

# **III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

**DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II**

**JANAÍNA RIGO SANTIN**

**MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI**

**JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

#### **Representante Discente:**

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

#### **Secretarias**

#### **Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

#### **Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

#### **Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

---

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam; Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-343-6

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

### **DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II**

---

#### **Apresentação**

#### **DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II**

O III Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre os dias 23 e 28 de junho de 2021, mais uma vez proporcionou um importante e qualificado espaço de debates para a comunidade jurídica e, em especial, para os programas de pós-graduação de todo o Brasil, seus docentes e discentes.

Um evento totalmente virtual, à exemplo dos que lhe antecederam em 2020, proporcionando um espaço de encontro e de partilha das pesquisas realizadas neste período de crise tão profunda, onde vimos a edição de muitas leis e políticas públicas que merecem e devem ser estudadas e problematizadas, mas que ainda há muito a ser feito, no sentido de enfrentar e propor soluções para superar os efeitos deletérios advindos da pandemia da Covid-19.

Nada obstante todas as adversidades do período, o III Encontro Virtual do CONPEDI proporcionou aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssimo nível, a exemplo do Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública II”, com artigos marcados pela sensibilidade, pelo engajamento e pela preocupação com os problemas atuais e os desafios do Direito Público nesta nova realidade.

A marca que perpassou os artigos apresentados reflete o apuro intelectual e a respectiva atualidade, complementados pelos debates de alto nível sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo de ontem, de hoje e também de amanhã.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. FOME E CADEIAS DE PRODUÇÃO: UMA PERSPECTIVA PÓS PANDEMIA

2. O ACESSO À INTERNET COMO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL E GARANTIA DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA: UMA ANÁLISE NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID -19

3. O DEVER DE PRECAUÇÃO DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS PARA ATUAR NO JUDICIÁRIO SOBRE MATÉRIA PENDENTE DE CONCLUSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA

4. RACIONALIDADE LIMITADA E PANDEMIA: ESTUDO DA PANDEMIA DA COVID-19 À LUZ DO COMPORTAMENTALISMO ECONÔMICO

5. A LEI 9469/97 E A OMISSÃO DO PAGAMENTO DOS PRECATÓRIOS ALIMENTARES: UMA BREVE ANÁLISE SOB A ÓTICA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

6. O PATO, O OVO E O PODER DE POLÍCIA

7. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PODER DE POLÍCIA NO ESTADO REGULADOR: INSTRUMENTO OU SINÔNIMO?

8. PODER DE POLÍCIA: DELEGAÇÃO À PARTICULARES, O CASO DO OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO – ONS

9. INTERESSE PÚBLICO E PODER DE POLÍCIA: A COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS PARA ADOTAR MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO À PANDEMIA DA COVID-19

10. O DEVER DE CONTROLE DAS EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE TRANSPORTE COLETIVO SOBRE OS USUÁRIOS: INEXISTÊNCIA DE PODER DE POLÍCIA E NECESSIDADE DE COOPERAÇÃO NO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DE COVID-19.

11. O PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO COVID-19

12. OS COMITÊS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS COMO MEIOS DE PREVENÇÃO DA LITIGIOSIDADE E SUA EFICIÊNCIA NA GESTÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMPLEXOS

13. A CULPA É DO NAPOLEÃO

14. A OBRIGATORIEDADE DO CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE CONTROLADOR INTERNO MUNICIPAL COMO GARANTIA DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

15. MAPEANDO FORÇAS REGULATÓRIAS: UMA ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 106/2020 À LUZ DAS TEORIAS SOBRE A EXPLICAÇÃO DA REGULAÇÃO

16. DOCTRINA CHEVRON E O CONTROLE JUDICIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

17. CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS DOCTRINAS NORTE-AMERICANA E BRASILEIRA: ANALISANDO AS DOCTRINAS CHEVRON E MEAD A PARTIR DOS ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

18. O CISCO A TRAVE E O TRIBUNAL DE CONTAS UMA ANÁLISE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SEGUNDO SUA PRÓPRIA RÉGUA

19. TENDÊNCIAS DO CONTROLE ADMINISTRATIVO: ENSAIO SOBRE AS MUTAÇÕES DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

20. POSSIBILIDADE JURÍDICA DA RESPONSABILIZAÇÃO ISOLADA DE PARTICULARES POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

21. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO QUE DESRESPEITA AS PRIORIDADES PREVISTAS NO PLANO NACIONAL DE OPERACIONALIZAÇÃO DA VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19

22. CRISE E ESCASSEZ: A CRISE FINANCEIRA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E SUAS IMPLICAÇÕES NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

23. A ANÁLISE DAS LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS FRENTE AO PROJETO DE LEI N.º 4.253/2020

25. LEI 14.133/2021: O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS COMO PROCEDIMENTO AUXILIAR DAS LICITAÇÕES

## 25. LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (LEI 14.133/2021): O DIÁLOGO COMPETITIVO COMO NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO

Trata-se de um rico conjunto de temáticas, que evidencia a interdisciplinaridade e contemporaneidade das discussões afetas à atividade administrativa e à gestão pública, de forma a indicar rumos para a pesquisa e o debate sobre os grandes temas do Direito Administrativo na atualidade.

Honrados pela oportunidade de coordenar este importante Grupo de Trabalho (GT), registramos o significativo aumento do número e da qualidade dos trabalhos submetidos em nosso Gt, quando comparados aos anos anteriores, o que demonstra a preocupação e o engajamento cada vez maior dos pesquisadores do país com o direito público e, em especial, com a área do direito administrativo.

Cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização de mais este encontro virtual, sempre na vanguarda da pesquisa científica na área do Direito!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas temáticas!

De Florianópolis (SC), de Passo Fundo (RS) e de Curitiba (PR), junho de 2021.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II apresentados no III Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**POSSIBILIDADE JURÍDICA DA RESPONSABILIZAÇÃO ISOLADA DE  
PARTICULARES POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**  
**JURIDICAL POSSIBILITY OF PRIVATE PERSONS SINGLE-HANDEDLY  
RESPOND FOR ADMINISTRATIVE IMPROBITY ACTS**

**Giovanni de Araújo Nunes <sup>1</sup>**

**Resumo**

O artigo objetiva analisar a possibilidade jurídica de particular responder por atos de improbidade administrativa sem que tenha induzido, concorrido ou se beneficiado da prática de conduta ímproba por agente público. Através do método dedutivo, baseado em investigações bibliográficas e documentais, constatou-se que há compatibilidade legal e constitucional em se admitir a responsabilização de particular por atos de improbidade ainda que sem o envolvimento de agente público, mas que haveria a necessidade de previsões específicas no texto legal de atos de improbidade praticados por particular. A pesquisa contribui nas áreas do Direito Administrativo e Improbidade Administrativa.

