio norteador

---

<sup>223</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 55.

<sup>224</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 out. 2019.

<sup>224</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito*: “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.”

das atividades administrativas, as práticas imorais dos agentes públicos passaram a ser consideradas ilícitas<sup>225</sup>.

Entretanto, muito se discute acerca da aplicabilidade da Lei nº 8.429/1992 para agentes políticos. É possível encontrar, na literatura jurídica e em decisões dos tribunais pátrios, posições que afastam a responsabilidade destes agentes políticos por atos de improbidade.

Uma das razões levantadas para justificar a irresponsabilidade dos agentes políticos nos atos de improbidade administrativa é a existência dos chamados crimes de responsabilidade. Para Mendes e Wald<sup>226</sup>, as penas de suspensão de direitos políticos e da perda da função pública demonstram o conteúdo penal da Lei de Improbidade administrativa. Ademais, para os autores, há similaridade entre muitos dos ilícitos descritos na Lei nº 8.429/1992 e os ilícitos previstos no Código Penal, o que demonstra a natureza penal daquela norma.

Concluem os autores que os delitos elencados na lei administrativa configuram crime de responsabilidade e, assim, como há no ordenamento jurídico pátrio um procedimento especial para tais crimes, não seria possível condenar os agentes políticos por prática de atos de improbidade.

Nessa mesma linha argumentativa, Aristides Junqueira Alvarenga<sup>227</sup> também defendia a equivalência dos atos de improbidade administrativa e os delitos previstos na lei de crime de responsabilidade, ao sustentar que “[...] ato de improbidade administrativa é, na sua essência, crime de responsabilidade”, o que impediria agentes políticos de se submeterem à responsabilização pelos ilícitos previstos na Lei nº 8.429/1992.

Dentre os julgados que defendem a impossibilidade de responsabilização dos agentes políticos, por atos de improbidade, citam-se o Recurso Especial nº 456.649/MG<sup>228</sup>, do Superior Tribunal de Justiça, e a Reclamação

---

<sup>225</sup> DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 884.

<sup>226</sup> WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 35, n. 138, abr./jun. 1998, p. 213-216. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/378/r138-17.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 01 de nov. de 2019, p. 214.

<sup>227</sup> ALVARENGA, Aristides Junqueira. *Jornal Correio Braziliense. Caderno Direito & Justiça*. Brasília, 30 set. 2002, p. 86.

<sup>228</sup> “ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EX-PREFEITO. CONDOTA OMISSIVA. CARACTERIZAÇÃO DE INFRAÇÃO POLÍTICO ADMINISTRATIVA. DECRETO-LEI N.º 201/67. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N.º 8.429/92. COEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. [...] Os ilícitos previstos na Lei n.º 8.429/92 encerram delitos de responsabilidade quando perpetrados por agentes políticos diferenciando-se daqueles praticados por servidores

2.138<sup>229</sup>, do Supremo Tribunal Federal, como os mais relevantes. Nestes acórdãos, ficou consignado que os agentes políticos, quando praticam os ilícitos previstos na LIA, devem enfrentar um processo por crime de responsabilidade, e não por improbidade administrativa, uma vez que é impossível a dupla condenação político-administrativa dos agentes políticos.

Em sentido oposto, há vozes que advogam contrariamente à não imputação de responsabilidade, quanto aos atos de improbidade, aos agentes políticos.

Para Aguiar<sup>230</sup>, a inimizabilidade dos agentes políticos quanto à Lei nº 8.429/1992 é mais uma questão de cunho ideológico do que científico. Defende o autor que o resultado do julgamento do alto escalão do Poder Executivo e do Legislativo, por juízes de primeira instância, teria menos probabilidade de controle, do ponto de vista político-ideológico, quando comparado aos das cortes superiores. Por essa razão, a confusão entre os ilícitos sancionados pela LIA e os classificados como crime de responsabilidade seria uma falsa premissa, utilizada para defender a irresponsabilidade dos agentes políticos quanto aos atos de improbidade.

Inicialmente, é preciso pontuar que não há confusão entre os atos de improbidade da Lei nº 8.429/1992 e os atos que implicam crime de responsabilidade, previstos na Lei nº 1.079/1950 (aplicável ao Presidente da República, aos ministros de Estado, aos ministros do Supremo Tribunal Federal e ao Procurador-Geral da República) e no Decreto-Lei nº 201/1967 (aplicável ao prefeito municipal e seus secretários).

---

em geral. [...] A responsabilidade do agente político obedece a padrões diversos e é perquirida por outros meios. A imputação de improbidade a esses agentes implica em categorizar a conduta como "crime de responsabilidade", de natureza especial. [...] Politicamente, a Constituição Federal inadmitte o concurso de regimes de responsabilidade dos agentes políticos pela Lei de Improbidade e pela norma definidora dos Crimes de Responsabilidade, posto inaceitável bis in idem. [...]" BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 456.649/MG*. 1. Turma. Relator: Min. Francisco Falcão. Relator p/ acórdão: Min. Luiz Fux, 05 de setembro de 2006. [DJ 05/10/2006, p. 237]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 8 de out. 2019.

<sup>229</sup> "[...] IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. [...] Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. [...]" BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl nº 2138*. Pleno. Relator: Min. Nelson Jobim. Relator p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes (Art. 38, IV, B, do RISTF), 13 de junho de 2007. Diário de Justiça eletrônico nº 070, 17 de abril de 2008.

<sup>230</sup> AGUIAR, Tiago Antunes. Responsabilização dos agentes políticos nos atos de improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 47, n. 185 jan./mar. 2010, p -247-257. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198670/000881222.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 01 nov 2019, p. 250.

De fato, são disciplinas normativas que visam à proteção do mesmo princípio constitucional, que é a moralidade na Administração Pública. No entanto, seus objetivos são diversos. Enquanto o art. 37, § 4º da Constituição Federal, que trata dos atos de improbidade, visa à responsabilização civil do agente público, os crimes de responsabilidade têm como foco a repressão na esfera política.

Um agente político não se submete, é cediço, ao processo administrativo disciplinar, o que demonstra que sua esfera de responsabilidade administrativa, é, na verdade, político-administrativa.

O que se percebe, assim, é que, toda vez em que se fala em crime de responsabilidade, na verdade, estar-se-á diante de responsabilidade político-administrativa, e não de responsabilidade criminal. Em outras palavras, crimes de responsabilidade não são crimes, mas infrações de natureza político-administrativa<sup>231</sup>. Tanto o é que crime de responsabilidade tem julgamento político, do Poder Legislativo, enquanto crime comum é julgado pelo Poder Judiciário. Isso fica claro na redação do art. 52, parágrafo único<sup>232</sup>, da Constituição Federal, que dispõe que a condenação se dará sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Dessa maneira, sendo a esfera da responsabilidade político-administrativa alheia às demais esferas, não há dúvidas de que um mesmo agente político pode incidir, com uma mesma conduta, nas esferas de responsabilidade político-administrativa, criminal e civil. Assim, mesmo que inserido em uma esfera de responsabilidade diferente das dos demais agentes públicos, não há que se falar em irresponsabilidade por atos de improbidade dos agentes políticos. A responsabilidade de uma esfera não exclui a das demais, como ocorre no caso dos agentes públicos, em geral.

Isso, porque há independência entre as instâncias. São três esferas distintas, que se comunicam, mas não se extinguem. Convivem no ordenamento,

---

<sup>231</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Crime de responsabilidade do Prefeito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 31, n. 121 jan/mar. 1994, p. 55-59. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176147/000477761.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 01 de nov. de 2019, p. 57

<sup>232</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 out. 2019: “Art. 52 [...] Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.”

sendo possível, assim, a responsabilidade do agente público, em virtude do mesmo ato, nas três esferas.

No mais, a Constituição Federal não estabelece responsabilidade única dos agentes políticos. Além dos crimes de responsabilidade, o texto constitucional prevê os crimes comuns, os ilícitos civis<sup>233</sup> e os atos de improbidade. E, especificamente quanto a estes, dispõe, expressamente, que a responsabilidade por improbidade se dará “sem prejuízo da ação penal cabível”. Portanto, não quis o poder constituinte que a responsabilidade dos agentes políticos fosse uma, já que determina múltiplas responsabilizações decorrentes do mesmo ato.

Deve-se ressaltar, ainda, a natureza civil das sanções da LIA, o que impede o argumento de que haveria duas condenações de mesma natureza pela prática dos atos ímprobos. Perda de bens e valores, multa e proibição de contratar com o Poder Público, por exemplo, são penalidades de cunho civil, previstas em decorrência de um regime jurídico administrativo, trazido pela Constituição Federal. E, por não ter pena privativa de liberdade entre suas penas, não pode, sobremaneira, ser considerada de natureza penal.

Outra não foi a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2.797<sup>234</sup>, na qual ficou consignado não ser possível equiparar a ação de improbidade à ação penal, dada a sua natureza civil.

Por fim, é necessário ressaltar a redação do art. 1º da Lei nº 8.429/1992, que indica como sujeitos passíveis de cometer os atos de improbidade os agentes públicos<sup>235</sup>, e, também, a do art. 2º, do mesmo diploma,

---

<sup>233</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 out. 2019: “Art. 37 [...] § 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.”

<sup>234</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.797*. Pleno. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 15 de setembro de 2005. [DJ 19-12-2006, p 37] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi2797celso.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2019. “[...] IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade. [...] 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. [...]”

<sup>235</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. 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 e dá outras providências. Brasília:

que conceitua agentes públicos como “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, [...] mandato [...] nas entidades mencionadas no artigo anterior”<sup>236</sup>.

Portanto, a clareza do diploma legal não deixa dúvidas quanto à possibilidade de aplicação da Lei no 8.429/1992 a agentes políticos, incluído, portanto, o prefeito municipal e seus secretários. Essa posição, inclusive, é atualmente defendida pelas cortes pátrias<sup>237</sup>, merecendo destaque a recentíssima decisão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso extraordinário nº 976.566<sup>238</sup>, em que ficou sedimentada a possibilidade de penalização do prefeito municipal por atos de improbidade e por crime de responsabilidade, superando o entendimento citado alhures.

No mais, como sabiamente nos ensina Dallari, “[...] a responsabilidade é algo elementar ao sistema republicano, adotado em nossa Constituição [...]

---

Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm). Acesso em: 08 nov. 2019: “Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.”

<sup>236</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. 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 e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm). Acesso em: 08 nov. 2019: “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.”

<sup>237</sup> “[...] APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA A EX-PREFEITO, POR VIOLAÇÃO À LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. POSSIBILIDADE. [...] A Lei de Improbidade Administrativa é aplicável a ilícitos praticados por agentes políticos, ainda que por violação a atos de gestão fiscal, excetuando-se, apenas, aqueles agentes que, por força de disposição constitucional, possuem foro por prerrogativa de função em razão da prática de crimes de responsabilidade. Precedentes. [...]”, conf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp nº 1344725/RJ*. 1. Seção. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 27 de março de 2019. DJe 01/04/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/acordaos/>. Acesso em: 08 nov. 2019.

<sup>238</sup> “CONSTITUCIONAL. AUTONOMIA DE INSTÂNCIAS. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL E POLÍTICA ADMINISTRATIVA (DL 201/1967) SIMULTÂNEA À POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, DEVIDAMENTE TIPIFICADO NA LEI 8.429/92. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. [...] TESE DE REPERCUSÃO GERAL: “O processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 976566*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 de setembro de 2019. Processo Eletrônico Repercussão Geral – Mérito. Diário de Justiça eletrônico nº 210, de 25 de setembro de 2019. 26 set. 2019.



Tem que haver. Onde houver exercício de poder, haverá responsabilidade [...]”<sup>239</sup>.

Conclui-se, então, que ao lado dos crimes comuns e dos crimes de responsabilidade, que cominam rigorosas penalidades ao agente público, que age em desconformidade, praticando ato ilícito tipificado no Código Penal, na Lei nº 1.079/1950 e no Decreto-Lei nº 201/1967, a Constituição Federal previu, expressamente, a responsabilidade dos agentes políticos pelos atos de improbidade, condenando, além de atos ilegais, os atos imorais.

### 3.2 Os atos de improbidade e suas espécies

Neste tópico, serão analisadas as condutas listadas pela Lei 8.429/1992 como atos de improbidade.

Existem quatro categorias de atos que configuram improbidade administrativa, enumeradas entre os artigos 9º e 11, da LIA.

Essa lista, com exceção do art. 10-A, é exemplificativa, ou seja, outros atos que se enquadrem na definição de “enriquecimento ilícito”, “prejuízo ao erário” e “violação de princípio”, embora não estejam expressamente previstos na lei, podem ser entendidos como atos de improbidade administrativa.

Esse entendimento decorre da parte final do *caput* dos artigos, que trazem o termo “notadamente”, do qual decorre a noção de exemplificação, e não taxação<sup>240</sup>.

Importa notar a impossibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva, no que diz respeito aos atos tipificados na Lei de Improbidade Administrativa. Dessa maneira, não basta, apenas, que o ato seja ilegal ou imoral, mas que tenha sido querido pelo agente<sup>241</sup>. Assim, também, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.500.812<sup>242</sup>.

