

Responsabilidade civil e penal de agente público nos casos de delegação do ato de ordenação de despesas*

Civil and criminal liability of public official in the cases of delegation of the expenses commanding act

*Luciano Moreira de Oliveira***

RESUMO

A execução da despesa pública é um procedimento de grande importância para o desempenho da função administrativa e que merece especial atenção, pois implica o desembolso de recursos do erário. Com a crescente complexidade da atividade administrativa, a ordenação da despesa pública tem sido alvo de delegação de competência no serviço público. Assim, identificada a prática de ato ilícito decorrente da ordenação de despesas por agente público no exercício de competência delegada, faz-se necessário

* Artigo recebido em 11 de maio de 2016 e aprovado em 20 de outubro de 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66663>.

** Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal. E-mail: luciano_lmo@ig.com.br.

Doutorando em direito público pela Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em saúde pública pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em direito sanitário pela Escola de Saúde Pública de Minas Gerais (ESP/MG). Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais.

analisar os casos e os requisitos para a caracterização da responsabilidade civil e penal do agente público delegante. O presente artigo relata uma análise dogmática sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE

Ato administrativo — delegação de competências — ordenação de despesas — improbidade administrativa — responsabilidade penal

ABSTRACT

The implementation of public expenditure is an important procedure for the performance of administrative functions and it deserves special attention because it involves the disbursement of treasury resources. With the increasing complexity of administrative activity, the expenses commanding act has been delegated in the public service. Thus, identified the practice of tort or crime arising from the ordination of expenditure by public official in the delegated powers of exercise, it is necessary to examine the cases and requirements for the characterization of civil and criminal liability of the public official who delegator. This article reports a dogmatic analysis of the topic.

KEYWORDS

Administrative act — delegation of powers — expenses commanding — administrative improbity — criminal liability

1. Introdução

O amplo conjunto de atividades prestadas pelo Estado — serviço público, poder de polícia, fomento e intervenção no domínio econômico — exige a estruturação cada vez mais ampla de instituições, recursos materiais e humanos para o exercício da função administrativa. Como pontua Marçal Justen Filho, para a função administrativa do Estado é necessário “um conjunto de pessoas e de bens, organizados de modo estável e permanente”.¹

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 39.

A crescente complexidade das estruturas da administração pública moderna e o acúmulo de competências impõem o concurso de agentes diversos para a execução das tarefas administrativas, muitas vezes levando à utilização de institutos jurídicos para a distribuição dos encargos administrativos, como a desconcentração e a delegação de competências.

A realização da despesa pública,² como atividade de aplicação de recursos financeiros do Estado, não foge à regra, e não raramente a competência para ordenação é delegada por gestores públicos a outros agentes a eles subordinados.

No momento, para a análise da responsabilidade dos agentes públicos por atos de ordenação de despesas realizados por terceiros no exercício da competência administrativa delegada, é necessário, primeiramente, delimitar o campo de estudo e a abrangência da análise:

1. Analisar-se-á o ato de ordenação de despesas como espécie da categoria ato administrativo;

2. Tratar-se-á da responsabilidade de agentes públicos pela prática dos atos de ordenação de despesas. Faz-se esse esclarecimento para determinar que não se aprecia, no caso, a responsabilidade estatal, regida pelo art. 37, §6º, da Constituição;

3. Examinar-se-ão as possibilidades de responsabilização do agente que delega a competência para a ordenação de despesas, diante da identificação de ato ilícito.