**Palavras-chave:** Improbidade administrativa, Sujeito ativo de atos de improbidade, Particular, Incongruências normativas, Moralidade na administração pública

**Abstract/Resumen/Résumé**

The article aims to analyze the juridical possibility of private persons respond for administrative improbity without having induced, competed or benefited from the practice of improbity act by public agent. Through the deductive method, based on bibliographic and documentary investigations, it was verified that there is a legal and constitutional compatibility in admitting the responsibility of private persons for improbity acts even without the involvement of public agent, but there would be a need for impropriety acts legally expressed that can be practiced by private persons. This research contributes to the Administrative Law and Administrative Improbity areas.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Administrative improbity, Active subject of improbity acts, Private person, Normative inconsistencies, Morality in public administration

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação da UENP. Bolsista pela CAPES e pela Fundação Araucária. Graduado em Direito pela UENP.

## **1. INTRODUÇÃO**

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos pela prática de atos de improbidade. Ela também trata da responsabilização de particulares pela prática de tais condutas, mas somente no caso em que tais particulares induzem, concorrem ou se beneficiam da prática de conduta ímproba por agente público. É o que consta do art. 3º da LIA.

Percebe-se, então, que a LIA reconhece, *a priori*, que os atos de improbidade somente são praticáveis por agentes públicos, sendo o particular responsabilizado apenas por uma via transversa, quando atua conjuntamente desse agente público, se beneficia da ação ou induz a sua prática; mas o particular que sozinho pratica ato que seria, em tese, de improbidade administrativa não incide nas sanções previstas na LIA. Ocorre, porém, que uma série de incongruências existem em não se conceber a possibilidade de um particular responder por improbidade administrativa quando não existir o envolvimento de agente público na prática dessa conduta.

Diante desse contexto, a presente pesquisa visa averiguar a possibilidade jurídica de particular responder por improbidade administrativa ainda que sem o envolvimento de agente público. A fim de responder a esse problema, este trabalho se iniciará com uma análise das possíveis incongruências normativas existentes em não se conceber como lícita a responsabilização isolada de particular por atos de improbidade, sem qualquer envolvimento de agente público. No capítulo seguinte, será averiguado se há base constitucional em se admitir legalmente tal possibilidade, mais precisamente, restringindo-se a uma análise das sanções aplicáveis aos agentes de improbidade e ao princípio geral da Administração Pública, moralidade. Por fim, a presente pesquisa se aterá a uma análise de possíveis incongruências não decorrentes da impossibilidade de particular responder por improbidade administrativa sem o envolvimento de agente público, mas, sim, de incongruências que podem existir se admitida tal possibilidade de responsabilização nos termos da LIA.

Far-se-á uso do método de pesquisa dedutivo e, como técnicas de pesquisa, serão utilizadas as pesquisas bibliográfica e documental.

## **2. INCONGRUÊNCIAS NORMATIVAS DECORRENTES DO ART. 3º DA LIA**

O art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa prescreve que também se encontram no rol dos sujeitos passivos de atos de improbidade as pessoas jurídicas que, mesmo não sendo integrantes da administração direta ou indireta, forem empresas incorporadas ao patrimônio

público ou entidades para cuja criação ou custeio o Erário tenha concorrido ou concorra com *mais de cinquenta por cento* do patrimônio ou da receita anual (art. 1º, LIA).

O traço jurídico aqui existente que permitiu a equiparação entre pessoa jurídica de direito privado e pessoa jurídica da administração direta e indireta é o fato de aquela ter recebido dinheiro público para a sua criação ou custeio em mais de cinquenta por cento do seu patrimônio ou receita anual. A título de exemplo:

A Lei de Improbidade também possibilita a responsabilização dos terceiros por equiparação. Nos termos do artigo 1º c/c artigo 2º da Lei n. 8.429/1992, na qualidade de representantes legais de quatro sociedades que receberam recursos públicos provenientes da Secretaria de Estado de Saúde, os ora recorrentes se equiparam aos agentes públicos e estão sujeitos, portanto, à Lei de Improbidade Administrativa (STJ, 2ª Turma, AgInt no AREsp nº 1.113.260/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, DJE 27.08.2018).

O que está contido na parte final do art. 1º da LIA e no julgado acima que exemplifica a aplicação desse dispositivo é que a preocupação do legislador na atribuição de responsabilidade pela prática de atos de improbidade está relacionada, de algum modo, ao Erário. Ainda que existam atos de improbidade que não causam prejuízo ao Erário (arts. 10 e 11, LIA), o atributo utilizado no art. 1º para responsabilizar agente público por atos de improbidade é que ele tenha praticado sua conduta em prejuízo de qualquer pessoa jurídica que, de algum modo, tenha incorporado à sua criação ou funcionamento dinheiro público (no caso, mais de cinquenta por cento de seu patrimônio). E o parágrafo único do art. 1º segue esse mesmo raciocínio, incluindo ainda outras possibilidades de consideração de sujeito passivo de ato de improbidade, como as entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público.

Ocorre que esse mesmo raciocínio não se aplica para a definição de agente ativo de atos de improbidade, o que acaba por gerar uma série de incongruências práticas de injustiça e desproporcionalidade. Se um particular pratica conduta que, em tese, se enquadraria como ato de improbidade administrativa, mas não tenha induzido agente público ou concorrido com ele para a prática de tal conduta, ou dela tenha se beneficiado de alguma forma, não será responsabilizado por ato de improbidade administrativa. É o que diz o art. 3º da LIA: “As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”. É necessário, portanto, que o agente da conduta descrita em lei como sendo ato de improbidade seja ou um agente público ou um particular, mas somente o particular que tenha concorrido com o agente público à prática do ato, dele se beneficiado ou induzido o agente público a praticá-lo.

Nota-se que, neste caso, não se leva em conta se o particular tenha se relacionado com alguma das pessoas jurídicas do art. 1º da LIA e, então, causou algum dano à coisa pública mediante ato que seria, em tese, de improbidade. Isso pouco importa para fins de responsabilização nos termos da LIA. Para que um particular seja responsável por ato de improbidade, é necessário incidir o que no direito penal seria definido como participação ou coautoria<sup>1</sup>, ou então que o particular se beneficie da conduta de agente público ou o tenha induzido a praticá-la. Sem isso, ainda que o particular tenha, por exemplo, lidado diretamente com dinheiro público e causado dano à coisa pública de forma dolosa e com má-fé, malsão, desonestidade<sup>2</sup>, não poderá ser considerada sua conduta um ato de improbidade administrativa. É uma previsão legal que vai em sentido contrário do critério para se reconhecer uma pessoa jurídica como sujeito passivo dos atos de improbidade. Leva-se em conta que a pessoa jurídica tenha recebido dinheiro público para sua criação ou funcionamento para fins de caracterizá-la como sujeito passivo de atos de improbidade, mas o dano que um particular causa a esse mesmo dinheiro público mediante conduta que seria, em tese, ato de improbidade não é critério para considerá-lo sujeito ativo nos termos da LIA se não houver o envolvimento de agente público.