---

<sup>239</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Crime de responsabilidade do Prefeito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 31, n. 121 jan/mar. 1994, p. 55-59. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176147/000477761.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 01 de nov. de 2019, p. 55-56.

<sup>240</sup> DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 834.

<sup>241</sup> LEAL, Felipe Veit. O elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa e a sua comprovação. *Revista de Doutrina da 4. Região*. Porto Alegre, n. 50, out. 2012, p.3.

<sup>242</sup> “[...] 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Assim, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável, para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do artigo 10. [...]” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1500812/SE*. 2. Turma.

A responsabilidade, portanto, é sempre subjetiva, exigindo a presença de dolo ou culpa. Para as condutas dos art. 9º, 10-A e 11, é imprescindível que haja dolo na conduta do agente para se falar em responsabilização. A jurisprudência<sup>243</sup> aceita que o dolo seja genérico, não se exigindo que o agente tenha agido com intenção específica. Já para os atos listados no art. 10, é possível que se deem na modalidade culposa, também.

É oportuno, outrossim, observar que as condutas foram listadas de modo gradativo, da mais grave para a de menor gravidade. Assim, os atos que importam enriquecimento ilícito são mais graves do que os que causam prejuízo ao erário e aqueles decorrentes de concessão indevida de benefício financeiro e tributário, por sua vez, mais graves do que os atos que atentam contra princípios da Administração Pública. Essa gradação depreende-se da observação das sanções aplicadas aos atos, uma vez que as cominadas ao enriquecimento ilícito são mais duras do que as destinadas à violação de princípio.

Por fim, se uma mesma conduta se enquadrar em mais de uma categoria de ato de improbidade, a infração mais grave absorve a menos grave, aplicando-se, então, as penas daquele ato, como leciona Di Pietro.<sup>244</sup>

Passemos, assim, à análise individual de cada categoria de ato de improbidade administrativa.

### **3.2.1 Atos de improbidade administrativa que implicam enriquecimento ilícito**

No art. 9º, da Lei nº 8.429/1992, inicia-se a descrição dos atos de improbidade administrativa.<sup>245</sup> São, como já indicado, os atos mais graves, que

---

Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 21 de maio de 2015. [DJe 28/05/2015]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 08 nov. 2019.

<sup>243</sup> "[...] Conforme já decidido pela Segunda Turma do STJ (REsp 765.212/AC), o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico.[...]" BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 951.389/SC*. 1 Seção. Relator: Min. Herman Benjamin, 09 de junho de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 08 nov. 2019.

<sup>244</sup> DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 836.

<sup>245</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. 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 e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm). Acesso em: 08 nov. 2019: "Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em

têm como característica determinante o fato de o agente ímprobo se enriquecer ilicitamente. Em outras palavras, verifica-se, aqui, a percepção de quaisquer vantagens econômicas indevidas, como presentes e comissões, por exemplo, pelo agente público, que, então, age de forma ímproba no exercício de suas funções.

E por enriquecimento ilícito não se entende prejuízo aos cofres públicos. Basta que o agente tenha, ilicitamente, enriquecido, para que haja improbidade administrativa.

Ademais, de acordo com o *caput* do artigo e seus incisos, não é possível que uma atividade omissiva, ou seja, decorrente de omissão, resulte em enriquecimento ilícito. Assim, apenas condutas comissivas são capazes de ensejar a responsabilidade.

Por fim, destaca-se a necessidade de que a conduta, além de comissiva, seja dolosa, não bastando mera existência de culpa por parte do agente. Isso não importa dizer, todavia, que não é possível que o enriquecimento seja presumido. No inciso VII, do art. 9º, o legislador presumiu que o agente, ao

---

razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público; II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado; III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado; IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem; VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade; IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza; X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado; XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.”

adquirir bens com valor desproporcional à sua renda, obteve vantagem pessoal indevida.

### **3.2.2 Atos de improbidade administrativa que implicam um prejuízo ao erário**

No art. 10 estão os atos que causam lesão ao erário público.<sup>246</sup>

---

<sup>246</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. 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 e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm). Acesso em: 08 nov. 2019: “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie; IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado; V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado; VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea; VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente; VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento; X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público; XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular; XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente; XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades. XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; XIX - frustrar a licitude de processo seletivo para celebração de parcerias da administração pública com entidades privadas ou dispensá-lo indevidamente; XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; X - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias

Para configuração do ato, a conduta pode ser tanto omissiva, quanto comissiva, bem como é a categoria de atos de improbidade que aceita, além da conduta dolosa, que o agente tenha agido com culpa para ser responsabilizado.

A característica identificadora destes atos é a comprovação de dano ao erário público; são atos que ensejam a perda patrimonial, o desvio e a apropriação de bens ou haveres das entidades públicas.

### **3.2.3 Atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário**

Dispõe o art. 10-A, incluído na Lei nº 8.429/1992 em 2016, que a concessão indevida de benefícios financeiros e tributários, referentes ao Imposto sobre serviço de qualquer natureza (ISSQN), constitui ato de improbidade.<sup>247</sup>

Tais benefícios dizem respeito à diminuição da alíquota mínima de ISSQN, bem como à concessão de isenções ou diversos benefícios fiscais e financeiros que acarretem uma menor carga tributária municipal.

É um ato de improbidade típico de prefeitos municipais, uma vez que o imposto em questão é de competência dos municípios. Assim, como só este ente pode legislar quanto aos benefícios fiscais de ISSQN, só o chefe do Executivo pode incorrer no ato do art. 10-A. Ademais, é uma medida que visa evitar a guerra fiscal entre os municípios, através da concessão de benefícios fiscais de ISSQN, mantendo-se a hegemonia do sistema.

---

firmadas pela administração pública com entidades privadas; XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular; XI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

<sup>247</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. 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 e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm). Acesso em: 08 nov. 2019: “Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.”

### **3.2.4 Atos de improbidade administrativa que implicam violação aos princípios da Administração Pública**

Por fim, temos a improbidade prevista no art. 11, que é, dentre as já citadas, a de menor gravidade.<sup>248</sup>

Dispõe o *caput* do artigo que, qualquer conduta omissiva ou comissiva, que importe ofensa aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, constitui ato de improbidade. Esse rol de princípios, todavia, não é taxativo, ou seja, entende-se que todo e qualquer princípio da Administração que vier a ser violado pode ensejar responsabilidade por ato de improbidade.<sup>249</sup>

Não se pode olvidar, todavia, que a conduta tem que ser dolosa, para que haja responsabilidade por improbidade. E nem toda violação dolosa caracteriza ato de improbidade. É preciso, ainda, conforme entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, que a conduta “[...] tenha origem em conduta desonesta, ardilosa, denotativa de falta de probidade do agente público”<sup>250</sup>.

---

<sup>248</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. 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 e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm). Acesso em: 08 nov. 2019: “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV - negar publicidade aos atos oficiais; V - frustrar a licitude de concurso público; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço; VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.”

<sup>249</sup> DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 834.

<sup>250</sup> “[...] No caso, o Tribunal de origem reconheceu a dispensa indevida de licitação. Contudo, concluiu pela “inexistência de indícios de dolo ou culpa grave ao se dispensar a licitação na hipótese em comento”. Segundo o acórdão recorrido, “ainda que se possa cogitar de quebra de competitividade, em virtude de não terem sido analisadas todas as opções disponíveis no mercado, a conduta do agente público deve ser analisada à luz do princípio da legalidade. Ocorre que nem toda violação ao princípio da legalidade configura ato de improbidade administrativa. É imprescindível à sua tipificação que o ato ilegal tenha origem em conduta desonesta, ardilosa, denotativa de falta de probidade do agente público”. Nesse contexto, registra que “não há elemento probatório indicativo nos autos de que os demandados, culposamente, criaram uma situação emergencial para causar prejuízo ao erário. Na verdade, houve uma sucessão de pendências e erros na realização do processo licitatório e na sua agilização que causou uma

Portanto, além da conduta dolosa, é necessário que ela seja, também, imoral. Aqui, não é necessário o efetivo prejuízo ao erário para caracterização de improbidade.

### **3.3 Dos princípios fundamentais do regime sancionador da lei de improbidade administrativa**

Neste último tópico, serão analisadas as sanções aplicadas aos atos de improbidade, bem como os princípios que norteiam essa aplicação. Por fim, será analisada a extensão da responsabilidade do prefeito municipal por atos de seus secretários.

A doutrina pátria entende que há, no ordenamento jurídico pátrio, normas que se aplicam a todas as esferas de responsabilidade, seja ela administrativa, civil ou penal.

A esse regime jurídico comum punitivo, previsto na Constituição Federal, Osório<sup>251</sup> chama de “Direito Processual Punitivo”, enquanto Blanchet e Gabardo<sup>252</sup> fazem referência a “Direito Constitucional Sancionatório”. A ideia, contudo, é a mesma, de que há um núcleo de responsabilização comum a todas as esferas.

Isso decorre do fato de que, na sua essência, os delitos administrativos, civis ou penais são iguais, já que o conceito de antijuridicidade é o mesmo aos mais variados ramos do Direito.

Dessa maneira, os princípios constitucionais que regem a cominação de penas, como o da presunção da inocência e o da individualização da pena, são aplicáveis a todas as esferas de responsabilidade, e não só à penal<sup>253</sup>.

Passemos, então, às sanções previstas na Lei de improbidade administrativa.

---

ilegalidade a ser corrigida, se ainda não o foi." [...] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1274653/RS*. 2. Turma Relatora: Min. Assusete Magalhães, 13 de novembro de 2018. [DJe 21/11/2018]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 08 nov. 2019.

<sup>251</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 408-409.

<sup>252</sup> BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012. p. 131

<sup>253</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 19.

### 3.3.1 Sanções da Lei de Improbidade

Antes de adentrarmos na análise dos princípios, é necessário indicar as sanções previstas no art. 12, da Lei nº 8.429/1992.

Para cada ato de improbidade administrativa há, no art. 12, a previsão de sanções aplicáveis.<sup>254</sup>

As sanções podem ser aplicadas de modo isolado ou cumulado. Tendo em vista a extensão e gravidade do ato, é possível aplicar uma ou várias das penalidades, previstas no art. 12, *caput*. É possível, todavia, encontrar posição minoritária que defende a impossibilidade de aplicação conjunta de todas as sanções previstas em lei, já que a Constituição Federal, expressamente, lista quais são as penalidades aplicáveis àquele que pratica ato ímprobo<sup>255</sup>. Tal posição não é a adotada, tendo em vista a claríssima redação do art. 12, da LIA, bem como a determinação constitucional de gradação das penalidades.

---

<sup>254</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. 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 e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm). Acesso em: 08 nov. 2019: “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: 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. 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.”

<sup>255</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. A sentença condenatória na ação de improbidade administrativa: Profundidade e extensão das sanções. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 43, n. 170 abr./jun. 2006, p. 57-73. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496902/RIL170.pdf?sequence=1#page=56> Acesso em: 01 nov. 2019, p. 61.



Nessa esteira de cotejar a LIA e a Constituição Federal, percebe-se que a lei extrapolou as penalidades previstas no texto constitucional, sem que isso, contudo, configure inconstitucionalidade. O comando constitucional é o mínimo aceitável quanto às penalidades aos atos ímprobos; quis o legislador alargá-lo, para aumentar a proteção do patrimônio público, estipulando a devolução de bens e repreender a conduta, com a cominação de multa. Não há, portanto, inconstitucionalidade no rol trazido pela Lei 8.249/1992.

Destaca-se, ainda, que, conforme dispõe o *caput* do artigo, as penas por improbidade administrativa não impedem que o agente seja, pelo mesmo ato, responsabilizado nas esferas penal, civil e administrativa, reforçando a independência das instâncias de responsabilização já citada em tópico próprio.

A primeira sanção prevista é a perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente. É a consequência natural decorrente da prática de enriquecimento ilícito e de dano ao erário público, previstos nos art. 9º e art. 10, LIA, respectivamente, que objetiva a recomposição patrimonial do Estado.

A referida sanção trata-se apenas de uma devolução do que foi acrescido, às custas de lesão ao patrimônio público, nas contas do agente ímprobo. Importante ressaltar que a obrigação de devolver pode ser transferida aos herdeiros do agente, até o limite do valor da herança, o que reforça a natureza civil das penas por atos de improbidade.

A segunda modalidade de sanção é o ressarcimento integral do valor do dano, aplicado aos atos do art. 10, que sempre decorrem do dano ao erário público, e aos atos dos art. 9º e 11, quando houver dano a ser ressarcido. Também é transferível aos herdeiros do agente.

De acordo com o posicionamento recente exarado pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>256</sup>, o ressarcimento não pode ser entendido como pena e, portanto, aplicado isoladamente, uma vez que é mera consequência do ato

---

<sup>256</sup> “[...] AGENTE POLÍTICO. LEI 8.429/1992. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ÚNICA PENALIDADE APLICADA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. [...] O STJ tem assentado o entendimento de que o ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência incontornável do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992. [...]” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1761202/MG*. 2. Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin, 27 de novembro de 2018 [DJe 11/03/2019]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 08 nov. 2019.

ímpuro, que causa prejuízo ao erário. Deve, portanto, estar sempre acompanhado de outra penalidade prevista em lei.