2. Ordenação de despesas como ato administrativo

2.1 *Do ato administrativo e seus elementos*

A manifestação de vontade da administração pública no exercício da função administrativa materializa-se, nos termos da lei, pela prática de atos administrativos. Para Celso Antônio Bandeira de Mello os atos administrativos podem ser conceituados como:

[...] declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes — como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de

² Segundo a Lei nº 4.320/1964, a realização da despesa pública passa pelas fases de empenho (art. 58), liquidação (art. 62) e pagamento (art. 64).

prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.³

Maria Sylvia Zanella Di Pietro segue posição muito próxima ao definir o ato administrativo como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.⁴

De ambos não destoa Marçal Justen Filho que afirma que o “ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa”.⁵

Essas definições têm em comum o tratamento do ato administrativo como declaração de vontade produzida no exercício da função administrativa e, portanto, submetida a regime jurídico de direito público.

Dando cumprimento à função administrativa, o ato administrativo é, portanto, subordinado e complementar à lei e está sujeito ao controle jurisdicional por força do art. 5º, XXXV da Constituição.

Embora a doutrina não seja uniforme quanto à denominação dos aspectos que integram o ato administrativo, sendo para uns elementos,⁶ para outros elementos e requisitos,⁷ interpretando-se o disposto no art. 2º da Lei nº 4.717/1965, pode-se afirmar que os atos administrativos têm a seguinte estrutura:

1. Competência (sujeito);
2. Objeto (conteúdo);
3. Forma;
4. Motivo;
5. Finalidade.

Interessa-nos, neste momento, a apreciação da competência para a prática de ato administrativo. Por força do princípio da legalidade, que rege a administração pública brasileira (art. 37, *caput*, da Constituição), a competência abrange o conjunto de atribuições conferidas pela lei a um órgão ou agente público.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 389.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 196.

⁵ *Ibid.*, p. 219.

⁶ Conforme *ibid.* p. 202 e ss.

⁷ Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 394 e ss.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro chama atenção para a aplicação à competência das seguintes regras:

1. decorre sempre da lei, não podendo o próprio órgão estabelecer, por si, suas atribuições;
2. é inderrogável, seja pela vontade da Administração, seja por acordo com terceiros; isto porque a competência é conferida em benefício do interesse público;
3. pode ser objeto de delegação ou de avocação, desde que não se trate de competência conferida a determinado órgão ou agente, com exclusividade, pela lei.⁸

A ideia de delegação acompanha, portanto, o conceito de competência, tratando-se de providência comumente necessária à gestão pública.

O art. 12 da Lei nº 9.784/1999 autoriza a delegação de competências, desde que inexistente impedimento legal.⁹

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

De seu turno, o art. 13 da Lei nº 9.784/1999 indica casos em que a delegação de competências é vedada:

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

- I — a edição de atos de caráter normativo;
- II — a decisão de recursos administrativos;
- III — as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

⁸ Ibid., p. 204.

⁹ Segundo o STJ, “a competência é elemento do ato que advém diretamente da lei, e porque proveniente desta é intransferível e improrrogável, salvo se a lei dispuser expressamente sobre a possibilidade de delegação ou avocação” (STJ, REsp no. 724.196/RS. Relator: min. José Delgado. Julgamento em 23/10/2007. *DJ*, 19/11/2007).

É necessário realçar que a delegação de competência deve ocorrer de forma precisa e determinada. A delegação, embora desloque o feixe de atribuições para o delegado, não subtrai a competência do delegante, que permanece seu titular.

2.2 A ordenação de despesas como ato administrativo

O Decreto-Lei nº 200/1967 dispõe que o “ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda”. Embora dirigida à União, a definição pode ser acolhida como norma geral de direito financeiro, como autoriza a interpretação conjunta do art. 24, I, c.c. §1º da Constituição.

Helio Saul Mileski esclarece que:

Ordenador de Despesa é a autoridade administrativa com competência e atribuição para ordenar a execução de despesas orçamentárias, envolvendo a emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimimento ou dispêndio de recursos públicos, com a obrigação de prestar contas desses atos, mediante processo de tomada de contas, com julgamento perante o Tribunal de Contas.¹⁰

Percebe-se, pois, que a ordenação de despesas é ato administrativo. Isso porque constitui manifestação de vontade do Estado, no exercício da função administrativa, exercida ao abrigo da lei — no caso, o orçamento público —, com vistas a lhe assegurar cumprimento. Tratando-se de desempenho de atividade administrativa, por força do já citado art. 5º, XXXV, da Constituição, trata-se de atividade sujeita ao controle do Poder Judiciário.