Essa mesma lógica se insere em âmbitos nos quais o vínculo entre o particular e a Administração Pública tem-se ainda mais intensificado do que a “mera” prática de ato que seria, em tese, de improbidade administrativa. A LIA não se aplica, por exemplo, aos empregados de concessionárias e permissionárias de serviços públicos, e um dos motivos para tanto é

---

<sup>1</sup> No ordenamento jurídico pátrio, coator é aquele que pratica a conduta principal do tipo penal de maneira conjunta de outros autores, os quais, portanto, são também coautores do mesmo fato típico. Já o partícipe é aquele que não realiza a conduta descrita no tipo, apenas concorrendo, de algum modo para a sua realização, seja para a produção do resultado, seja para a consumação do crime (CAPEZ, 2018, p. 450-451).

<sup>2</sup> A improbidade administrativa é concebida como uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, que atua com desonestidade, malícia, má-fé e dolo ou culpa grave (vide, por exemplo, STJ, 1ª Turma, AgInt no AREsp nº 625949/MG, rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 08.11.2018; REsp 1.193.248-MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 24/4/2014; STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp nº 81.766/MG, rel. Min. Humberto Martins, DJe 14.08.2012; AIA 30/AM, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28.09.2011; STJ, 1ª Turma, REsp nº 480.387/SP, rel. Min. Luiz Fux, DJU 16.03.2004). Além disso, em relação ao dolo, não é necessário que ele seja específico, bastando que seja genérico e com nota especial de má-fé para a caracterização de ato de improbidade (vide, por exemplo, STJ, 2ª Turma, AgInt- AREsp nº 838.141/MT, rel. Min. Og Fernandes, DJe 03.12.2018; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp nº 1.355.136/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 23.04.2015). Em decorrência disso, mera falta funcional não configura improbidade administrativa (por exemplo, STJ, 1ª Turma, AgInt no AREsp nº 384.311/MG, rel.ª Min. Regina Helena Costa, DJe 22.03.2017); mera transgressão disciplinar não configura improbidade administrativa (por exemplo, STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp nº 1.245.622/RS, rel. Min. Humberto Martins, DJe 24.06.2011; REsp 1.089.911/PE, rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 17.11.2009, DJe 25.11.2009); mera irregularidade administrativa não configura improbidade (DOTTI; PEREIRA JUNIOR, 2021, p. 16; COUTINHO; RODOR, 2018, p. 1.158; e vide, por exemplo, STJ, 1ª Turma, AgInt no REsp nº 1.470.080/SP, rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 26.06.2018; REsp 1512047/PE, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 30.06.2015); e, por fim, não se aplica a LIA ao agente inábil, despreparado (vide, por exemplo, STJ, 2ª Turma, REsp nº 1.659.553/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 30.06.2017; STJ, 2ª Turma, REsp nº 1.508.169/PR, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19.12.2016; STJ, 1ª Turma, REsp nº 758.639/PB, rel. Min. José Delgado, DJe 15.15.2006, p. 171).

justamente o de que elas não se enquadram no conceito de sujeito passivo de atos de improbidade, descrito no art. 1º e parágrafo único da LIA, já que recebem remuneração diretamente do lucro da atividade praticada, mas não do Erário ou com subvenção, benefício ou incentivo (NEVES; OLIVEIRA, 2016, p. 38; GARCIA; ALVES, 2017, p. 301).

Mais uma vez, portanto, o critério utilizado foi se a Administração Pública custeia ou emprega, de algum modo, dinheiro público para a criação ou manutenção das atividades da pessoa jurídica. Como o empregado da concessionária ou permissionária de serviços públicos não recebe sua remuneração das entidades destacadas no art. 1º da LIA, não é ele considerado agente público e, portanto, não pode responder por improbidade administrativa se não tiver concorrido, induzido ou se beneficiado da prática de ato de improbidade por aquele que é agente público (NEVES; OLIVEIRA, 2016, p. 65; HOLANDA JR.; TORRES, 2017, p. 45).

Nesse sentido, ainda que um empregado de concessionária ou permissionária de serviço público tenha agido dolosa e diretamente em prejuízo da coisa pública e enriquecendo-se ilicitamente, por exemplo, mediante conduta que seja um dos atos de improbidade administrativa, a LIA não incide na responsabilização desse particular se ele não tiver concorrido com agente público, o induzido à prática da conduta ou dela se beneficiado. É, portanto, problemática a concepção de que, para haver ato de improbidade administrativa, um dos requisitos seja o uso de dinheiro público para custear as atividades do agente praticante da conduta que seria, em tese, ato de improbidade ou as atividades da pessoa jurídica a que ele está profissionalmente vinculado. É problemática essa situação jurídica porque tais fatores não impedem um particular de praticar ato que seria, em tese, de improbidade administrativa e, com isso, trazer sérios danos à coisa pública, inclusive ao Erário, que é justamente um dos critérios utilizados pela LIA para definir sujeitos passivos e ativos dos atos de improbidade.

Outro problema decorrente de tal aceção jurídica é que, nos termos da própria LIA, agente público não é somente aquele que recebe remuneração ou alguma forma de dinheiro público para o exercício de sua atividade, mas “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” (art. 2º, LIA).

Nota-se aqui, portanto, a presença de mais uma incongruência. Não há como alegar que o particular não pode responder por improbidade, mas somente o agente público ou quando incidir o art. 3º da LIA, em virtude de particulares não serem remunerados com dinheiro público para o exercício de suas atividades profissionais. E isso porque agente público não é apenas aquele que recebe dinheiro público a título de remuneração; são, na verdade, todas as pessoas

que se encontram incumbidas, mesmo que transitoriamente, do exercício de alguma função estatal (MEIRELLES, 2016, p. 79), dentre elas os agentes honoríficos, por exemplo, que não são remunerados com dinheiro público (BEZERRA FILHO, 2019, p. 117).