O ressarcimento não se confunde com a pena de perda de bens, uma vez que pode haver dano ao erário sem que haja, necessariamente, enriquecimento ilícito do agente. São, portanto, penas independentes.

Ademais, todo e qualquer dano deve ser reparado, não estando a sanção limitada aos danos materiais suportados pela Administração Pública. Os danos morais, que atingem a honra da repartição, também são passíveis de reparação em uma ação de improbidade administrativa<sup>257</sup>.

A doutrina, lista, ainda, como danos passíveis de indenização os suportados por terceiros, quando o agente ímpuro exige dinheiro para praticar um ato gratuito, lesando aquele que teve que pagar pelo serviço público, e os danos morais coletivos, uma vez que toda a sociedade sofre quando os agentes públicos atentam contra a moralidade administrativa<sup>258</sup>.

A terceira penalidade é o pagamento da multa civil. Aplica-se a todos os atos de improbidade, sendo graduada de acordo com a gravidade da conduta. Quando se penaliza o enriquecimento ilícito, é de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial; na hipótese de dano ao erário, é de até duas vezes o valor do dano; no caso de violação de princípios, é de até cem vezes o valor da remuneração do agente e, por fim, na situação prevista no art. 10-A, é de até três vezes o valor do benefício fiscal concedido.

A multa tem como objetivo a repressão e a prevenção dos atos de improbidade administrativa.

A quarta espécie é a perda da função pública, sanção também aplicada a todos os casos de improbidade, previstos em lei. Regra geral, a perda da função pública é decretada pelo Poder Judiciário e, nos casos de improbidade administrativa, este é, de fato, o único órgão que pode assim se manifestar.

No entanto, dada a independência das esferas, o mesmo ato pode ensejar a responsabilidade administrativa do agente e, ter como pena, se prevista no estatuto próprio daquele servidor, a demissão. Portanto, apesar de só o Poder Judiciário poder determinar, em ações de improbidade administrativa,

---

<sup>257</sup> DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 835.

<sup>258</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. A sentença condenatória na ação de improbidade administrativa: Profundidade e extensão das sanções. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 43, n. 170 abr./jun. 2006, p. 57-73. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496902/RIL170.pdf?sequence=1#page=56> Acesso em: 01 nov. 2019, p. 64.

a perda da função, essa penalidade também pode ser aplicada internamente, em processo administrativo disciplinar, com a demissão do servidor que violar algum dever funcional.

A razão de tal penalidade reside no fato de ser incompatível com os princípios que norteiam a Administração Pública a manutenção de um agente ímprobo nos seus quadros<sup>259</sup>. Se, para entrar no serviço público é necessário ter uma conduta moral ilibada, para se manter como funcionário público deve ser exigido o mesmo requisito. Portanto, quem macula a moralidade administrativa, não pode continuar a desempenhar funções públicas.

A quinta sanção é a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios.

É, também, destinada a todos os atos de improbidade, com exceção do art. 10-A, variando o prazo conforme a gravidade do ato:

- a) dez anos para atos que importem em enriquecimento ilícito;
- b) cinco anos para os atos que envolvam danos ao erário público; e
- c) três anos para os casos de ofensa a princípio da Administração Pública.

A LIA, ainda, estende essa penalidade à pessoa jurídica da qual o agente ímprobo seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. E a doutrina defende que a pessoa do cônjuge, nos casos de casamento em comunhão de bens, haja vista a existência de comunicabilidade patrimonial entre os cônjuges, também não seja destinatária de benefícios fiscais por igual período<sup>260</sup>.

Por fim, a última penalidade é a suspensão dos direitos políticos, prevista no texto constitucional, aplicada a todos os atos de improbidade e que varia de acordo com a gravidade da conduta. Assim, para os atos do art. 11, o prazo é de três a cinco anos; para os elencados no art. 10 e no art. 10-A, o prazo é de cinco a oito anos; e para as situações previstas no art. 9º, a suspensão pode variar entre oito a dez anos.

Destaca-se que os direitos políticos não se perdem, uma vez que são a forma de exercício da cidadania, direito este fundamental. Assim, nenhum diploma legal poderia retirar os direitos políticos do cidadão, indefinidamente, ou,

---

<sup>259</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. A sentença condenatória na ação de improbidade administrativa: Profundidade e extensão das sanções. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 43, n. 170 abr./jun. 2006, p. 57-73. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496902/RIL170.pdf?sequence=1#page=56> Acesso em: 01 nov. 2019, p. 65.

<sup>260</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 178.

sequer, limitá-los, além das situações elencadas pela Constituição Federal. Por essa razão, a previsão da Lei 8.429/1992 não é inconstitucional, tendo em vista a redação do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, bem como a disposição expressa quanto a essa possibilidade no art. 15, inc. V<sup>261</sup> do mesmo diploma.

Encerrada a discussão quanto às sanções por improbidade, passemos à análise dos princípios constitucionais aplicados à cominação de penas na LIA.

### **3.3.2 Princípio fundamental da presunção de inocência**

Dispõe a Constituição Federal, no art. 5º, inc. LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Essa máxima constitucional é compreendida como o princípio da presunção da inocência.

Segundo tal princípio, uma dúvida não pode autorizar uma sentença condenatória. Seja dúvida quanto aos fatos, seja quanto ao direito aplicado, o fato é que não se pode decidir contrariamente ao réu, sem que haja certeza na condenação. Em outras palavras, havendo incerteza, deve haver absolvição.

É um princípio entendido como uma garantia genérica do ser humano, estendida a todos os acusados, em qualquer esfera de responsabilidade, para proteção do direito fundamental da liberdade, outorgado aos cidadãos<sup>262</sup>.

A doutrina identifica três significados para o princípio da presunção da inocência, quais sejam:

- a) como regra de tratamento, impedindo que o acusado seja tratado como condenado, antes do trânsito em julgado;
- b) como fundamento do processo penal, destinando-se a proteger os direitos do acusado; e

---

<sup>261</sup> “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.” BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 out. 2019.

<sup>262</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 410.

- c) como regra de juízo, impondo à acusação a tarefa de provar a culpabilidade do acusado e, ao juiz, o dever de absolvição quando a acusação não for capaz de comprovar suas alegações<sup>263</sup>.

Como já salientado, por ser um princípio constitucional, aplica-se ao ordenamento jurídico como um todo. Ou, deveria ser aplicado. Há, é verdade, uma certa semelhança entre o princípio e o que dispõe o art. 20 da LIA<sup>264</sup>, quanto à necessidade de se aguardar o trânsito em julgado para que haja perda da função e suspensão dos direitos políticos. No entanto, o que se verifica, no âmbito da responsabilidade por improbidade administrativa, é um desrespeito a tal princípio. Já na capitulação dos ilícitos da LIA, há situações, respaldadas pela jurisprudência pátria, que presumem o ato de improbidade do agente, como a aquisição de bens cujo valor seja desproporcional à renda do agente público (art. 9º, VII) e dano ao erário, presumido em virtude de dispensa de licitação (art. 10, inc. VIII), em total descompasso com o que determina o princípio da presunção de inocência.

No caso tratado neste trabalho, que diz respeito à responsabilidade do prefeito por atos de seus secretários, estudado com mais vagar em tópico próprio, o que se verifica é uma inversão do ônus probatório. Cabe ao alcaide demonstrar que não é responsável pelos atos de seus secretários, ao invés de um esforço da acusação em demonstrar a efetiva ligação entre o ato ímprobo e o prefeito.

Há uma nítida violação da terceira faceta do princípio da presunção de inocência. Com base nesse princípio, nos casos em que não houver efetiva demonstração da acusação, o acusado deve ser julgado inocente. O dano é presumido, não se eximindo a parte acusatória de dimensionar, especificamente, em que momento se deu a conduta danosa do prefeito.

A inversão do ônus da prova se baseia em uma presunção de dano, pelo legislador ordinário. Presumir o dano é, em última análise, presumir a culpabilidade do agente, o que, como demonstrado, é inviável no ordenamento

---

<sup>263</sup> CAMARGO, Mônica Ovinski de. *Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre libertar e punir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 57-58.

<sup>264</sup> “Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.” BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. 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 e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm). Acesso em: 08 nov. 2019:

jurídico brasileiro, inclusive, em sede de improbidade administrativa. A LIA, como visto, não envolve, apenas, situações de reparação civil, mas penalidades duras como suspensão dos direitos políticos e perda da função pública. Dessa maneira, não há como se afastar a presunção de inocência, prevista no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal.<sup>265</sup>

O que se presume pelo art. 5º, inc. LVII, da CF/1988, é a inocência, e nunca a culpa dos acusados.

### **3.3.3 Princípio fundamental da individualização da pena**

A individualização da pena é, igualmente, um dos princípios norteadores da atividade sancionatória do Estado, estando prevista na Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º: [...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Da redação, acima, extrai-se o entendimento de que somente pode sofrer sanção o autor ou o partícipe do fato punível. Ao terceiro, alheio à prática do ato, portanto, não pode ser imputada pena.

Da mesma forma com que se dá o princípio da presunção de inocência, a individualização da pena também é corolário do Direito Administrativo Sancionador, já que não se aplica, apenas, ao Direito Penal. Se assim o fosse, apenas no processo-crime haveria garantias ao réu, ideia que não se sustenta, quando se interpreta a lógica do Direito<sup>266</sup>.

E, da mesma forma com que se dá com a presunção da inocência, há na LIA dispositivo que prevê penalidade à pessoa diferente da que incorreu no ato de improbidade. É o que ocorre com o art. 12, inc. III, que impede que a pessoa jurídica, da qual o agente ímprobo seja sócio, receba incentivos fiscais.

---

<sup>265</sup> NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 235, p. 61-92, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45126>>. Acesso em: 01 de nov. de 2019, p. 70.

<sup>266</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 96

Ora, a sociedade empresária não é uma extensão da pessoa física de seu sócio. São pessoas jurídicas diferentes. Assim, ao penalizar a sociedade por atos de seu sócio, acaba por penalizar, também, outros sócios que não incorreram no ato ilícito e terão sua atividade empresarial dificultada.

Ocorre que a pena não pode, sobremaneira, atingir terceiros que não cometeram o ato ilícito. A pena é uma retribuição ao autor de uma infração cometida, o que demonstra a inconstitucionalidade do dispositivo, ora em comento.

O princípio da individualização da pena determina, ainda, que deve haver proporcionalidade com o crime praticado, já que há certas circunstâncias que justificam o aumento ou a diminuição da pena. De forma pormenorizada, o Código Penal<sup>267</sup> traz situações que majoram ou diminuem a pena aplicada. Já a LIA não prevê as hipóteses que aumentam ou atenuam a pena, dispondo que as sanções devem ser variadas de acordo com a gravidade do ato, a extensão do dano e o proveito patrimonial do agente público. As penas, assim, sempre que possível, devem ser proporcionais ao ilícito ocorrido.

Analisando o problema tratado neste trabalho à luz deste princípio, temos que há violação à individualização da pena com a responsabilização dos prefeitos quanto aos atos de seus secretários. Decorrendo, também deste exercício, alguns questionamentos: como pode o alcaide ser responsável civilmente por atos que desconhecia? E mais, como é feita dosimetria de sua pena, se não teve proveito patrimonial com o ato ímprobo?

Percebe-se, assim, que quando o alcaide responde por atos de seus secretários há uma inegável ofensa à individualização da pena, a uma, porque é um terceiro alheio à prática do ato de improbidade que acaba por ser responsabilizado solidariamente com o agente ímprobo; a duas, porque não há como se dosar, razoavelmente, a pena do prefeito, uma vez que não houve proveito patrimonial.

Ainda, quanto aos requisitos de gravidade do ato e extensão do dano, como se calcula a sanção a ser aplicada ao prefeito? Com base no ato de seu secretário? Em outras palavras, a pena aplicada ao alcaide vai ser calculada com base em circunstâncias individuais de um terceiro, em completo alvedrio ao

---

<sup>267</sup> Vide artigos 59, 61, 62, 65 e 66 do BRASIL. *Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em: 08 nov. 2019.

que dispõe a Constituição Federal? Dúvida instigante, que a própria doutrina vem manifestando de forma contundente.

Como ensina Fazzio Junior, “a individualização da pena é obrigação constitucional. Nivelar condutas emanadas de ânimo diverso seria contrariar a proporcionalidade que integra a isonomia”<sup>268</sup>. Em outras palavras, não podem circunstâncias específicas de terceiros incorrerem na individualização da pena do acusado, como se dá na relação de secretários e prefeito.

E a situação é ainda mais sensível quando se analisa que uma das penas da LIA é a suspensão dos direitos políticos. Assim, é possível que o exercício da cidadania seja momentaneamente retirado de alguém, por ato cometido por terceiro, o que viola princípios básicos do ordenamento jurídico.

Cita-se, ainda, a postura do Supremo Tribunal Federal, que na AP 409, concluiu que a responsabilidade criminal do prefeito municipal não pode ser presumida, sob pena de se admitir responsabilidade penal objetiva, decorrente, exclusivamente, do cargo público assumido.<sup>269</sup> Portanto, se não se pode presumir, na esfera penal, a responsabilidade do prefeito, tal entendimento deve ser estendido à interpretação da LIA.