Fábio Medina Osório ressalta que a ordenação de despesas é ato tipicamente decisório, circunstância esta de especial importância na apreciação da relação de causalidade para a prática de ato de improbidade administrativa e identificação de autoria ou participação.¹¹

¹⁰ MILESKI, Helio Saul. O ordenador de despesa e a lei de responsabilidade fiscal — conceituação e repercussões jurídico-legais. *Interesse Público*, n. 15, 2002. Disponível em: <www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/168.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

¹¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Por outro lado, verifica-se que o ato de ordenação de despesas é, regra geral, passível de delegação, observadas eventuais restrições legais.¹²

3. Da responsabilidade decorrente da ordenação de despesas por agente público delegado

3.1 Aspectos gerais

A ordenação de despesas e sua eventual delegação interessa-nos, por ora, no que se refere à imputação de responsabilidade pela eventual prática de ato ilícito, aqui entendido como o ato antijurídico, isto é, aquele que constitui ofensa à ordem jurídica.¹³

De imediato, é relevante destacar que, nos termos definidos, o ilícito constitui, como pontuou o ministro Joaquim Barbosa, uma unidade ontológica, não havendo diferença substancial entre o ilícito administrativo, civil ou penal. Sua repercussão em cada campo do direito dependerá dos efeitos que lhe atribua o legislador.¹⁴

Assim, eventuais ilícitos praticados no âmbito da competência para ordenar despesas poderão acarretar efeitos administrativos, civis, penais e até mesmo políticos, neste caso, a depender da natureza do vínculo que o agente público entretém com o Estado.¹⁵

No exercício de sua competência, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem apontado majoritariamente¹⁶ que a delegação de competências não isenta

¹² Entende-se que a ordenação de despesas com ações e serviços públicos de saúde está a cargo dos titulares do Ministério da Saúde, secretarias estaduais e municipais de saúde ou órgãos equivalentes, por interpretação das Leis nº 8.080/1990 e nº 8.142/1990. Dessa forma, eventual delegação deve observar a pertinência temática do agente público ou órgão delegatário, ou seja, deve integrar a estrutura do órgão gestor da saúde na respectiva esfera da federação.

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁴ Inquérito 1968-2/DF.

¹⁵ Trata-se da apreciação da prática de crime de responsabilidade ou infração político-administrativa no âmbito da chamada “jurisdição política”.

¹⁶ Acórdãos dissonantes apontam para a necessidade de apuração, caso a caso, da culpa do agente que delega a competência: A responsabilidade da autoridade delegante pelos atos delegados não é automática ou absoluta, sendo imprescindível para a definição dessa responsabilidade a análise das situações de fato que envolvem o caso concreto. A autoridade delegante pode ser responsabilizada sempre que verificada a fiscalização deficiente dos atos delegados (culpa *in vigilando*), o conhecimento do ato irregular praticado ou a má escolha do agente delegado (culpa *in eligendo*) (TCU, Acórdão 6934/2015, Primeira Câmara, relator ministro Benjamin Zymler).

de responsabilidade o delegante pela prática de ilícitos na ordenação da despesa pública:

No caso das despesas realizadas em 2007 e 2008, a responsabilidade recai no então Secretário-Geral de Governo da Prefeitura de Traipu/AL [...], que atuou como ordenador de despesas e assinou os cheques dos pagamentos impugnados, sem que estivesse devidamente comprovada a prestação dos serviços. Há responsabilidade solidária do então prefeito [...], que delegou competência que lhe é conferida pela Lei Orgânica.