Se, portanto, não é o critério da remuneração com dinheiro público que define alguém como agente público, não há razão para obstar que particular deixe de responder por improbidade em virtude de suas atividades profissionais não serem custeadas pelo Erário. Isso sem contar que existe a possibilidade de particular praticar ato que seria, em tese, de improbidade administrativa mesmo tal conduta não possuindo relação direta ou nexos causal algum com o fato de o particular não ser remunerado com dinheiro público. Cita-se, de exemplo, o conluio fraudulento entre licitantes, que, no Brasil, tem incidência muito frequente e que ocorre sem o envolvimento de qualquer agente público (DI PIETRO, 2017, p. 109). Trata-se de esquema em que licitantes, mediante determinada conduta fraudulenta, auferem dinheiro público de forma injusta e indevida, sendo estas as situações mais comuns de elaboração desses esquemas:

- Propostas fictícias ou de cobertura (veja item 4.1);
- Supressão de propostas: essa situação envolve acordos entre os concorrentes nos quais uma ou mais empresas estipulam abster-se de concorrer ou retiram uma proposta previamente apresentada para que o concorrente seja vencedor;
- Propostas rotativas ou rodízio: as empresas conspiradoras alternam a proposta vencedora entre os membros do grupo;
- Divisão de mercado: os concorrentes definem os contornos do mercado e acordam em não concorrer para determinados clientes ou em algumas áreas geográficas; pode ocorrer também com a divisão de lotes de uma licitação entre os membros do cartel (MONDO, Bianca Vaz. , 201-, p. 58).

Outra incongruência em matéria de não responsabilização de particular por atos de improbidade é que, das condutas pelas quais ele pode ser responsabilizado, a mais grave é aquela em que o terceiro concorre para a prática do ilícito (GARCIA; ALVES, 2017, p. 356), o que teria o mesmo peso de um terceiro que, sozinho, pratica ato que seria, em tese, de improbidade. Porém, assim não entende a legislação atual, que concebe como mais gravosas e sujeitas à repressão estatal as condutas de terceiro que se beneficia do ato ímprobo ou induz a sua prática do que a situação em que a conduta de um particular se adequa exatamente nos termos de um dos atos de improbidade, mas, em razão de ele ter agido sem o envolvimento de qualquer agente público, não poderá responder segundo a LIA.

Há uma desproporcionalidade entre não responsabilizar um particular que agiu dolosa e desonestamente em prejuízo da coisa pública, praticando ato que seria, em tese, de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito, por exemplo, mas responsabilizar aquele particular que “apenas” induziu agente público à prática de ato ímprobo

que atenta contra os princípios da Administração Pública, por exemplo, ou dele se beneficiou de algum modo.

Até aqui, a presente pesquisa se restringiu a apresentar determinadas incongruências normativas referentes à impossibilidade de particular responder, sem o envolvimento de agente público, por ato de improbidade administrativa. No capítulo a seguir, será analisada essa mesma problemática, porém, sob uma ótica da constitucionalidade (ou não) de se admitir a responsabilização isolada de particular por atos de improbidade.

### **3. RESPALDO CONSTITUCIONAL PARA A RESPONSABILIZAÇÃO ISOLADA DE PARTICULAR POR ATOS DE IMPROBIDADE**

Para analisar a viabilidade constitucional da responsabilização de particular por atos de improbidade sem o envolvimento de agente público, a presente pesquisa se aterá a dois campos de incidência da norma jurídica constitucional: o das normas constitucionais que tratam, de maneira expressa, da improbidade administrativa, e o das normas constitucionais que tratam dos princípios e da estrutura geral da Administração Pública.

Historicamente, a improbidade administrativa no Brasil sempre teve respaldo constitucional apenas para fins de caracterização de uma das hipóteses de crime de responsabilidade do Presidente da República. (FAZZIO JR., 2015, p. 11). Na Constituição Federal de 1988 (CF/88), entretanto, o § 4º do art. 37 trouxe que: “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”. Surge, aqui, uma norma constitucional de eficácia limitada que veio a desembocar na promulgação e vigência da Lei nº 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa. Nesse sentido: “A primeira credencial da norma constitucional em pauta [consistiu] em transferir, do plano político para o plano administrativo, infrações catalogadas sob a rubrica improbidade administrativa, abrindo a possibilidade de sua conceituação e regulamentação via legislação ordinária” (FAZZIO JR., 2015, p. 11).

Além desse dispositivo constitucional, não há nenhuma outra norma da Constituição que expressamente trate da responsabilização por atos de improbidade mediante infrações jurídicas e legais, em vez das políticas por crime de responsabilidade. Apesar disso, é possível aqui já estabelecer uma análise sob a ótica constitucional acerca da possibilidade, ou não, de terceiros poderem responder por atos de improbidade ainda que sem o envolvimento de agente público.

É que as sanções elencadas no §4º, art. 37, da CF/88 não são, em linhas gerais, aplicáveis a particulares, ou, se aplicáveis, não teriam utilidade, isto é, não haveria utilidade em responsabilizar particular por ato de improbidade somente para fins de aplicação das sanções desse dispositivo constitucional, no caso: as sanções de suspensão dos direitos políticos, de perda da função pública, de indisponibilidade dos bens e de ressarcimento ao Erário. As duas primeiras sanções somente possuem razão de ser àqueles que exercem função pública ou política; por isso, não são aplicáveis a particulares.

Quanto ao ressarcimento ao Erário, pelo próprio regramento civilista brasileiro já seria possível assegurá-lo e, portanto, tal sanção não inova do ponto de vista da responsabilização de particular por ato que seria, em tese, de improbidade. Segundo o art. 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, seguindo o mesmo sentido do art. 159 do Código Civil de 1916.

Todavia, mesmo que tal dispositivo não inove do ponto de vista do ressarcimento ao Erário, não se deve deixar de considerar que o fato de uma norma constitucional assegurar tal responsabilização impede que, por eventuais mudanças legislativas, surja norma infraconstitucional que, de algum modo, obstaculize o ressarcimento de dano por atos de improbidade. O mesmo vale para a indisponibilidade de bens (§ 4º, art. 37, CF/88) – não é dispositivo especificamente aplicável em matéria de improbidade administrativa (art. 854, Código de Processo Civil), mas há devida importância em assegurá-lo na Constituição, para que eventual norma infraconstitucional não o impossibilite em matéria de atos de improbidade.

Portanto, analisando isoladamente o §4º, art. 37, da CF/88, não teria relevância prática a responsabilização de particular por atos de improbidade, uma vez que a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública não são aplicáveis a particular, e que as sanções de improbidade a ele aplicáveis teriam o mesmo resultado prático de dispositivos vigentes em matéria civilista e processual civil.

Ocorre que não existem apenas essas sanções em matéria de improbidade. Regulamentando a norma constitucional de eficácia limitada do §4º, art. 37, da CF/88, a LIA dispôs outras sanções aplicáveis àquele que pratica ato de improbidade administrativa. A CF/88 previu sanções por atos de improbidade, mas trata-se de sanções mínimas, delegando à lei sua forma e gradação, bem como não excluindo a responsabilidade penal cabível e tampouco a possibilidade de serem criadas novas sanções pela legislação pertinente (MORAES, 2007, p. 354).