No próximo tópico, serão estudadas as bases doutrinárias que têm justificado a responsabilização do prefeito por atos cometidos por seus secretários.

### **3.3.4 Do elemento subjetivo na ação de improbidade: voluntariedade e culpabilidade**

Apesar da inexistência de lei, determinando a obrigação solidária entre prefeitos e secretários, pelos atos destes, o fato é que os tribunais pátrios, sejam eles administrativos ou judiciais, têm entendido no sentido de responsabilizar o alcaide por atos de seus auxiliares diretos.

---

<sup>268</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos: de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 115.

<sup>269</sup> “[...] Não se pode, é certo, presumir a responsabilidade criminal daquele que se ache no cargo de Prefeito municipal, em função apenas dessa titularidade. Inrepação mecânica ou linear que redundaria na aplicação da inadmissível figura da responsabilidade penal objetiva. Se se prefere, implicaria presumir a responsabilidade penal objetiva em razão da simples titularidade do cargo público.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 409-CE*. Pleno. Relator: Min. Aires Britto, 13 de maio de 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2413259>. Acesso em: 08 nov. 2019.



É, por exemplo, o que defende o Tribunal de Contas da União, que aplica multas ao prefeito, signatário dos acordos firmados com a União Federal, mesmo que o projeto tenha sido tocado por um secretário municipal, vejamos:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO DE CONVÊNIO. NEGADO PROVIMENTO. 1. A delegação de competência não transfere a responsabilidade para fiscalizar e revisar os atos praticados. 2. O Prefeito é responsável pela escolha de seus subordinados e pela fiscalização dos atos por estes praticados. Culpa *in eligendo* e *in vigilando*.<sup>270</sup>

Inúmeros são os exemplos dos Tribunais de Contas dos Estados, que seguem a mesma linha argumentativa esposada pelo TCU: o prefeito, mesmo que não realize pessoalmente o ato ilegal, responde solidariamente com seus secretários, por *culpa in eligendo* e *in vigilando*.

As chamadas culpa em eleger (*in eligendo*) e culpa em fiscalizar (*in vigilando*), são conceitos extraídos da doutrina civil e que têm natureza de negligência, ou seja, é omissão do agente em realizar seu dever com as devidas precauções.<sup>271</sup> Gera, nos termos do art. 186<sup>272</sup> do Código Civil, o dever de indenizar aquele que, eventualmente, sofra dano decorrente de uma conduta negligente do autor.

Assim, entendem os tribunais administrativos que o prefeito municipal responde, mesmo que não tenha diretamente realizado o ato irregular, porque foi omisso no seu dever de bem escolher seus secretários e de fiscalizar suas atividades.

De fato, é função do prefeito, agente superior na organização municipal, realizar a fiscalização hierárquica de seus auxiliares diretos e servidores<sup>273</sup>. Mesmo quando delega parte de suas funções a seus secretários, ainda assim responde o prefeito, porque o que se transfere na delegação é a autoridade, e não a responsabilidade. O prefeito mantém o dever de fiscalização

---

<sup>270</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 001.796/2000-4. Relator Guilherme Palmeira, 16 de maio de 2006. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/>. Acesso em: 08 nov. 2019.

<sup>271</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. I, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 120/121.

<sup>272</sup> “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.” BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 04 nov. 2019.

<sup>273</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p.129.

das atividades de seus subordinados, respondendo por omissões que resultem em consequências jurídicas relevantes, como, por exemplo, os atos de improbidade<sup>274</sup>.

Necessário, ainda, destacar as palavras de Hely Lopes Meirelles, ao analisar a figura do prefeito municipal:

Claro está que o prefeito não realiza pessoalmente todas as funções do cargo, executando aquelas que lhe são privativas e indelegáveis e traspassando as demais aos seus auxiliares e técnicos da Prefeitura (secretários municipais, diretores de departamentos, chefes de serviços e outros subordinados). Mas todas as atividades do Executivo são de sua responsabilidade direta ou indireta, quer pela sua execução pessoal, quer pela sua direção ou supervisão hierárquica.<sup>275</sup>

Assim, para o renomado administrativista, mesmo que o prefeito não realize, pessoalmente, todas as funções do cargo, responde, direta ou indiretamente, pela supervisão hierárquica dos atos delegados aos seus secretários.

Não há reparos na posição colacionada acima, de fato, o prefeito deve responder pelos atos lesivos ao Município. O que não se concorda, todavia, é que o prefeito responda por atos de improbidade, realizados por seus secretários.

Caso um secretário aja de forma a lesar o município, autorizando despesas ilegais, violando princípios administrativos, ou qualquer outro ato ilícito, a responsabilidade por omissão do prefeito pode ser investigada e, inclusive, punida, mas em um processo próprio. O que não se defende é que o prefeito responda solidariamente com o secretário, como se tivesse participado da realização do ato ilícito deste.

É certo que uma eventual responsabilidade por falha no dever de fiscalizar é menos grave do que realizar condutas ímprobas. No entanto, não tendo participado o prefeito do ato irregular, não há como se cogitar de sua responsabilidade nos mesmos termos da de seus auxiliares, sob pena de ofensa aos princípios, já citados, de presunção de inocência e, principalmente, da individualização da pena.

---

<sup>274</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>275</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 739.

No mais, como já explicado em tópico próprio, a maior parte dos atos de improbidade são da modalidade dolosa, ou seja, o agente deve desejar agir de modo contrário à moralidade pública.

Defender a responsabilização solidária do prefeito por atos de seus secretários é desvirtuar todo o sistema sancionatório previsto na LIA, que expressamente determina a necessidade de dolo para a grande maioria dos atos de improbidade. É, ainda, defender a responsabilização objetiva do prefeito, o que é absolutamente vedado em sede de atos de improbidade, já que o critério volitivo não foi analisado.

Filiamo-nos, assim, ao escólio que José Nilo de Castro, que, analisando o julgamento de contas municipais, ato que muitas vezes enseja a responsabilidade solidária do prefeito, defende que o ordenador de despesas é a autoridade que determina, expressa e formalmente, que seja realizado o gasto<sup>276</sup>. Esse ordenador não se centra na figura do prefeito, mas engloba todos com poderes de decisão dentro do município, como o presidente da Câmara Municipal, os diretores de autarquias e os delegatários. Portanto, quem expressamente cometeu o ato deve responder por ele, não se concebendo a inclusão do prefeito municipal no polo passivo de todas as ações de improbidade que ocorrerem no período de seu mandato.

Conclui-se, assim, que não há no ordenamento jurídico brasileiro autorização para que o prefeito municipal responda por atos de improbidade de seus secretários. Seja por violação a princípios norteadores da atividade sancionatória do Estado, seja por completa ausência de análise do critério volitivo na conduta do prefeito. O fato é que o prefeito não pode responder de forma ilimitada por todos os atos ímprobos ocorridos durante sua gestão. Todo arcabouço constitucional e legal conferido à penalização dos atos de improbidade é desconsiderado ao se culpar o prefeito por atos que ele não cometeu.

No próximo capítulo, será analisada a jurisprudência pátria quanto ao tema.

---

<sup>276</sup> CASTRO, José Nilo de. *Julgamento das contas municipais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 14-22.

## Capítulo 4

### EVENTUAL RESPONSABILIDADE DO PREFEITO PELOS ATOS DE SEUS SECRETÁRIOS

Neste capítulo, dissertar-se-á sobre a possibilidade do prefeito ser responsabilizado, conjuntamente com seu secretário municipal, por ato cometido, exclusivamente, pelo agente subordinado, no âmbito da improbidade administrativa. Para este estudo foi realizado o levantamento jurisprudencial, junto aos tribunais de segunda instância e ao Superior Tribunal de Justiça.

Antes de fazer a análise jurisprudencial dos julgados selecionados, cabe aqui, preliminarmente, expor a metodologia utilizada para composição do extrato de pesquisa.

Abordando os métodos utilizados nesta pesquisa, esclarecemos que de acordo com Gustin & Dias<sup>277</sup>, as mudanças ocorridas na sociedade nas últimas décadas levaram a um processo de complexificação que apresenta:

[...] novos poderes e fragilidades [e] vem valorizar a necessidade de investigações que se pautem por novas metodologias, novos temas como foco de estudo e a delimitação de objetos de pesquisa que exigem problematizações e teorias explicativas de conteúdos cada vez mais complexos.<sup>278</sup>

Nesse sentido, a opção metodológica escolhida para a presente pesquisa, foi pela vertente jurídico-dogmática, que estuda “[...] os elementos internos ao ordenamento jurídico [...] com a avaliação das estruturas interiores ao ordenamento jurídico”<sup>279</sup>.

A presente dissertação utiliza uma abordagem teórica e jurisprudencial com reflexões críticas, adotando então uma metodologia jurídico dogmática, onde tem, na pesquisa bibliográfica e análise documental, os instrumentos necessários para comprovação de suas conclusões. A pesquisa bibliográfica caracteriza-se pela utilização de material elaborado, conforme delineado pelo doutrinador Antônio Carlos Gil<sup>280</sup>, destacando-se, nesse caso, especialmente a

---

<sup>277</sup> GUSTIN, Miracy B. S. *Repensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 272.

<sup>278</sup> GUSTIN, Miracy B. S. *Repensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 272.

<sup>279</sup> GUSTIN, Miracy B. S. *Repensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 272.

<sup>280</sup> GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo:Atlas, 1987, p. 44.

bibliografia relacionada às áreas de Direito Administrativo, Direito Constitucional e Direito Municipal.

A análise documental diferencia-se da pesquisa bibliográfica por trabalhar com materiais que não passaram ainda por um processo de análise, que é realizada ao longo da investigação<sup>281</sup>. Na pesquisa em questão, privilegia-se a Constituição Federal de 1988, as normas infraconstitucionais que versam a respeito da improbidade administrativa e os julgados relevantes coletados.

Aprofundado estudo foi realizado junto aos arquivos digitais dos tribunais pátrios, quanto ao entendimento dos julgadores em ações de improbidade que envolvem o secretário municipal como réu “principal” e o prefeito como um “terceiro” responsável pelo ato supostamente ilícito, cometido exclusivamente pelo subordinado.

O recorte jurisprudencial norteador da busca foi lastreado no período de 2015 a 2018, delineamento estabelecido em virtude da necessidade de uma pesquisa atualizada. A pesquisa foi realizada por meio do campo de pesquisa jurisprudencial nos sites do Superior Tribunal de Justiça,<sup>282</sup> dos Tribunais Regionais Federais<sup>283</sup> e dos Tribunais de Justiça<sup>284</sup> pátrios utilizando-se como chaves de pesquisas: **“a responsabilidade de terceiros”**; **“improbidade administrativa em face de prefeito municipal”**; **“atribuições exclusivas de secretários municipais”**.

A partir da coleta de dados, alcançou-se uma amostra de 200 (duzentos) julgados, entre decisões monocráticas, acórdãos em agravos, apelações e recursos especiais com julgamento de mérito.

Esclarece-se que a quantidade de 200 (duzentos) julgados é um panorama atualizado do Poder Judiciário brasileiro em decisões proferidas pelos tribunais regionais e STJ (desconsiderando os julgados de primeira instância),

---

<sup>281</sup> GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo:Atlas,1987, p. 46.

<sup>282</sup> Pagina eletrônica do campo de jurisprudência do sítio eletrônico do STJ: <http://www.stj.jus.br/SCON/>

<sup>283</sup> Sítios eletrônicos do TRF 1. Região, TRF 2. região , TRF da 3. região; TRF da 4. região, TRF da 5. região respectivamente disponíveis em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/>; <https://www10.trf2.jus.br/consultas>; <http://web.trf3.jus.br/base-textual>; <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=%201>; <https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/>. Acesso entre: 02 jan. 2019 a 10 set. 2019.

<sup>284</sup> Disponíveis em: <https://www.tjba.jus.br/jurisprudencia/>; <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>; <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>; [http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris); <http://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta>; [http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta\\_jurisprudencia/cons\\_jurisp.cfm](http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/cons_jurisp.cfm); <https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>; <https://www2.tjal.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>; <http://www.tjrn.jus.br/index.php/judicial/consultas>. Acesso em:

chegando-se a uma média proporcional aproximada de 98,5% (noventa e oito vírgula cinco por cento) de julgados pelos Tribunais de 2ª instância e de 1,5% (um vírgula cinco por cento) de julgados realizados do STJ. Toma-se como base de cálculo os valores absolutos de processos de improbidade administrativa, julgados pelos Tribunais e STJ, em cumprimento à Meta 4 citados nos últimos relatórios analíticos do CNJ lançados até 2019 (referentes a 2018, 2017, 2016 e 2015)<sup>285</sup>.

A Meta 4 é aquela voltada à celeridade na tramitação das ações de improbidade administrativa e das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública, onde se busca atender aos anseios da sociedade, que espera do Poder Judiciário resposta tempestiva nos processos que visam à persecução das condutas violadoras dos princípios da Administração Pública, dos deveres de probidade e da coisa pública<sup>286</sup>.

O judiciário engajado nessa meta desde 2013 (antiga Meta Nacional 18), definiu, de forma específica, que o STJ deveria julgar 90% das ações distribuídas até 31/12/2015 e 80% das ações distribuídas em 2016; que a Justiça Federal, deveria apreciar 70% das ações distribuídas até 31/12/2015 e a Justiça Estadual, 70% das ações distribuídas até 31/12/2015.