Precedentes desta Corte apontam para a responsabilização solidária dos prefeitos municipais pelos atos praticados por delegação ou desconcentração de atividades, ao considerar que o instrumento da delegação de competência não retira a responsabilidade de quem delega, bem como que, no processo de delegação, remanesce a responsabilidade no nível delegante em relação aos atos do delegado (Acórdãos 56/1992, 54/1999 e 629/2006, do Plenário, 42/2007, da 1ª Câmara, e 153/2001, 448/2003, 2.309/2003 e 1.782/2007, da 2ª Câmara). (TCU, TC 011.306/2015-7. Segunda Câmara, relator ministro Raimundo Carneiro. Julgamento 5/4/2016).

A delegação de competência não implica delegação de responsabilidade, competindo ao gestor delegante a fiscalização dos atos de seus subordinados, especialmente em situações nas quais, pela importância do objeto e materialidade dos recursos envolvidos, a necessidade de supervisão não pode ser subestimada. (TCU, Acórdão 2403/2015, Segunda Câmara, relatora ministra Ana Arraes)

O instituto da delegação é uma manifestação da relação hierárquica que transfere atribuições ao agente delegado, mas não exime o autor da delegação do dever de acompanhar os atos praticados. Isso porque as prerrogativas e os poderes do cargo, tais como a supervisão, não são conferidos em caráter pessoal ao agente público, mas sim para o bom desempenho de seu papel institucional, sendo, portanto, irrenunciáveis. (TCU, Acórdão 0830/2014, Plenário, relator ministro Marcos Bemquerer)

O conselheiro Eduardo Carone Costa, em voto proferido em consulta no Tribunal de Contas de Minas Gerais (TCE), enfatizou:

De fato, o delegante, ao transferir a servidor a prática de ato que lhe é privativo, não decai da sua competência. Mas, em se tratando de consulta, que é uma orientação, acho que é preciso ir mais além. Ele não perde a competência e também não decai da sua responsabilidade. Quem delega não se livra da responsabilidade. A delegação não transfere responsabilidade. [TCE/MG, Consulta no. 724.177, Relator: conselheiro Simão Pedro Toledo, Julgamento em 22/8/2007]

No entanto, o tema ainda é alvo de controvérsias. Em voto proferido nos autos do Processo Administrativo nº 703.604, em 4 de agosto de 2009, o conselheiro Antônio Carlos Andrada afirmou que, regra geral, é o delegado que responde pelo ato realizado, cabendo a responsabilização do delegante em hipóteses excepcionais, analisadas caso a caso.

3.2 Responsabilidade pela prática de ato de improbidade administrativa

O ato ilícito praticado por agente público no exercício de suas funções, que venha a atentar contra o dever de probidade, está sujeito a uma série de sanções, como dispõe o art. 37, §4º, da Constituição: “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”.

A prática de ato de improbidade administrativa implica a incidência de sanções de natureza cível previstas na Lei nº 8.429/1992. Referida lei, dispondo sobre a matéria, tipificou três espécies de ilícitos: atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10); atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

Tratando-se de ilícito civil, os atos de improbidade administrativa podem ser reconduzidos à categoria geral de ato ilícito descrita no art. 186 do Código Civil, que enuncia: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A partir desse conceito, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal identificam os seguintes elementos dos atos ilícitos:

Em qualquer hipótese, para o reconhecimento de fato ilícito é imprescindível comprovar a presença de alguns elementos essenciais, que podem ser sintetizados: i) a conduta do agente (comissiva ou omissiva) contrária ao ordenamento jurídico; ii) a culpa (*lato sensu*, abarcando, a um só tempo, o dolo, e a culpa *stricto sensu*, caracterizada pela imprudência, negligência e imperícia); iii) o dano causado a terceiro (de ordem patrimonial ou não patrimonial); iv) o nexo de causalidade entre a conduta culposa e o prejuízo imposto ao ofendido.¹⁷

Sem embargo das possibilidades de responsabilização cível independente de culpa (responsabilidade objetiva), percebe-se que a configuração de ato ilícito depende da conduta dolosa ou culposa do agente.