As sanções acrescentadas pela LIA foram: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente; pagamento de multa civil; 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 (art. 12, LIA).

Analisando as sanções em matéria de improbidade administrativa do ponto de vista não restrito à norma constitucional, mas também se voltando para a Lei nº 8.429/1992, é possível perceber que outras sanções são aplicáveis ao particular agente de improbidade para além da indisponibilidade dos bens e do ressarcimento do dano, a dizer: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente; pagamento de multa civil; 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. Inclusive, é por essa razão que o art. 3º da LIA dispõe que as sanções de improbidade serão aplicadas ao terceiro particular somente “no que couber”, ou seja:

A análise do dispositivo demonstra que o particular somente estará sujeito às sanções cominadas *no que couber*, o que deve ser entendido de forma a restringir as sanções àquelas compatíveis com sua condição de *extraneus*, afastando a possibilidade de perda da função pública, o que já seria consequência da própria natureza das coisas e não do preceito legal (GARCIA; ALVES, 2017, p. 355).

Percebe-se, assim, que há sanções tanto na CF/88, quanto na LIA que são diretamente aplicáveis ao particular que pratica ato de improbidade sem que haja vedação constitucional para tanto. Isso porque há sanções do §4º, art. 37, da Constituição que são aplicáveis ao particular e, ao mesmo tempo, constituem um rol mínimo de sanções, de modo a não significar a inconstitucionalidade das demais sanções trazidas pela LIA.

Outra relação que pode ser estabelecida entre a LIA e as normas constitucionais diz respeito aos princípios e à estrutura geral da Administração Pública brasileira. Os princípios gerais da Administração Pública são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37 da Constituição). A exceção pela eficiência, todos os demais princípios são também previstos infraconstitucionalmente na LIA, mais precisamente em seu art. 4º: “Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”.

Vale aqui o adendo de que os princípios do art. 4º não constituem direta e expressamente objeto de proteção específico de determinado ato de improbidade administrativa. Isso porque são atos de improbidade administrativa somente aqueles previstos nos arts. 9º a 11, conforme se deduz da própria redação expressa desses dispositivos, bem como das sanções do art. 12, que somente fazem menção às condutas dos arts. 9º a 11. Nesse sentido,

posicionam-se Marcio Pestana e Luiz Fernando de Camargo Prudente Amaral (2018, p. 128) afirmando que:

[...] não integram a norma primária da norma jurídica em apreço – para fins de ser considerado ato ímprobo sujeito ao apenamento correspondente –, os atos que sejam praticados contrariamente aos princípios da impessoalidade ou da publicidade, a que se refere o art. 4º, do normativo, vez que, segundo a interpretação sistemática adotada pela Lei de Improbidade Administrativa, não integram o antecedente da norma jurídica inserta no art. 11, da Lei 8.429/1992[, que é o dispositivo da LIA que trata dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública].

Existe, ainda, um posicionamento mais restritivo, no sentido de que sequer é admissível conceber como atos de improbidade administrativa aquelas condutas que violam princípios da Administração Pública. Tal divergência está presente tanto na doutrina do Direito Administrativo brasileiro, quanto na jurisprudência (GAJARDONI et al., 2020, p. 65), porém, fato é que existe o dispositivo legal art. 11 da LIA e que, em seu texto, são reconhecidos como atos de improbidade administrativa determinadas condutas que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Sem adentrar no mérito de tais discussões, isso não altera o fato de que o reconhecimento de princípios da Administração Pública no art. 4º da LIA – mesmo que esse dispositivo não trate de atos propriamente ditos de improbidade – implica a sua obrigatoriedade a todos agentes públicos e a toda a Administração Pública em matéria de improbidade administrativa, o que é dito, inclusive, expressamente pela própria LIA e pela Constituição: “Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a [...]” (art. 4º, LIA); e “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de [...]” (art. 37, CF/88).

Em virtude da limitação de espaço do presente trabalho, bem como da abrangência e importância de tal princípio, a discussão a seguir será restrita ao princípio da *moralidade* na Administração Pública e sua relação de afirmação ou negação da possibilidade de particular responder por ato de improbidade, ainda que sem o envolvimento de agente público.

Dos princípios apontados acima, o que mais se relaciona à improbidade administrativa é o princípio da *moralidade*. Tal relação, entretanto, se dá sob certa divergência doutrinária acerca de qual dos princípios (ou bem jurídicos) prevalecem em relação ao outro: se a probidade envolve a moralidade administrativa, ou se a moralidade envolve a probidade administrativa. Na doutrina, pelo menos, o posicionamento majoritário é no sentido de que a moralidade e a probidade, enquanto princípios, seriam expressões sinônimas, haja vista que o art. 37 da

Constituição prevê a moralidade em seu *caput* e, em seu §4º, prevê a improbidade como lesão ao mesmo princípio (CARVALHO, 2019, p. 986).

Apesar de majoritário, tal posicionamento não procede, uma vez que não há menção alguma na Constituição sobre a improbidade administrativa ser uma lesão ao princípio da moralidade e muito menos aos demais princípios do *caput* do art. 37. Se considerado também o art. 4º da LIA, não só a moralidade está ali presente, mas também a legalidade, a impessoalidade e a publicidade como obrigatórios em matéria de improbidade, sem que, ainda por cima, condutas violadoras de tais princípios sejam, necessária e automaticamente, tidas por atos de improbidade; para tanto, é necessário que a conduta se enquadre em um dos tipos de improbidade, do art. 9º ao 11 da LIA.

Há mais sentido, portanto, no posicionamento de, por exemplo, Marcelo Figueiredo (2009, p. 47), segundo o qual “[...] a probidade é espécie do gênero ‘moralidade administrativa’ a que alude, *v.g.*, o art. 37, *caput* e seu § 4º, da CF/88”. E acrescenta-se, ainda, que os atos de improbidade administrativa seriam, na verdade, espécies de imoralidade qualificada, conforme o posicionamento de André Ramos Tavares (2017, p. 1102): “A Constituição erigiu, ao lado do princípio da moralidade, uma especial forma de imoralidade, que considera de improbidade (art. 37, § 4º). É uma especial ou qualificada forma de imoralidade”. É especial, ou qualificada, porque somente ocorre quando da prática das condutas dos arts. 9º ao 11 da LIA e – que é o ponto principal – em virtude de a jurisprudência nacional elencar uma série de quesitos quanto ao elemento subjetivo dos atos de improbidade<sup>3</sup>, tornando a conduta ímproba ainda mais específica e qualificada.

Além disso, essa especialidade vem inserida num campo de proteção generalizado do princípio da *moralidade administrativa* em matéria de improbidade, seja em virtude do art. 4º da LIA, seja em virtude do art. 37, *caput*, da CF/88, que vale para toda a Administração Pública. O princípio da moralidade é, portanto, cogente a toda a Administração Pública e, em matéria específica de improbidade, tal princípio é cogente a toda sua sistemática, de tal modo que da prática de qualquer ato de improbidade administrativa haverá, também, violação à moralidade. Mas é uma imoralidade especial.