Para melhor entendimento de como a pesquisa foi realizada definiu-se o que era julgamento, considerando o conceito estabelecido pelo próprio CNJ que entende julgamento como a “primeira decisão tendente a pôr fim ao processo ou incidente”<sup>287</sup> em cada instância dos tribunais e são contemplados recursos e incidentes processuais. Como exemplos das ações<sup>288</sup> contempladas por essa meta, citam-se os seguintes: dano ao erário, enriquecimento ilícito, abuso de poder, crimes da Lei de Licitações, entre outros.

Nesta toada, a partir de dados fornecidos pelos tribunais<sup>289</sup> o panorama nacional mostra que, em 2018, de todo o passivo de 251.867 processos

---

<sup>285</sup> CNJ. *Relatório de Metas cumpridas*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/05/13926ffe304159519caed2b504923ff5.pdf>. Acesso em: 02 set. 2019.

<sup>286</sup> Relatório de Metas Nacionais do Poder Judiciário 2018. CNJ. Abril 2019, p. 25.

<sup>287</sup> Relatório de Metas Nacionais do Poder Judiciário 2018. CNJ. Abril 2019, p. 26.

<sup>288</sup> As tabelas das classes e assuntos dos processos e incidentes considerados no cálculo do acervo da Meta 4 e do volume de julgamento podem ser encontrados na íntegra no Glossário Nacional de Metas do Poder Judiciário – 2018.

<sup>289</sup> Observação realizada no Relatório de Metas Nacionais do Poder Judiciário 2018: Os Tribunais lançam os dados no Sistema de Metas Nacionais do Poder Judiciário. Ao acessá-lo, têm a possibilidade de inserir dados da Meta 4, separados por competência e por instância. Esses dados não têm vinculação com os do Relatório Justiça em Números, pois outra

distribuídos nos TJ's, TRF's e STJ foram julgados 38.001 relacionados à improbidade administrativa. O que representa que 15,08% das ações de improbidade administrativa foram julgadas em 2ª instância e no Superior Tribunal de Justiça.

No STJ, dos 609 processos de improbidade administrativa, distribuídos até a finalização do relatório em 2018, foram julgados 552, o que representa 90,64% de eficiência.

A Justiça Estadual apreciou 17.836 processos de improbidade administrativa de um total de passivo de 40.410, o que resultou em 44,14% de julgamentos.

A respeito da Justiça Federal, 19.613 processos julgados eram relativos à improbidade administrativa, de um passivo de 27.438, chegando a um percentual de 71,48% de julgamento.

Tomando como base os aludidos dados oficiais e, considerando somente os processos julgados, verifica-se que possuímos um total de ações de improbidade administrativa apreciadas pelos TJ's, TRF's e STJ no montante de 37.551 (soma dos 552 julgados pelo STJ, mais os 17.836 julgados pelos TJ's mais 19.613 julgados pelos TRF's). Destes, somente 1,47% (um vírgula quarenta e sete por cento), que equivalem a 552 processos em número absoluto, foram apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça e 98,53% (noventa e oito vírgula cinquenta e três por cento), que equivalem a 37.499 processos em número absolutos, foram avaliados pelos órgãos judiciários de segunda instância como Tribunais de justiça e Tribunais Regionais Federais.

Em um cenário de pesquisa de 200 processos, para fins de melhor entendimento iremos arredondar os percentuais para 1,5% de processos do STJ, o qual equivalerá ao julgamento de três improbidades administrativas e 98,5% de processos oriundo da segunda instância, equivalendo-se, em números absolutos, a 197 julgados.

Frente a este apanhado de julgados, analisou-se o objeto das decisões monocráticas e dos acórdãos, considerando-se como pilar do estudo, o que os julgadores apreciaram quando da verificação da responsabilização dos gestores

---

metodologia é aplicada no levantamento e na apuração dos dados, exceto na Justiça Estadual em que houve a parametrização.

públicos, em especial do prefeito e do secretário municipal, em demandas que os mesmos se encontravam como réus nas ações de improbidade.

#### **4.1 Levantamento jurisprudencial e a divergência de entendimentos no ordenamento jurídico brasileiro**

O levantamento jurisprudencial presente nesta dissertação demonstra, de plano, a presença de uma posição majoritária, mas não pacífica do Judiciário brasileiro, quando do enfrentamento de processos de improbidade administrativa.

Os tribunais pesquisados, em sua grande maioria, como registrado no item anterior, determinam a condenação conjunta entre os agentes públicos, independente da participação direta ou não do prefeito municipal.

Para o melhor entendimento, é importante relembrar a diferença crucial entre os três tipos de improbidade existentes na legislação:

- a) o art. 9º da LIA prevê que será condenado aquele servidor que enriquecer ilicitamente, devendo ser comprovado o dolo dos envolvidos;
- b) o art. 10 estabelece que aqueles que causarem prejuízos aos cofres públicos devem ser punidos, se for comprovada a culpa grave e/ou dolo de seus autores;
- c) no art. 11 sublinha-se que a violação aos princípios da boa administração são motivos para condenação por improbidade administrativa, se ficar demonstrado o dolo dos agentes públicos participantes.

Os tribunais, em sua maioria, julgam que nos casos concretos, tendo por base o artigo 9º da LIA, os prefeitos municipais somente são condenados, se ficar demonstrado, cabalmente, sua participação direta no ato ímprobo previsto neste dispositivo.

Quando é o artigo 10, o fundamento da decisão, o cenário já muda, uma vez que o gestor máximo da prefeitura poderá ser condenado se for omissivo em atos ilícitos cometidos, exclusivamente, pelos secretários municipais. Aqui, a “abstrata” culpa grave é um dos requisitos para aplicação da sanção. Veja que, neste caso, diferentemente do primeiro, o prefeito para ser condenado não



precisa ter realizado nenhum ato administrativo direto, referente ao referido ato ilícito.

Este ponto requer um pouco mais de atenção, pois uma vez atestado que a escolha política para aquele cargo foi referendada pelo gestor máximo da cidade (culpa *in eligendo*), tendo o prefeito falhado no seu dever obrigatório de fiscalização (culpa *in vigilando*) inerente ao seu cargo, a condenação do prefeito é certa. Mesmo, repito, que não tenha participado, em nenhum momento, diretamente do ato considerado ilegal. Apenas pelo fato de ter delegado competência a um subalterno direto.

No que se refere a análise do artigo 11, nota-se uma maior complexidade na busca do responsável legal pelo ato ilícito. Com base neste dispositivo legal, a simples violação a um dos princípios norteadores da Administração Pública poderá gerar uma condenação conjunta de prefeito e secretário, mesmo que nenhum dos dois tenha realizado algo ilegal. As infinitas interpretações ao que é uma violação de princípio torna a aplicação da sanção, baseada neste dispositivo legal, algo extremamente temerário, diante da total ausência de requisitos objetivos, para padronizar e limitar o que é improbidade.

As improbidades baseadas nesta última espécie são as que mais problematizam uma interpretação coerente. É neste ponto que se observa o limiar, descrito pelo saudoso Ministro Teori Zavascki<sup>290</sup>, entre a mera ilegalidade e improbidade. Limite tão tênue, que acaba por gerar diversos entendimentos quanto a aplicação de sanção ou não, nestes casos em concreto. Simples erros administrativos acabam por ser considerados atos ímprobos, gerando, com uma certa frequência, punições gravíssimas que vão da multa civil à perda de mandato eletivo.

Em todos os colegiados pesquisados há presença de posições contrárias, independente da espécie de improbidade. Em alguns tipos, observamos divergências bem discretas (quase imperceptíveis). Em outros, já se nota uma diversidade de entendimentos bem acentuada, ocasionando uma verdadeira sensação de insegurança aos agentes públicos.

---

<sup>290</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1163643/SP*. 1. Seção. Relator: Min. Teori Albino Zavascki, 24 de março de 2010. [DJe 30/03/2010]. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200902073858&dt\\_publicacao=30/03/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200902073858&dt_publicacao=30/03/2010). Acesso em: 08 nov. 2019.

#### **4.1.1 Entendimento nos tribunais de 2ª instância e Superior Tribunal de Justiça**

O levantamento jurisprudencial presente nesta dissertação demonstra, de plano, a presença de uma posição majoritária, mas não pacífica do judiciário brasileiro quando do enfrentamento de processos de improbidade administrativa.

Os tribunais pesquisados em sua grande maioria, como registrado no item anterior, determinam a condenação conjunta entre os agentes públicos, independente da participação direta ou não do prefeito municipal.

Para o melhor entendimento, é importante relembrar a diferença crucial entre os três tipos de improbidade existentes na legislação: o art. 9º prevê que será condenado aquele servidor que enriquecer ilícitamente, devendo ser comprovado o dolo dos envolvidos; no art. 10 legisla-se que aqueles que causarem prejuízos aos cofres públicos devem ser punidos, se for comprovada a culpa grave e/ou dolo de seus autores; por fim, no dispositivo legal enumerado 11, sublinha-se que as violações aos princípios da boa administração são motivos para condenação por improbidade administrativa, se ficar demonstrado o dolo dos agentes públicos participantes.

Os tribunais julgam, em sua maioria, em suma, que nos casos concretos envolvendo como fundamento o art. 9º da LIA, os prefeitos municipais somente são condenados se ficar demonstrado cabalmente sua participação direta no ato ímprobo previsto neste dispositivo. No art. 10, o cenário já muda, uma vez que o gestor máximo da prefeitura poderá ser condenado se for omissor em atos ilícitos cometidos, exclusivamente, pelos secretários municipais, já que a “abstrata” culpa grave é um dos requisitos para aplicação da sanção nos casos abrangidos pelo décimo artigo da LIA. Veja que, neste caso, diferentemente do primeiro, o prefeito para ser condenado não precisa ter realizado nenhum ato administrativo direto, referente ao referido ato ilícito.

Neste ponto se requer um pouco mais de atenção, pois uma vez atestado que a escolha política para aquele cargo foi referendada pelo gestor máximo da cidade (culpa *in eligendo*) e/ou o prefeito falhou no seu dever obrigatório de fiscalização (culpa *in vigilando*) inerente ao seu cargo, a condenação do prefeito é certa, mesmo, repito, que não tenha participado em nenhum momento diretamente do ato considerado ilegal, apenas pelo fato de ter delegado competência a um subalterno direto.

No que se refere a análise do art. 11, nota-se uma maior complexidade na busca do responsável legal pelo ato ilícito. Neste fundamento, a simples violação a um dos princípios norteadores da administração pública poderá gerar uma condenação conjunta de prefeito e secretário, mesmo que nenhum dos dois tendo realizado algo ilegal. As infinitas interpretações ao que é uma violação de princípio, torna a aplicação da sanção, baseada neste dispositivo legal, algo extremamente temerário, diante da total ausência de requisitos objetivos para padronizar e limitar o que é improbidade.

#### **4.2 A divergência jurisprudencial na improbidade administrativa e os reflexos no instituto da segurança jurídica**

A Lei de Improbidade Administrativa é omissa quanto a conceitos<sup>291</sup> claros e isto acaba por gerar diversas interpretações de seus dispositivos. Em um sistema dinâmico, que avança a cada dia, não houve, ainda, maturidade doutrinária suficiente sobre a aplicação da LIA, capaz de trazer segurança jurídica e por fim às complexas discussões.

Esta dificuldade em se encontrar o real norte e os limites da aplicação da Lei de Improbidade tem reflexos diretos na divergência jurisprudencial, conforme visto no presente estudo. Esse fato, que atesta a dissonância de entendimentos e, na maioria das vezes, totalmente opostos, resulta em consequências inimagináveis e grave insegurança jurídica para aqueles que atuam, gerindo o patrimônio público.

Não se pode esquecer que o administrador público atual, em especial o prefeito municipal, para conduzir uma gestão proba, precisa saber dos seus limites e das consequências de seus atos administrativos, como por exemplo, ter ciência se o seu subordinado agir em contrário a lei, sem o seu conhecimento, promoverá uma responsabilidade solidária aos dois.

Quando se assume uma gestão pública e inicia-se o manejo de recursos, o prefeito municipal necessita de uma certeza jurídica para tomar decisões de como usá-los. Além disso, na busca pela eficiência em seu governo, precisa delegar competências e outorgar autonomia administrativa e financeira a seus subalternos.

---

<sup>291</sup> Como assim o requer a boa técnica legislativa. Conceituar não é papel do legislador, mas dos doutrinadores que podem se debruçar sobre o tema.

Delegando-se atribuições e poderes, o gestor público máximo acaba transferindo responsabilidades e passa a se preocupar com outros afazeres cotidianos da rotina administrativa. Deixando de acompanhar de perto os atos realizados pelos seus secretários, até por ser fisicamente impossível esta supervisão, em especial nas grandes cidades brasileiras.

Os secretários municipais, por sua vez, quando assumem a pasta administrativa, possuem, em sua maioria, autonomia para o manejo de recursos públicos e para tomada de decisões administrativas. O cargo, em destaque, é a ponta da administração pública. É o representante de governo que atua junto aos empresários, fornecedores, servidores públicos e a população. É dos secretários a maioria das decisões internas de uma prefeitura, ficando o prefeito municipal responsável pelas determinações macro e que abrangem a administração como um todo.