Nesse sentido, a Lei nº 8.429/1992, no art. 5º, art. 9º, art. 10 e art. 11 estabelece, com clareza, hipótese de responsabilidade subjetiva. Outrossim, na descrição das espécies de atos de improbidade administrativa, apenas no art. 10, *caput*, que dispõe sobre atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, admite-se a responsabilização na modalidade culposa.¹⁸

Em resumo, conclui-se que “o mínimo da responsabilidade por ato de improbidade administrativa é a culpa (dolo e culpa), uma vez que *nulla poena sine culpa*”,¹⁹ como pontua Waldo Fazzio Júnior. Aliás, o autor destaca que a Lei nº 8.429/1992 utilizou técnica similar à legislação penal, ou seja, a regra é a responsabilização por dolo, subsistindo a responsabilidade por culpa, quando expressamente prevista em lei.

A necessidade de demonstração do elemento subjetivo tem sido reiteradamente exigida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), como exemplifica o acórdão a seguir transcrito:

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

¹⁷ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, *Direito civil*, op. cit., p. 590.

¹⁸ Nesse sentido e discorrendo sobre os conceitos de dolo e de culpa confira-se: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008. Conferir p. 266 e seguintes.

¹⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo Fazzio. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 133.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

Precedente.

2. Esta Corte Superior pacificou seu entendimento no sentido de que o enquadramento de condutas alegadamente ímprobas no art. 11 da Lei n. 8.429/92 depende da configuração do elemento subjetivo doloso.

Precedentes.

3. Na espécie, a origem deixou claro que os recorridos fiaram-se na constitucionalidade de lei municipal que autorizava a contratação temporária na hipótese em concreto, até porque a tese acerca da compatibilidade entre a lei municipal e a Constituição da República vigente era controversa à época dos fatos. Trechos do acórdão recorrido.

4. Diante destes fatos, é evidente que inexistiu dolo a justificar ação de improbidade administrativa com base no art. 11 da Lei n. 8.429/92.

5. Recurso especial não provido. [STJ, REsp 1187751/MG, 2ª Turma, relator ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento em 21/9/2010. *DJe*, 8/10/2010]

A jurisprudência do STJ, no entanto, nas hipóteses em que se mostra necessário dolo, varia quanto à exigência de dolo genérico²⁰ ou de dolo

²⁰ “[...] no terreno pragmático a exigência de dolo genérico, direto ou eventual, para o reconhecimento da infração ao art. 11, não trará maiores prejuízos à repressão à imoralidade administrativa. Filio-me, portanto, aos precedentes da Primeira Turma que afirmam a necessidade de caracterização do dolo para configurar ofensa ao art. 11.

5. Ainda que se admita a necessidade de comprovação desse elemento subjetivo, forçoso reconhecer que o art. 11 não exige dolo específico, mas genérico: “vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora”. Nessa linha, é desnecessário perquirir a existência de enriquecimento ilícito do administrador público ou o prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade. (STJ, REsp no. 765.212, 2ª Turma, relator ministro Herman Benjamin. Julgamento em 2/3/2010. *DJe*, 23/6/2010)

“Os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei nº 8429/92 dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente.” (STJ, AgRg no REsp 1523435/SP, 2ª Turma, relator ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento em 18/2/2016. *DJe*, 29/2/2016)

específico, neste caso, a prova de má-fé.²¹ A nosso aviso, a necessidade de assegurar efetiva tutela ao patrimônio público, assim como a técnica utilizada na redação da Lei nº 8.429/1992, apontam para a suficiência do dolo genérico, o que satisfaz a exigência de responsabilização subjetiva do agente público sancionado pela prática de ato de improbidade administrativa.²²