Desse modo, em que pese nem sempre imoralidade seja ato ímprobo, todo ato ímprobo será uma imoralidade administrativa e, ademais, uma imoralidade administrativa especial e qualificada. E é constitucional a obrigatoriedade de que, havendo violação da imoralidade administrativa e uma imoralidade que seja qualificada e especializada nos termos da LIA e da

---

<sup>3</sup> Vide nota de nº 02 na p. 03 deste trabalho.

jurisprudência nacional, seja tal conduta legalmente repreendida pelo Estado-juiz e com o acionamento das sanções da LIA.

Mas o art. 3º da LIA delimita que um particular somente pode responder por improbidade se sua conduta for praticada induzindo ou concorrendo para a conduta de agente público tida por ímproba, ou dela se beneficiando, direta ou indiretamente. Desse modo, ainda que um particular aja de forma isolada, sem o envolvimento de agente público, praticando conduta que viole a moralidade administrativa sob quaisquer das espécies dos atos de improbidade (arts. 9º, 10 ou 11 da LIA), não poderá tal particular responder nos termos da LIA.

Ocorre que mesmo aos particulares é cogente a observância da moralidade administrativa quando se relacionam, de algum modo, com o Poder Público. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 109), o princípio da moralidade na Administração Pública “deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública. [A título de exemplo, são] frequentes, em matéria de licitação, os conluíus entre licitantes, a caracterizar ofensa a referido princípio”.

Se, portanto, o particular também é obrigado a observar o princípio da moralidade em suas relações tidas com a Administração Pública, e se todo ato de improbidade administrativa é uma conduta de imoralidade administrativa especial e qualificada, não há sentido algum em um particular, por exemplo, contratado pelo Poder Público não responder por improbidade se, sem o envolvimento de agente público, pratica uma das condutas que são enquadradas legalmente como atos de improbidade. Nesse caso, um particular pratica conduta que se enquadra em um dos tipos de atos de improbidade e, portanto, que se caracteriza como imoralidade administrativa especial e qualificada; violou princípio de obrigatoriedade constitucional – a moralidade administrativa –, mas, em razão de simplesmente não ter o envolvimento de agente público na prática dessa conduta, fica o particular afastado da incidência da LIA.

É importante aqui destacar que essa incompatibilidade possui certas limitações, na medida em que não é todo particular que traz alguma forma de dano à coisa pública que pratica ato de improbidade. Um particular que, por exemplo, invade repartição pública e subtrai indevidamente objetos dessa repartição pratica o delito de furto e, no âmbito civil, terá de ressarcir os danos materiais que tiver causado, mas não se trata, por exemplo, de crime de peculato, que é a mesma subtração, porém, praticada por agente público em razão do cargo; e muito menos será ato de improbidade administrativa, ainda que da equiparação do inciso X, art. 9º, da LIA ao tipo penal do peculato (PAZZAGLINI FILHO, 2018, p. 71).

É necessário, portanto, que a possibilidade de particular responder por improbidade administrativa sem o envolvimento de agente público se assente na relação desse terceiro com a Administração Pública. Este é o ponto. A responsabilização de terceiro por atos de improbidade não deve se restringir ao seu envolvimento com agente público para a prática do ilícito, mas focar na relação desse particular com a Administração Pública – e, claro, se o particular estiver envolvido com agente público na prática do ato ímprobo, automaticamente ter-se-á considerado o seu envolvimento com a Administração Pública, já que “agente público” é a ideia “mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente” (BANDEIRA DE MELLO, 2016, p. 254).

Esse seria o caso dos licitantes em conluio fraudulento, já citado neste trabalho a título exemplificativo. Trata-se de hipótese em que particulares lesam a coisa pública sem o envolvimento de qualquer agente público, mas no procedimento licitatório, de modo que todos estão se relacionando diretamente com a Administração Pública, seja por meio da própria licitação, seja por meio do contrato administrativo que dela resultará – um meio formal de o Estado-Administração, a partir de um instrumento contratual, firmar compromissos recíprocos com terceiros (CARVALHO FILHO, 2017, p. 167). E, nesse caso, devido ao conluio fraudulento, o contrato firmado torna-se viciado, porque não se observou a licitude do elemento *volitivo* da sua elaboração, cuja declaração é, a rigor, o que constitui o requisito de existência dos negócios jurídicos e, por conseguinte, dos contratos (RODRIGUES, 2002, p. 63). É inegável, pois, não só a existência de vínculo direto e expresso desses particulares com a Administração, como também são inegáveis os danos que a conduta dos licitantes em conluio fraudulento traz à coisa pública. Daí a necessidade de, para um caso como esse, por exemplo, ser reconhecida a possibilidade legal de responsabilizar particulares pela prática de atos de improbidade ainda que sem o envolvimento direto ou indireto de agente público.

A partir do que acima foi apresentado, é possível constatar que a obrigatoriedade do princípio da moralidade administrativa torna inconcebível um particular não poder responder por improbidade ainda que sem ter concorrido, induzido ou se beneficiado de conduta ímproba praticada por agente público. Isso, porém, não significa que toda conduta praticada por particular que atente contra a coisa pública será violadora do princípio da moralidade, e muito menos um ato de improbidade administrativa. É preciso, para tanto, que seja identificado se existe um vínculo entre o particular e a Administração Pública que o obrigue a, nessa relação,

observar o princípio da moralidade administrativa, bem como se a conduta praticada pelo particular pode ser considerada um ato de improbidade.

#### **4. INCONGRUÊNCIAS QUE PODEM DECORRER DA RESPONSABILIZAÇÃO ISOLADA DE PARTICULAR POR ATOS DE IMPROBIDADE**

Ao mesmo tempo que existem incongruências em não se conceber a possibilidade de um particular responder por ato de improbidade administrativa sem o envolvimento de agente público, também há outras incongruências que podem decorrer da admissão legal de um particular poder responder por atos de improbidade ainda que sem o envolvimento de agente público na mesma conduta. Isso porque os atos de improbidade administrativa são, em sua grande maioria, aplicáveis apenas a condutas de agentes públicos, o que será objeto de discussão no presente capítulo.

A começar pelo art. 9º da LIA, traz o seu *caput* que: “Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei [...]” (grifo nosso). Somente é possível a prática desse ato de improbidade, portanto, por quem for agente público, isto é, por quem exercer cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades do art. 1º da LIA, que são:

“[...] 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 [...] (art. 1º, LIA).