Esta é a realidade legal da maioria dos municípios brasileiros. O Judiciário, entretanto, não a considera para apreciação das ações de improbidade. Neste sentido, faz-se necessário diferenciar os posicionamentos críticos dos tribunais regionais e o do STJ, no que concerne a cada espécie de improbidade.

#### **4.2.1 Enriquecimento ilícito**

A improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, fundamentada no art. 9º da LIA, é a que possui menor divergência jurisprudencial. Nesses casos, o prefeito municipal somente é condenado quando se comprova seu *animus* de cometer o ato ilícito. Isso, porque o referido dispositivo exige, objetivamente, que seja comprovado o dolo dos agentes envolvidos. Assim, a maioria dos julgados:

Trata-se na origem de Ação de Improbidade Administrativa movida contra o então prefeito e secretário municipal em razão de o segundo ter executado atividades médicas privadas concomitantemente com exercício do cargo de Secretário Municipal de Saúde, a despeito do regime de dedicação integral a que estava submetido.

[...]

O recurso deve ser acolhido parcialmente no tocante à alegada afronta aos arts. 9º, caput, XI, 10, caput, I, da Lei 8.429/1992, pois a conduta do recorrente não pode ser enquadrada simultaneamente em todas as três modalidades de improbidade descritas pela Lei 8.429/1992.

[...]

dou parcial provimento ao Recurso Especial para restringir a condenação do recorrente ao art. 11 da Lei 8.429/1992, bem como adequar pena imposta pela prática do ato ímprobo, afastando a de restituição dos valores recebidos pelo exercício do cargo de Secretário Municipal e impondo a sanção de multa civil, que deve ser arbitrada

em quatro vezes o valor da remuneração percebida pelo recorrente por ocasião do desempenho do citado cargo.<sup>292</sup>

Nota-se que o STJ, neste julgado, exclui a condenação pelo art. 9º, da LIA, anteriormente imposta, por considerar inexistente o dolo do prefeito municipal envolvido.

A tese oposta da possibilidade de condenação conjunta do prefeito e secretário, no que concerne ao art. 9º, não possui guarida e somente se arvora em julgados pontuais que resistem, apenas e ainda em primeira instância, sendo praticamente ausentes nos colegiados.

Conclui-se que nesta espécie de improbidade, que a divergência jurisprudência é mínima, sendo encontrado na pesquisa apenas um caso, diferentemente do que será observado quando da análise das demais a seguir.

#### **4.2.2 Dano ao erário**

No que se refere ao dano ao erário público, previsto no art. 10 da Lei 8.429/1992, verifica-se grande divergência, quando da discussão da aplicação da culpa aos agentes públicos integrantes da lide. Nota-se dois tipos de posicionamentos colidentes. No primeiro deles, condena-se, em conjunto, o prefeito e o secretário, baseando-se na culpa “grave” de ter eleito este subalterno ao cargo de confiança e em razão de ter delegado atribuições e não ter feito a devida fiscalização:

É inegável que as atividades do Poder Executivo municipal são de responsabilidade, direta ou indireta, do prefeito, seja pelo desempenho de suas funções, seja pela responsabilidade na indicação e no dever de direção ou supervisão de seus subordinados, ou seja, *in eligendo* e *in vigilando*. Portanto, quando as decisões dos subordinados resultarem em movimentações financeiras desautorizadas por lei ou em descumprimento de obrigações decorrentes do repasse de recursos repassados por outro ente federativo, qualifica-se a negligência do superior hierárquico, no caso, o réu/prefeito.

[...]

condenar o ex-prefeito pela prática de improbidade administrativa capitulada no art. 10, inciso XI da Lei 8.249/92, cujas sanções, devem ser aplicadas na seguinte medida: a) suspensão dos direitos políticos, pelo prazo de 06 (seis) anos; b) pagamento de multa civil estabelecida no equivalente a 2 (duas) vezes a remuneração que recebia quando ocupava o cargo de Prefeito do Município de São Cristóvão/SE, devidamente atualizados conforme Manual de Cálculos da Justiça Federal; c) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente;

---

<sup>292</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1737642/PR*. 2. Turma. Relator: Min. Herman Benjamin, 26 de fevereiro de 2019. [DJJe 12/03/2019]. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201800880508&dt\\_publicacao=12/03/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800880508&dt_publicacao=12/03/2019). Acesso em: 08 nov. 2019.

ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 (cinco) anos.<sup>293</sup>

Entretanto, com certa frequência, se observa um posicionamento diverso do transcrito acima, quando o julgador considera que a mera nomeação de um secretário não é requisito próprio para aplicação de sanção ao prefeito municipal, como se observa no julgado do Tribunal de Justiça do Ceará<sup>294</sup>.

#### **4.2.3 Violação aos princípios da boa administração**

Em referência ao art. 11 da LIA, é ainda mais preponderante a condenação conjunta do prefeito e dos secretários. No caso exposto abaixo, observa-se que o prefeito é condenado por improbidade, em razão do secretário municipal não ter respondido ao ofício enviado pelo Ministério Público, endereçado ao ocupante do cargo de confiança, como se vê a seguir:

RECURSOS DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PREFEITO E SECRETÁRIO MUNICIPAL DE SAÚDE - DESCUMPRIMENTO DE ORDENS JUDICIAIS – CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE QUE VIOLA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ART. 11, II, DA LEI Nº 8.429/92 – SUFICIÊNCIA DO DOLO GENÉRICO – COMINAÇÃO DAS PENAS DE PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO E DE MULTA CIVIL – SANÇÕES ADEQUADAS E RAZOÁVEIS AO CASO CONCRETO – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSOS DESPROVIDOS. 1. O descumprimento de decisões judiciais é inadmissível no Estado democrático de direito, porquanto além de ferir a autonomia e independência do Poder Judiciário e o princípio republicano, viola os princípios da legalidade e da moralidade administrativa e ocasiona flagrante prejuízo às partes favorecidas pelas decisões, impondo um enorme desgaste à imagem do Poder Judiciário, tendo em vista o descrédito gerado junto à sociedade. 2. Para a configuração do ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios que norteiam a Administração Pública exige o legislador, no art. 11, da Lei nº 8.429/92, que a conduta do agente público seja dolosa. Esse dolo, entretanto, não é o específico, mas sim o genérico ou eventual, o qual se configura com o simples fato de o agente público conhecer o que faz e querer fazer com vontade livre e consciente, conduzindo-se deliberadamente contra as normas legais e o patrimônio público. 3. Fixadas essas premissas, pratica o ato de improbidade censurado no art. 11, II, da Lei nº 8.429/92 o agente público que, regularmente intimado, voluntariamente deixa de cumprir as ordens emanadas da autoridade judiciária ou de apresentar justificativa fundamentada da impossibilidade de fazê-lo. 4. Tendo as sanções aplicadas aos agentes públicos observado a gravidade do ato

<sup>293</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp: nº 1721025/SE*. 2. Turma. Relator: Min. Herman Benjamin, 15 de maio de 2018. [DJe 02/08/2018]. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201703278625&dt\\_publicacao=02/08/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201703278625&dt_publicacao=02/08/2018). Acesso em: 08 nov. 2019.

<sup>294</sup> CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará. APL: 0014826-84.2017.8.06.0101. 1ª Câmara Direito Público. Relator: Paulo Francisco Banhos Ponte, 14 de outubro de 2019. DJE 16 out. 2019.

praticado e a extensão do dano causado ao patrimônio público imaterial, bem como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e o caráter sancionatório da ação de improbidade administrativa, não há falar-se em excesso na sua cominação pelo juízo *a quo*, pois adequadas aos critérios estabelecidos no art. 12, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92.<sup>295</sup>

Os posicionamentos que rechaçam este posicionamento são quase únicos e se apegam aos seguintes argumentos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITURA DE BRASILEIA/AC. CONVÊNIO COM A UNIÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE 41 UNIDADES HABITACIONAIS. LICITAÇÃO INICIAL NA MODALIDADE TOMADA DE PREÇOS. POSTERIOR REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO, NA MODALIDADE CONVITE, PARA A CONSTRUÇÃO DE MAIS 16 CASAS, COM O VALOR RESTANTE DO CONVÊNIO. AUSÊNCIA DE EXIGÊNCIA LEGAL DE QUE, NESTA ÚLTIMA LICITAÇÃO, HOUVESSE NECESSIDADE DE REPETIÇÃO DOS PRIMEIROS LICITANTES. ILEGALIDADE NÃO COMPROVADA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL DO MPF DESPROVIDO. 1. Para a configuração dos atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92, exige-se que a conduta seja praticada por Agente Público (ou a ele equiparado), atuando no exercício de seu *munus* público, havendo, ainda, a necessidade do preenchimento dos seguintes requisitos: (a) conduta ilícita; (b) improbidade do ato, configurada pela tipicidade do comportamento, ajustado em algum dos incisos do 11 da LIA; (c) elemento volitivo, consubstanciado no dolo de cometer a ilicitude e causar prejuízo ao Erário; (d) ofensa aos princípios da Administração Pública. 2. *In casu*, o MPF e a União pugnam pela condenação do ex-Prefeito de Brasileira/AC no ato ímprobo tipificado no art. 11, I da Lei 8.429/92, sob o argumento de ter parcelado indevidamente o objeto de Convênio 642/97, firmado com a União, que objetivava a construção de 41 unidades habitacionais no Município. Para tanto, relatou que, em um primeiro momento, o agravado teria realizado licitação, na modalidade Tomada de Preços para a construção das 41 moradias; posteriormente, teria promovido novo procedimento licitatório, na modalidade Convite, para utilizar a verba que sobrou do Convênio na construção de mais 16 moradias. 3. Não há comprovação da ilicitude da conduta do agravado, pois, conforme destacado pelo Tribunal de origem, a nova licitação, na modalidade Convite, almejou buscar, no mercado, novas empresas que pudessem, em tese, oferecer preço mais vantajoso para a Administração Pública do que o da vencedora, o que justificou o envio da Carta-Convite para outras empresas que não participaram da primeira licitação, na modalidade Tomada de Preços; a motivação do ato, portanto, afasta a alegação da parte agravante de eventuais dirigismos do certame licitatório, que, ainda que estivessem presentes no caso em exame, deveriam ser provados pelo *Parquet*, não sendo suficiente sua mera cogitação pela parte agravante. 4. Ademais, não há que se falar em ofensa aos princípios da legalidade e da impessoalidade, quando inexistente lei ou regulamento impondo que, na licitação na modalidade Convite, devesse ser enviado Carta-Convite às pessoas que participaram de procedimento anterior (Tomada de Preços), com objeto semelhante. 5. Quanto à nova licitação promovida pelo ex-Prefeito, na modalidade Convite, não se trata de parcelamento

---

<sup>295</sup> MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. APL: 00200741820138110041 60583/2015. 3. Câmara Cível. Relator: Desembargadora Maria Aparecida Ribeiro, 07 de novembro 2016. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta>. Acesso em: 14 out. 2016.

indevido do objeto da licitação - até porque o Convênio firmado com a União visava à construção de apenas 41 moradias. Nesse aspecto, razão assistiria ao MPF caso uma parcela dessas 41 habitações fosse indevidamente licitada em um primeiro momento e, posteriormente, houvesse a abertura de novo procedimento licitatório para o restante. 6. Na demanda em exame, contudo, narra-se uma conduta do ex-Administrador voltada eminentemente ao interesse público, já que, além de ter construído as 41 habitações que eram objeto do Convênio firmado com a União, posteriormente abriu novo certamente para a construção de outras 16 moradias com o restante da verba do Convênio 642/97, que estava sem utilização. 7. Ausência de ilicitude, de malversação do patrimônio público ou de desvio de finalidade na conduta praticada pelo ex-Prefeito de Brasília/AC. 8. Agravos Regimentais desprovidos.<sup>296</sup>

Notemos que o prefeito municipal corre um risco seríssimo de ser condenado por ato ímprobo, cometido exclusivamente por seu secretário municipal. Isso, porque inexistem limites objetivos para determinação do que é culpa grave, nos casos fundados no art. 10 da LIA, e dolo genérico,<sup>297</sup> na imensidão de interpretações sopesadas nas sanções baseadas no artigo 11.

A insegurança jurídica surge, tanto do senso comum que urge por mais clareza e objetividade da lei de improbidade administrativa, como da inexistência de harmonia dos julgados, advindos do Judiciário brasileiro.

Com o aprofundamento na análise das decisões postas nos tribunais pátrios, percebemos que não há um entendimento que passe a devida certeza jurídica aos agentes públicos municipais que, investidos no seu poder discricionário e na busca de uma gestão eficiente, delegam competências aos seus secretários e acabam condenados pelo simples vínculo administrativo existente entre o prefeito e o verdadeiro autor do ato ímprobo.

É de extrema importância sublinhar que a segurança jurídica engloba dois pilares essenciais para sua identificação: a certeza e a estabilidade da aplicação da norma. No caso da Lei de improbidade administrativa, verifica-se que estes sustentáculos são mitigados pela ampla margem interpretativa, permitida quando da análise dos arts. 10 e 11, em especial quando se considera para aplicação da sanção a culpa grave, do art. 10 e o dolo genérico, previsto no art. 11.