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

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

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

²¹ “Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “para a configuração do ato de improbidade previsto no art. 11, inc. VI, da Lei n. 8.429/92, não basta o mero atraso na prestação de contas, sendo necessário demonstrar a má-fé ou o dolo genérico na prática de ato tipificado no aludido preceito normativo” (STJ, AgRg no REsp 1.223.106/RN, rel. ministro Og Fernandes, Segunda Turma, *DJe*, 20/11/2014). Em igual sentido: STJ, AgRg no AREsp 488.007/RN, rel. ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, *DJe*, 14/5/2014; AgRg no AREsp 526.507/PE, rel. ministro Humberto Martins, Segunda Turma, *DJe*, 19/8/2014.” (STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 522831/AL, relatora ministra Assusete Magalhães. Julgamento em 10/3/2016. *DJe*, 17/3/2016)

²² A diferença entre a exigência de dolo genérico e de má-fé parece-nos ter sido adequadamente tratada por José César Naves de Lima Junior a partir da diferenciação entre dolo natural e dolo normativo ou *dolus malus*, presente no direito penal: “Por outro lado, conquanto a *mens legis* pareça perseguir a proteção do interesse público, nossos tribunais firmaram entendimento no sentido de se exigir a prova de dolo específico para a responsabilização civil do agente público, ou seja, a má-fé. Depreende-se da leitura de diversos julgados que essa aleivosia corresponde ao que o direito penal chama de dolo normativo, no qual além da consciência e vontade exige-se também a consciência atual da ilicitude (*dolus malus*), que caracteriza o elemento normativo do dolo. Desse modo, essa orientação pretoriana além de acentuar a possível vulnerabilidade do corpo social, tem servido de instrumento da salvaguarda de práticas ilícitas dadas às dificuldades de se produzir provas desse elemento subjetivo” (LIMA JÚNIOR, José César Naves de. O gradualismo eficaz do *dolus malus* na improbidade administrativa. *Carta Forense*, n. 110, jul. 2012. Disponível em: <www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-gradualismo-eficaz-do-dolus-malus-na-improbidade-administrativa/8842>. Acesso em: 24 abr. 2016).

Além disso, a contribuição para a prática do ato de improbidade administrativa prescinde da formal realização do ato de ordenação de despesas. O verbo induzir, assim como a menção genérica à possibilidade de concorrer para o ilícito, previstos no art. 3º da Lei nº 8.429/1992, abrem espaço a possibilidades não materiais de participação, inclusive por meio da influência na vontade do autor material do ato.

A mera alegação de existência de ato de delegação de competência não é suficiente, portanto, para eximir a responsabilidade do titular, como afirma Fábio Medina Osório:

Para que exista imputação de improbidade a um agente público, será imprescindível observar a relação causal do ato *improbis* com a competência funcional do agente, seja na ação, seja na omissão. A mera delegação de competências não exclui a responsabilidade do agente, embora possa atenuá-la, se seguir ele dentro de uma órbita competencial definida. Se persistir competência supervisora ou fiscalizadora, o agente poderá ser chamado a responder em conjunto com o agente a ele subordinado, o que não equivale a reconhecer responsabilidade objetiva.²³

De outro lado, quanto à caracterização do elemento subjetivo, é de importância ímpar avaliar, em concreto, a conduta do agente público quanto aos seus deveres legais na gestão das atividades administrativas, sobretudo a fim de verificar a infração a dever legal que caracterize negligência e permita amoldar sua conduta ao disposto no art. 10 da Lei nº 8.429/1992. É nessa linha, aliás, que caminha a jurisprudência do TCU mencionada.

Assim, embora a responsabilidade direta pela prática do ato de improbidade administrativa recaia sobre o ordenador de despesas no exercício da competência delegada, a apreciação do caso concreto poderá levar à identificação de circunstâncias outras que vinculem o titular da competência na cadeia causal, agindo por dolo ou por culpa, neste caso, para fins de responsabilização por ilícito previsto no art. 10 da Lei nº 8.429/1992.