Ainda que o rol das condutas de improbidade seja meramente exemplificativo, assim o são sempre tendo por base o *caput* do respectivo artigo (MORAES, 2007, p. 347) e, portanto, atentar-se para os incisos de cada um dos artigos de atos de improbidade equivale a identificar a mesma exigência geral presente no *caput*. No caso do art. 9º da LIA, em todos os seus incisos isso se faz presente, de modo que todas as suas condutas somente podem ser executadas por aquele que exercer cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da LIA.

A título de exemplo, o inciso X, art. 9º, da LIA dispõe que será ato de improbidade administrativa a conduta de: “receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado”. É a mesma ideia presente nas diversas modalidades do tipo penal, peculato (art. 312, CP). Marino Pazzagliani Filho (2018, p. 71) aponta que, assim como nas diversas modalidades de peculato,

para a caracterização desse tipo de improbidade também são necessários os seguintes requisitos: que o agente público tenha a posse, detenção ou guarda dos bens, rendas, verbas ou valores públicos; que os incorpore em razão do exercício de seu cargo (*rationi officii*); e, por fim, que se tenha consciência da ilicitude da conduta praticada (*animus rem sibi habendi*).

Nesse sentido, para que seja praticado o ato de improbidade previsto no inciso X, art. 9º, da LIA, é necessário que o agente da conduta tenha incorporado indevidamente bens, rendas, verbas ou valores públicos em razão do exercício do cargo, ou seja, é um ato de improbidade que somente pode ser praticado por agente público.

Ao se voltar para o *caput* do art. 10 da LIA, não se constata o mesmo elemento presente no art. 9º acerca da exigência do *rationi officii* – “em razão do exercício do cargo” – para considerar praticado o ato de improbidade: “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 [...]” (art. 10, *caput*, LIA).

Ocorre que, considerando cada um dos incisos do art. 10, percebe-se que todos eles seguem a mesma lógica presente nos atos de improbidade do art. 9º, somente podendo ser praticados por agentes públicos. O *caput* do art. 10 não prevê a exigência de que o sujeito ativo de improbidade seja agente público, porém, seus respectivos incisos constituem um rol exemplificativo, de forma que cada um deles “exemplifica” modos mais específicos e concretos de se praticar o *caput* do art. 10; e todos esses modos somente são praticáveis por quem é agente público. A título de exemplo, ver os seguintes julgados: STJ, 2ª Turma, REsp 1.326.597/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 12.12.2017, DJe 18.12.2017; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.169.161/PR, rel. Min. Og Fernandes, j. 12.08.2014; STJ, 2ª Turma, REsp 1.164.913/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19.08.2010, DJe 28.09.2010.

Já em relação ao art. 11 da LIA, sua redação não traz a descrição de condutas ímprobas que somente são praticáveis por agentes públicos: “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 [...]”. Neste caso, em que pese estejam, aqui, elencados os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade, o objetivo final do dispositivo acaba sendo a preservação dos princípios gerais da Administração Pública, e não de cada um desses princípios de forma isolada. Além disso, a “honestidade e a lealdade às instituições são associadas à moralidade e à probidade”, ao mesmo tempo em que a “imparcialidade tem elo com a impessoalidade” e a

“legalidade já preexiste por si própria” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 1.162)<sup>4</sup>. Desse modo, acaba que, no fim das contas, tal dispositivo versa sobre a observância dos princípios gerais da Administração Pública e, dentre eles, o princípio da *moralidade*.

Conforme demonstrado no Capítulo 2, ao princípio da *moralidade administrativa* é totalmente compatível a possibilidade de particular vir a responder por atos de improbidade, ainda que sem o envolvimento de agente público para a prática da conduta. Por essa razão, mesmo sem o envolvimento de agente público, existe compatibilidade na descrição do tipo de improbidade do art. 11 da LIA com conduta eventualmente praticável por particular em prejuízo da coisa pública.

Diante de todo esse contexto, é possível notar que seria necessária a disposição de novos atos de improbidade cuja descrição possa ser praticada por particular sem o envolvimento de agente público. Isso porque os tipos de improbidade descritos na LIA são, em sua grande maioria, moldados para serem praticados somente por agente público, o que não altera o fato de que é possível a prática de improbidade administrativa por particular que se relaciona com a Administração Pública, como é o caso dos licitantes em conluio fraudulento. É necessário, portanto, que estudos no âmbito da Administração Pública sejam feitos de modo a possibilitar a identificação de que relações entre o particular e a Administração Pública podem resultar na prática de condutas que seriam tidas, em tese, como atos de improbidade administrativa. No caso da fraude de licitantes em trâmite de procedimento licitatório, por exemplo, em que pese o não envolvimento de qualquer agente público para a prática dessa conduta, enquadra-se ela nos termos do art. 9º da LIA, já que seus praticantes auferiram “vantagem patrimonial indevida”, porém, não “em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º” da LIA, mas em razão de um vínculo direto tido para com a Administração Pública e que, inclusive, resulta em formação de contrato administrativo viciado e danoso à coisa pública.

Resta, por fim, tratar de outra incongruência normativa que pode resultar da admissibilidade legal de particular responder por improbidade sem qualquer envolvimento de agente público na prática da conduta. É que existem outros diplomas normativos dispendo sanções específicas para particulares que praticam condutas concebidas como atos de corrupção. Importa, pois, para o fim da presente pesquisa, também averiguar se, em que pese não seja possível a responsabilização de particular de forma isolada por atos de improbidade, exista outro diploma normativo que preveja a sua responsabilização por condutas que sejam

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, vide também PAZZAGLINI FILHO, 2015, p. 114.

iguais ou equiparadas àquelas, bem assim com as mesmas sanções ou equivalentes – o que tornaria irrelevante a responsabilização isolada de particular por atos de improbidade.

Como bem destaca Aloízio Zimmer Júnior (2018, p. 281), as pessoas naturais – e aqui se inserem tanto particulares, quanto agentes públicos – podem ser responsabilizadas individualmente em matéria de corrupção na Administração Pública por meio das seguintes normativas: *(i)* o Código Penal – Decreto-Lei 2.848/40; *(ii)* a Lei dos Crimes de Responsabilidade – Lei 1.079/50; *(iii)* a Lei da Ação Popular – Lei 4.717/65; *(iv)* a Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Lei Complementar 5/79; *(v)* a Lei do Servidor Público – no âmbito federal, a Lei 8.112/90; *(vi)* o Código de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal – Resolução 20/93; *(vii)* a Lei de Licitações – Lei 8.666/93; *(viii)* a Lei de Lavagem de Dinheiro – Lei 9.613/98; *(ix)* o Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados – Resolução 25/01; *(x)* a Lei de Acesso à Informação – Lei 12.527/11; *(xi)* a Lei de Conflito de Interesses – Lei 12.813/13.