Imprescindível rememorar que o princípio da segurança jurídica permeia o Direito Brasileiro, condicionando todo o ordenamento jurídico. A Constituição

---

<sup>296</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp: 1306817 AC 2012/0015104-0*. 1. Turma. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 06 de maio de 2014. [DJJe 19/05/2014]

<sup>297</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; NOHARA, Irene Patrícia. *Teses jurídicas dos tribunais superiores: direito administrativo II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 451-458.



assegura que das normas individuais e concretas, toda produção do Direito deve se pautar pelas exigências do referido princípio<sup>298</sup> – as quais conduzem a uma ação consequente do Estado, livre de voluntarismos e sobressaltos – sob pena de um juízo de invalidade da norma editada.

Nota-se que o instituto da segurança jurídica está posto no Direito nacional como um fundamento para se alcançar a verdadeira justiça. Imperioso, pois, considerar a certeza e a estabilidade da aplicação de uma lei, no caso a LIA, para se chegar a uma situação confortável e que possibilite aos envolvidos conhecerem os limites de seus atos.

A inobservância de um consenso jurídico quanto à responsabilidade dos agentes públicos, no âmbito da improbidade administrativa, acaba resultando em sanções indevidas e/ou exacerbadas àqueles que, de fato, não são os verdadeiros responsáveis pelos atos administrativos condenados.

#### **4.3 O instituto da segurança jurídica e o ato ímprobo no âmbito da Administração Pública municipal**

A divergência jurisprudencial e a ampla liberdade valorativa do intérprete no delineamento dos requisitos sancionadores da LIA, acaba por deixar à mercê da interpretação desmedida de órgãos fiscalizadores os agentes públicos municipais, diretamente envolvidos com a gestão de recursos públicos, ocasionando uma gestão temerária e pouco eficiente.

O atual ambiente de fragilidade, ocasionada pela desconfiança atual da sociedade com os agentes políticos, da Administração Pública brasileira somado às interpretações divergentes, advindas do Poder Judiciário cria um cenário conturbado para se realizar uma gestão estável, a denotar que o ponto central é a inexistência de um posicionamento jurídico harmônico, quanto à verdadeira responsabilidade dos atos delegados.

O dever do prefeito municipal de fiscalizar é obrigatório, mas possui limitações físicas. A outorga de responsabilidades aos secretários municipais, mediante termo ou norma do município, atesta que o prefeito necessita de outros

---

<sup>298</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *A irretroatividade do Direito no Direito Tributário, Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 184.

“olhos” e “mãos” para fiscalizar e executar, e estes devem ser punidos se agirem em violação à lei. Por isso, a relevância de se entender a maneira como o Judiciário está entendendo e aplicando as sanções previstas pela Lei de Improbidade Administrativa, nos casos que envolvem tanto o prefeito e o secretário municipal, quando do cometimento de atos ímprobos exclusivamente pelos subordinados.

Os distintos entendimentos observados no sistema de justiça brasileiro, juntamente com as peculiaridades (falta de estrutura física e de capacidade técnica da equipe administrativa), de uma gestão pública municipal acaba por tornar temerário, juridicamente, o protagonismo de um prefeito.

Analisando os casos expostos, nota-se que a discricionariedade de um gestor é, sempre, passível de questionamentos pelos órgãos fiscalizadores e, por óbvio, de um ajuizamento de uma ação que discuta a proibidade do ato administrativo do agente público.

Esta insegurança jurídica causada pela imprevisibilidade das decisões judiciais fragiliza o regime democrático e instiga o aumento de conflitos, uma vez que a falta de harmonização dos julgados fomenta os órgãos fiscalizadores a cobrarem, indevidamente, aquilo que está no limbo da dúvida legal.

Além disto, deve-se ponderar a seriedade das sanções previstas na LIA, que por si só já causam uma total instabilidade nos atos dos gestores públicos, em especial dos prefeitos, que se amedrontam com a possibilidade de serem punidos por ato realizado por outrem.

Começa-se a se falar em “Direito Administrativo do Medo” e no “Apagão das canetas”, como bem posto pelo eminente professor Flávio Unes<sup>299</sup>. Condu-tas administrativas que se reforçam, quando identificado um cenário de incerteza que ocasiona uma instabilidade no poder discricionário do prefeito municipal, que se acautela em fazer uma gestão diferente, que recua quando sente a necessidade de delegar atribuições aos seus secretários, pelo simples fato de ser considerado responsável por aquilo que não fez, apenas em razão de ocupar o cargo máximo de uma gestão municipal.

O medo do gestor público e a insegurança jurídica causada pela divergência jurisprudencial é bem resumida pelo atual ministro do TCU, Bruno

---

<sup>299</sup> UNES, Flávio Henrique Pereira; MAIA, Rafael Rocha de Souza. A inconstitucionalidade da ‘violação a princípios’ como improbidade administrativa. Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-inconstitucionalidade-da-violacao-a-principios-como-improbidade-administrativa-18082019>. Acesso em: 30 ago. 2019.

Dantas, que em poucas palavras resume o cenário de instabilidade administrativa dos municípios brasileiros:

[...] prefeitos ou ordenadores de gastos preferem não contratar um serviço, com receio de ser cobrados pelo Ministério Público ou pelo tribunal e contas depois. Preferem que alguém vá à Justiça conseguir uma liminar que o obrigue a contratar em regime de urgência, sem licitação. Aí terá sido cumprimento de ordem judicial, e não decisão administrativa<sup>300</sup>.

O registro feito pelo ministro transcreve de maneira brilhante a atual situação dos gestores municipais que, com a mitigação da segurança jurídica, não consegue enxergar os limites do que é possível fazer frente à prefeitura, diante da diversidade de posicionamentos jurídicos e da ausência de conceitos e requisitos claros da Lei de improbidade Administrativa.

Nesta toada, observamos uma banalização do ajuizamento de ações de improbidade administrativa, seja pelo Ministério Público ou pelos gestores atuais em face dos anteriores, sem a devida verificação das responsabilidades de cada agente público, levando a erro grosseiro os julgadores destas ações.

O brilhante Professor Medina Osório assevera, acertadamente, que o manejo da ação de improbidade administrativa é a maneira mais grave de se perscrutar atos administrativos de uma má gestão pública, ou seja, é a última forma para se apurar as responsabilidades gerenciais e não a primeira, como ultimamente vem sendo utilizada<sup>301</sup>.

Para isto ocorrer de maneira segura, deve-se considerar a observância ao princípio da segurança jurídica e dos princípios fundamentais da presunção de inocência e da dosimetria da pena, além de outros valores estruturantes regidos pela Constituição Federal.

Não se defende a inviolabilidade dos prefeitos municipais e nem a flexibilidade na fiscalização de seus atos, já que se tratam de administradores de recursos públicos oriundos de impostos pagos a duras penas pelo povo sofrido brasileiro. O que se impõe, aqui, é a obrigatoriedade de se respeitar os procedimentos previstos em lei.

Não custa reforçar as palavras do Ministro Teori Zavascki que esclarece que nem toda ilegalidade deve ser sancionada como improbidade, existindo

---

<sup>300</sup> DANTAS, Bruno. Incompetência não pode ser tratada como improbidade, diz ministro do TCU. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/incompetencia-nao-improbidade-ministro-tcu>. Acesso em: 12 out. 2019.

<sup>301</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão, corrupção, ineficiência*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 111.

outros meios, como um procedimento administrativo disciplinar e/ ou uma sanção imposta pelos tribunais de contas como multas, para se punir os referidos atos.

Em especial, quando se trata de situações ainda pendentes de um posicionamento harmônico do Judiciário, não se pode aplicar a Lei, como fosse uma certeza absoluta. Imperioso se faz registrar a imprescindibilidade de trazer segurança jurídica aos atos administrativos. Somente desta forma, a gestão pública se tornará algo estável e passível de uma fiscalização equilibrada e pautada nas normativas fundantes do Direito Brasileiro.

A apresentação, pelo poder legislativo, do anteprojeto de atualização da Lei de Improbidade Administrativa é uma clara resposta a esta desconfiança técnica dos julgados divergentes do Poder Judiciário.

Esta nova proposta, o Projeto de Lei nº 10887/2018, resultou do trabalho de uma comissão de juristas criada pelo presidente da Câmara, Rodrigo Maia, e coordenada pelo ministro Mauro Campbell, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) possuindo como um dos principais pontos a alteração da compreensão de que “não é dogmaticamente razoável” considerar como ato de improbidade aquele que for resultado de equívoco, ou de erro ou de omissão decorrente de negligência, imprudência ou imperícia, tornando a condenação por improbidade possível somente em casos que forem constatados o dolo dos agentes participantes.

Ainda neste sentido, o referido projeto restringe a interpretação do que seria o cometimento de ato ímprobo quando assegura que não se configura como improbidade a ação ou omissão decorrente de interpretação razoável de lei, regulamento ou contrato.

As mudanças acima citadas, são amostras dos principais pontos que requerem mudanças urgentes, estas limitações legais tornarão as interpretações mais restritas e, conseqüentemente, a harmonia dos julgados se tornará algo mais plausível, aproximando-se de um cenário em que a segurança jurídica voltará a vigorar de maneira plena.

## CONCLUSÃO

Ao cabo desse estudo poucas e breves considerações nos restam. O presente trabalho teve como escopo principal analisar a responsabilidade, no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, do prefeito municipal em atos cometidos, exclusivamente, pelos secretários municipais, considerando para tanto a doutrina existente e a pesquisa de jurisprudência.

A missão foi realizada, fazendo-se a análise das espécies de responsabilidades, existentes no Direito Brasileiro, e seus efeitos sobre o agente do ato de improbidade, que age diretamente ou por delegação de competência.

Identificou-se, após dissertação sobre os limites legais da relação jurídica entre os agentes públicos existentes na administração e considerando a infinidade de legislações municipais, que o prefeito municipal, no tema problema deste trabalho, poderia ser equiparado a um “terceiro”, assumindo, assim, responsabilidades específicas, quando da sua possível condenação, pelas sanções previstas na Lei nº 8.429/1992.

Demonstrou-se que nem a doutrina e, menos ainda, a Jurisprudência são pacíficas quando da responsabilização dos atores desta relação, ocasionada pelo cometimento de um ato ímprobo. Fato que acaba por gerar uma insegurança jurídica nos atos administrativos, realizados pelos gestores municipais.

Verificou-se que quando da análise individual de cada espécie de improbidade administrativa, aquelas fundamentadas no art. 9 da LIA (enriquecimento ilícito), possuem uma harmonia entre os julgados, sendo quase imperceptíveis as divergências de julgados quando da responsabilização subjetiva dos agentes públicos.

Entretanto, quando se analisa os casos concretos de ações de improbidades administrativas norteadas pelo art. 10, observa-se uma patente divergência jurisprudencial constatada pela complexidade de se perquirir o que é culpa grave e quando a mesma deve ser considerada. Neste caso, os prefeitos demandados ficam à mercê da interpretação dos julgadores que podem considerar que a culpa *in vigilando* (aquela que provém do dever de fiscalização do prefeito) e a culpa *in eligendo* (originária da indicação política do cargo de

confiança de secretário municipal) são elementos subjetivos suficientes para determinação de sua condenação ou não, dito isto, esclarece-se que na pesquisa presente neste trabalho se atesta que, na maioria dos julgados, a verificação de uma das “duas culpas” são o bastante para aplicação das sanções.

No que concerne ao art. 11 da LIA, que prevê que a improbidade pode ser verificada se houver a constatação da violação dos princípios da Administração Pública, nota-se que aqui está o ponto mais polêmico da doutrina e dos julgados citados neste estudo, pois basta a constatação de dolo genérico nas condutas administrativas para se condenar, em conjunto, o prefeito e o secretário.

Todavia, o dolo genérico não possui conceito definido. Traz, ainda, uma infinidade de interpretações do que pode ser, o que produz forte instabilidade na Administração Pública, gerando uma insegurança jurídica sem tamanho para os gestores. Verificou-se, também, a banalização do ajuizamento de ações de improbidade administrativa, baseadas nestes princípios de natureza jurídica tão abrangente.

Com o aumento desenfreado dessa espécie de ação, baseadas em meras irregularidades, presencia-se uma enxurrada de condenações frágeis, baseadas em princípios deveras abstratos e sem a devida fundamentação fática, para a aplicação das sanções legais.

Neste ponto, percebe-se nítido prejuízo à Administração Pública como um todo, pois o prefeito municipal sabedor das decisões judiciais existentes, deixa de delegar importantes atribuições, por mero receio de ser punido por aquilo sobre o qual não terá total controle.

Em resposta a esta situação temerária, ocasionada especialmente pela ausência de uniformidade nos julgados das ações de improbidade administrativa, baseadas nos arts. 10 e 11, se observa uma movimentação positiva, e conjunta dos Poderes Legislativo e Judiciário, na discussão quanto a proposição de um anteprojeto de atualização da Lei de Improbidade Administrativa.

O referido projeto é capitaneado pelo Ministro do STJ, Mauro Campbell, que se tornou o coordenador da comissão de atualização da Lei de Improbidade Administrativa. Em recente entrevista, resumiu os enfoques principais desta missão: “atualizar a lei diante do que o STJ já fixou; inovar a lei diante do que o novo CPC, a alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a

Lei Anticorrupção e todo esse arcabouço de legislação de controle que surgiu pós Lei nº 8.429; e inovar com a situação de incluir a possibilidade de colaboração premiada, que é vedada expressamente em lei hoje.”<sup>302</sup>

A aludida proposta, como se vê, muda o regime sancionador dos atos de improbidade e organiza novos padrões mínimos e máximos a serem aplicados pelo juiz, mediante fundamentação e justificação, de maneira semelhante à dosimetria nos processos criminais. Há ainda a possibilidade de ressarcimento por dano não patrimonial, posição já consolidada na doutrina e jurisprudência.

Ainda conforme o projeto, se observa que o texto base possui como a sua finalidade central, além de trazer uma parametrização objetiva as espécies de improbidade, evitar sanções graves para fatos de menor ofensa e sanções brandas para fatos extremamente lesivos.

Considerando estas atualizações e a diminuição da abstração permitida no art. 10 (no que concerne a limitação conceitual do que seria culpa grave) e art. 11 (na imposição de limites claros ao entendimento do que seria violação principiológica e na conceituação objetiva de dolo genérico) da LIA, será possível alcançar maior segurança jurídica nos julgados pelos tribunais superiores e com isto mais estabilidade na Administração Pública, tendo em vista que seus gerentes, independentemente da hierarquia ocupada, entenderão de maneira clara suas limitações legais.

Os pontos acima descritos reproduzem, em apertada síntese, as ideias gerais que nortearam o presente trabalho, de forma que a argumentação pormenorizada e as conclusões específicas podem ser encontradas no contexto de cada capítulo.

---

<sup>302</sup> CAMPBELL, Mauro. Se puder transacionar com improbidade, MP deve ser o único a propor ação. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-20/entrevista-mauro-campbell-ministro-superior-tribunal-justica>. Acesso em: 15 out. 2019. Entrevista.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *R. Fac. Direito UFRGS*, Porto Alegre, 9(1): 16-40, nov. 1993. p. 16 - 40.
- AGUIAR, Tiago Antunes. Responsabilização dos agentes políticos nos atos de improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 47, n. 185 jan./mar. 2010, p. 247-257. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198670/000881222.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 01 nov 2019.
- AGUIAR, Tiago Antunes. Responsabilização dos agentes políticos nos atos de improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 47, n. 185 jan./mar. 2010, p. 247-257. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198670/000881222.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 1 nov. 2019.
- ALVARENGA, Aristides Junqueira. *Jornal Correio Braziliense. Caderno Direito & Justiça*. Brasília, 30 set. 2002.
- ARAÚJO. Vaneska Donato de. *A responsabilidade profissional e a reparação de danos*. 2011. Dissertação. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo.
- BANDEIRA, Paula Greco. Notas sobre o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. *Civilistica.com: Revista Eletrônica De Direito Civil*, 1(2), p. 1-22.
- BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. 2010. Tese. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre.
- BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012.
- BRASIL. [Constituição (1946)] *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 06 nov. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 out. 2019:



BRASIL. *Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912*. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2681\\_1912.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm). Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del0201.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0201.htm). Acesso em 27 out. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 07 out. 2019.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em: 8 out. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 7 out. 2019.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 04 nov. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. 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 e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm). Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1274653/RS*. 2. Turma Relatora: Min. Assusete Magalhães, 13 de novembro de 2018. [DJe 21/11/2018]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1500812/SE*. 2. Turma. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 21 de maio de 2015. [DJe 28/05/2015]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp: 1306817 AC 2012/0015104-0*. 1. Turma. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 06 de maio de 2014. [DJe 19/05/2014].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp nº 1344725/RJ*. 1. Seção. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 27 de março de 2019. DJe 01/04/2019.

Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/acordaos/>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1761202/MG*. 2. Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin, 27 de novembro de 2018 [DJe 11/03/2019]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1163643/SP*. 1. Seção. Relator: Min. Teori Albino Zavascki, 24 de março de 2010. [DJe 30/03/2010]. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200902073858&dt\\_publicacao=30/03/201](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200902073858&dt_publicacao=30/03/201). Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1737642/PR*. 2. Turma. Relator: Min. Herman Benjamin, 26 de fevereiro de 2019. [DJe 12/03/2019]. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201800880508&dt\\_publicacao=12/03/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800880508&dt_publicacao=12/03/2019). Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 456.649/MG*. 1. Turma. Relator: Min. Francisco Falcão. Relator p/ acórdão: Min. Luiz Fux, 5 de setembro de 2006. [DJ 05/10/2006, p. 237]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 8 de out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 951.389/SC*. 1 Seção. Relator: Min. Herman Benjamin, 09 de junho de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp: nº 1721025/SE*. 2. Turma. Relator: Min. Herman Benjamin, 15 de maio de 2018. [DJe 02/08/2018]. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201703278625&dt\\_publicacao=02/08/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201703278625&dt_publicacao=02/08/2018). Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.587/GO*. Pleno. Relator: min. Maurício Correia, 01 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1990403>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 2.797*. Pleno. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 15 de setembro de 2005. [DJ 19-12-2006, p 37] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi2797celso.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 3.140*. Pleno. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 10 de maio de 2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2202633>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 103.803*. Relator Ministro Teori Zavascki, 1 de julho de 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3877929>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 409-CE*. Pleno. Relator: Min. Aires Britto, 13 de maio de 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2413259>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 78.168*. Relator: Min. Néri da Silveira, 18 de Agosto de 1998. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1734243>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl nº 2138*. Pleno. Relator: Min. Nelson Jobim. Relator p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes (Art. 38, IV, B, do RISTF), 13 de junho de 2007. Diário de Justiça eletrônico nº 070, 17 de abril de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 228977*. 2. Turma. Relator: Min. Néri da Silveira, 05 de março de 2002. DJ 12 abr. 2002, p. 66.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 464.935*. Relator: Min. Cezar Peluso, 03 de junho de 2008. Disponível: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2324735>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 327.904*. 1. Turma. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. [Diário de Justiça. Brasília, 08 set. 2006. V. 8, n. 86, p. 75-78]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=327904&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 06 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 976566*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 de setembro de 2019. Processo Eletrônico Repercussão Geral – Mérito. Diário de Justiça eletrônico nº 210, de 25 de setembro de 2019. 26 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 001.796/2000-4. Relator Guilherme Palmeira, 16 de maio de 2006. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 1. Região. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1>. Acesso em: 01 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 2. Região. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/consultas>. Acesso em: 01 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 3. Região. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/base-textual>. Acesso em: 01 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4. Região. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=%201>. Acesso em: 01 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 5. Região. Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/>. Acesso em: 01 mar. 2019.

CAMARGO, Mônica Ovinski de. *Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre libertar e punir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 57-58.

CAMPBELL, Mauro. Se puder transacionar com improbidade, MP deve ser o único a propor ação. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-20/entrevista-mauro-campbell-ministro-superior-tribunal-justica>. Acesso em: 15 out. 2019. Entrevista.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p.129.

CASTRO, José Nilo de. *Julgamento das contas municipais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CAVALCANTE FILHO, J. T. & LIMA, F. R. *Foro, Prerrogativa e Privilégio (Parte 1): Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Abril/2017 (Texto para discussão nº 233).

CEARÁ. Tribunal de Justiça. *APL nº 00148268420178060101/CE*. 1. Câmara de Direito Público. Relator: Paulo Francisco Banhos Ponte, 14 de outubro de 2019. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/>. Acesso em: 08 nov. 2019.

CNJ. *Relatório de Metas cumpridas*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/05/13926ffe304159519caed2b504923ff5.pdf>. Acesso em: 02 set. 2019.

CNJ. Relatório de Metas Nacionais do Poder Judiciário 2018. CNJ. Abril 2019.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. Código Civil na visão do advogado: responsabilidade civil. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 300-301.

COSTA, Nelson Nery. *Direito Municipal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DALLARI, Adilson Abreu. Crime de responsabilidade do Prefeito. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 31, n. 121 jan/mar. 1994, p. 55-59. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176147/000477761.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 01 de nov. de 2019.

DANTAS, Bruno. Incompetência não pode ser tratada como improbidade", diz ministro do TCU. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/incompetencia-nao-improbidade-ministro-tcu>. Acesso em: 12 out. 2019.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *A irretroatividade do Direito no Direito Tributário, Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. 23.. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; NOHARA, Irene Patrícia. *Teses jurídicas dos tribunais superiores: direito administrativo II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 451-458.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. I, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DUARTE, Ronnie Preuss. Responsabilidade Civil e o Novo Código. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos: de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. (1995). Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, 90, 245-251. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67296>. Acesso em: 12. out. 2019.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Responsabilidade dos agentes políticos e dos servidores. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 196: 36-45, abr./jun. 1994.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Mônica Nicida. Agente político, crime de responsabilidade e ato de improbidade. *Boletim dos Procuradores da República*. Brasília: a. v, n. 56, dez. 2002. Disponível em: [http://www.pedrojorge.org.br/e107\\_files/downloads/boletim\\_56.pdf](http://www.pedrojorge.org.br/e107_files/downloads/boletim_56.pdf). Acesso em: 07 ago. 2019.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 1987.

GUSTIN, Miracy B. S. *Repensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 8, n. 3, p, 579-595, 2003.

KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do “risco integral”. *Revista de Informação Legislativa*, a. 35, n. 139, jul./set. 1998.

LEAL, Felipe Veit. O elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa e a sua comprovação. *Revista de Doutrina da 4. Região*. Porto Alegre, n. 50, out. 2012.

LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil por fato de outrem*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

LOPEZ, Teresa Ancona. Principais Linhas Da Responsabilidade Civil No Direito Brasileiro Contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101. jan./dez. 2006. p. 111-152.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. *APL: 00200741820138110041 60583/2015*. 3. Câmara Cível. Relator: Desembargadora Maria Aparecida Ribeiro, 07 de novembro 2016. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta>. Acesso em: 14 out. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 235, p. 61-92, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45126>>. Acesso em: 01 de nov. de 2019.

NORONHA, Fernando. Desafios Contemporâneos da Responsabilidade Civil. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*. Florianópolis: UFSC, p. 21-37, jan. 1998.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Responsabilidade Civil do Estado: reflexões a partir do direito fundamental à boa administração pública. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, jan/jul., 2008, p. 157- 166.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1997.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão, corrupção, ineficiência*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. A Imputação Objetiva no Direito Penal Brasileiro. *Revista de Ciências Penais*. São Paulo, v. 81, n. 5, p.81-110, jul. 2005.

PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 17-36, jul. 2007. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://biblioteca digital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35180/33985>>. Acesso em: 21 out. 2019

REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O problema da causalidade na responsabilidade civil - a teoria do escopo de proteção da norma (Schutzzwecktheorie) e sua aplicabilidade no direito civil brasileiro*. Tese. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo - São Paulo. 2015.

REIS, Jair Teixeira dos. Mendes, Yuri Vieira Tupynambá de Lélis. VELOSO, Matheus de Quadros. Análise da incursão de (ex) prefeito por ato de improbidade cometido por agente com competência delegada. *Scientia Iuris*,

Londrina, v. 20, n. 3, p.45-71, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p45. ISSN: 2178-8189.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2009.

SANTIN, Janaína Rigo. O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal. In: II SEMINÁRIO NACIONAL MOVIMENTOS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA. 2007, Florianópolis. *Anais [...]* p. 323 - 340.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. Os Agentes Políticos e a Responsabilidade por Culpa em Face do Art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista da Fundação Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília, ano 10, v. 19, jan/jun 2002. p. 28-45.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1985.

SILVEIRA, Mariela. Responsabilidade eleitoral por ato de terceiro. Os *eleitoristas*. Disponível em: <http://www.oseleitoristas.com.br/2013/03/18/os-ilicitos-eleitorais-praticados-por-terceiros-e-o-nexo-de-causalidade-para-responsabilizacao-do-candidato/>. Acesso em: 17 out. 2019.

SOUZA, Celine. Federalismo e Descentralização na Constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 44, n 3, 2001, p. 513 a 560.

UNES, Flavio Henrique Pereira; MAIA, Rafael Rocha de Souza. A inconstitucionalidade da 'violação a princípios' como improbidade administrativa. Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-inconstitucionalidade-da-violacao-a-principios-como-improbidade-administrativa-18082019>. Acesso em: 30 ago. 2019.

WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 35, n. 138, abr./jun. 1998, p. 213-216. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/378/r138-17.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 01 de nov. de 2019

WEICHERT, Marlon Alberto. A sentença condenatória na ação de improbidade administrativa: Profundidade e extensão das sanções. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 43, n. 170 abr./jun. 2006, p. 57-73. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496902/RIL170.pdf?sequence=1#page=56> Acesso em: 01 nov. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ZMITROWICZ, W., BISCARO, C.; MARINS, K. R. C. C. *A organização administrativa do município e o orçamento municipal*. São Paulo: EPUSP, 2013. 38 p. [Texto Técnico da Escola Politécnica da USP, Departamento de Engenharia de Construção Civil, TT/PCC/20].