Mediante uma análise dos textos de cada um desses diplomas normativos, e com o auxílio da respectiva doutrina (DE CARLI, 2012, p. 170 e ss.; ARAÚJO, 2020, p. 149; MOURA, 2020, p. 292; NEIVA, 2013, p. 11; SARLET, 2018, p. 879), constata-se que muitos desses diplomas são aplicáveis somente a agentes públicos; que eles não trazem condutas que sejam equivalente a todas as três espécies de atos de improbidade (arts. 9º a 11, LIA); e que tais diplomas normativos não trazem sanções que sejam equivalentes às sanções trazidas pela LIA.

Nesse sentido, não é possível afirmar que a possibilidade de um particular responder por improbidade, independentemente do envolvimento de agente público, seria uma mudança legal sem significância em virtude de outros diplomas legais poderem substituir essa lacuna da LIA. Tal afirmação não procede, pois não existe diploma legal vigente que supra tal lacuna quanto à responsabilização de particular por atos de improbidade administrativa.

## 5. CONCLUSÃO

A presente pesquisa permitiu a identificação de incongruências normativas em não se admitir a possibilidade legal de particular responder por improbidade administrativa sem o envolvimento de agente público. A análise realizada nesta pesquisa teve por base uma ótica do próprio diploma legal que rege a improbidade administrativa, bem assim uma ótica constitucional, com destaque para o princípio geral da Administração Pública *moralidade*.

Foi possível identificar que existe compatibilidade legal e constitucional em se conceber a responsabilização de particular por atos de improbidade, ainda que sem o

envolvimento de agente público, mas é preciso que tal particular, de algum modo, esteja numa relação com a Administração Pública, como é o caso dos licitantes que agem em conluio fraudulento. Além disso, constatou-se ser necessária a criação de atos de improbidade específicos para a responsabilização de particulares que os praticarem, uma vez que os atos de improbidade administrativa existentes são, em sua grande maioria, praticáveis somente por agente público.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O direito administrativo e sua contribuição no enfrentamento à corrupção. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 1, p. 135-159, jan./abr. 2020. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/81387/77724>>. Acesso em: 25 de novembro de 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Processo de improbidade administrativa**: anotado e comentado. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPODIVM, 2019.

BRASIL. **AIA 30/AM**, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28.09.2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 5 out. de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 mar. de 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 7 fev. de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10 mar. de 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 10 jan. de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 11 mar. de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 16 mar. de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 11 mar. de 2021.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 1º jan. de 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 11 mar. de 2021.

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. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 2 jun. de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm)>. Acesso em: 11 mar. de 2021.

BRASIL. **REsp 1.089.911/PE**, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 17.11.2009, DJe 25.11.2009.

BRASIL. **REsp 1.193.248-MG**, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 24/4/2014.

BRASIL. **REsp 1512047/PE**, 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 30.06.2015.

BRASIL. STJ, 1ª Turma, **AgInt no AREsp nº 384.311/MG**, relª Min. Regina Helena Costa, DJe 22.03.2017.

BRASIL. STJ, 1ª Turma, **AgInt no AREsp nº 625949/MG**, rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 08.11.2018.

BRASIL. STJ, 1ª Turma, **AgInt no REsp nº 1.470.080/SP**, rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 26.06.2018.

BRASIL. STJ, 1ª Turma, **REsp nº 480.387/SP**, rel. Min. Luiz Fux, DJU 16.03.2004.

BRASIL. STJ, 1ª Turma, **REsp nº 758.639/PB**, rel. Min. José Delgado, DJe 15.15.2006, p. 171.

BRASIL. STJ, 2ª Turma, **AgInt- AREsp nº 838.141/MT**, rel. Min. Og Fernandes, DJe 03.12.2018.

BRASIL. STJ, 2ª Turma, **AgRg no AREsp nº 81.766/MG**, rel. Min. Humberto Martins. DJe 14.08.2012.

BRASIL. STJ, 2ª Turma, **AgRg no REsp nº 1.245.622/RS**, rel. Min. Humberto Martins, DJe 24.06.2011.

BRASIL. STJ, 2ª Turma, **AgRg no REsp nº 1.355.136/MG**, rel. Min Mauro Campbell Marques, DJe 23.04.2015.

BRASIL. STJ, 2ª Turma, **REsp nº 1.508.169/PR**, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19.12.2016.

BRASIL. STJ, 2ª Turma, **REsp nº 1.659.553/RJ**, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 30.06.2017.

BRASIL. STJ, 2ª Turma, **AgRg no REsp 1.169.161/PR**, rel. Min. Og Fernandes, j. 12.08.2014.

BRASIL. STJ, 2ª Turma, **REsp 1.164.913/RS**, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19.08.2010, DJe 28.09.2010.

BRASIL. STJ, 2ª Turma, **REsp 1.326.597/DF**, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 12.12.2017, DJe 18.12.2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

COUTINHO, Alessandro Dantas; RODOR, Ronald Krüger. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DOTTI, Marinês Restelatto; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Da responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos administrativos e de licitação e contratação**. São Paulo: NDJ, 2021.

FAZZIO JR., Waldo. **Improbidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 47

GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.]. **Comentários à Lei de improbidade Administrativa: Lei 8.429 de 02 de junho de 1992**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

HOLANDA JR., André de; TORRES, Ronny Charles Lopes. **Improbidade administrativa: lei nº 8.429/92**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MONDO, Bianca Vaz. **Obra transparente: Métodos de detecção de fraude e corrupção em contratações públicas**. Transparência Brasil. Material produzido pela Transparência Brasil com financiamento do Fundo de Democracia das Nações Unidas (UNDEF), 201-.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Transparência administrativa, Lei Federal nº 12.527/2011 e sigilo dos documentos públicos: a inconstitucionalidade das restrições ao acesso à informação. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.11, n.2, p.289-324, ago.2016| DOI: 10.5433/1980-511X.2016v11n2p289. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/23841>>. Acesso em 24 de novembro de 2020, p. 292.

NEIVA, José Antonio Lisbôa. **Improbidade administrativa**: legislação comentada artigo por artigo. 4. ed. Niterói: Impetus, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho de Rezende. **Manual de improbidade administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

PAZZAGLINI FILHO, Mariano. **Lei de improbidade administrativa comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PAZZAGLINI FILHO, Mariano. **Lei de improbidade administrativa comentada**. 6. ed. São Paulo, Atlas, 2015.

PESTANA, M.; AMARAL, F. de C. P. A. **Improbidade administrativa**: na Lei 8.429/1992. Belo Horizonte-MG: Letramento: Casa do Direito, 2018.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 28. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional* / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Corrupção e improbidade administrativa**: cenários de risco e a responsabilização dos agentes públicos municipais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.