²³ Fábio Medina Osório, *Teoria da improbidade administrativa*, op. cit., p. 300.

3.3 Da responsabilidade penal

Eventuais atos ilícitos praticados na ordenação de despesas podem caracterizar crimes previstos na legislação penal, podendo-se mencionar, por serem mais comuns, exemplificativamente, aqueles previstos no art. 312,²⁴ art. 359-C²⁵ e art. 359-D,²⁶ do Código Penal, e art. 1º, I e V, do Decreto-Lei nº 201/1967.²⁷

À exceção das hipóteses previstas na legislação sobre crimes ambientais em relação às pessoas jurídicas, a prática de ilícitos penais depende de comprovação do elemento subjetivo:

Art. 18 — Diz-se o crime:

I — doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

II — culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único — Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Segundo o conceito analítico de crime, trata-se de ação ou omissão típica, ilícita e culpável.²⁸ Em outras palavras: uma conduta voluntária, dolosa ou culposa, contrária ao ordenamento jurídico, atribuível a um agente imputável, sobre o qual seja possível realizar um juízo de reprovação ou censura.

²⁴ Art. 312 — Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena — reclusão, de dois a doze anos, e multa.

²⁵ Art. 359-C. Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

²⁶ Art. 359-D. Ordenar despesa não autorizada por lei:

Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

²⁷ Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I — apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

[...]

V — ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes.

²⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Em se tratando dos atos de ordenação de despesas, as infrações penais mencionadas anteriormente são puníveis apenas na modalidade dolosa. Assim, a responsabilização do titular da competência delegada depende, nesses casos, da demonstração de que agiu com dolo.

Por outro lado, para que seja responsabilizado o titular da competência delegada, faz-se mister identificar sua contribuição para a cadeia causal que leve à execução da prática delitiva. Assim, como regra, a responsabilidade penal há de incidir sobre o agente que ordena a despesa, ainda que no exercício de competência delegada.

Não obstante, há duas circunstâncias importantes a serem consideradas. A primeira delas relaciona-se ao disposto no art. 29, *caput*, do Código Penal, que estabelece: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Ainda que não seja autor material do ato de ordenação de despesas, o titular e autor da delegação pode sofrer responsabilização na hipótese de se identificar sua contribuição por instigação²⁹ ou cumplicidade.³⁰ A primeira prescinde de atos materiais e envolve a influência no elemento anímico do executor do crime.

De outro lado, é necessário apurar a dolosa violação a dever legal de vigilância, caracterizando, assim, omissão penalmente relevante prevista no art. 13, §2º, “a” e “c”, do Código Penal:

§2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

[...]

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Assim, embora em primeira linha a responsabilidade sobre os ilícitos decorrentes da ordenação de despesa executada por agente delegado recaia sobre este, não se pode afastar a possibilidade de imputação ao titular da

²⁹ “Instigação é a dolosa colaboração de ordem espiritual objetivando o cometimento de um crime doloso.” BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 181.

³⁰ Novamente, trazemos a lição de Nilo Batista: “Cumplicidade é a dolosa colaboração de ordem material objetivando o cometimento de um crime doloso”. *Ibid.*, p. 186.

competência delegada quando os elementos de prova permitirem identificar sua contribuição voluntária, dolosa ou culposa, para a prática de crime.

4. Considerações finais

A delegação de competências administrativas no contexto da desconcentração de atividades é uma necessidade dos agentes e órgãos públicos, sobretudo no contexto atual de crescente complexidade das atividades administrativas.

A ordenação de despesas, como espécie de ato administrativo, pode ser delegada a terceiros. Havendo a identificação da prática de atos ilícitos, com repercussão cível ou criminal, é necessária detida apuração dos fatos, a fim de verificar se o exercício da delegação não se deu como forma de ocultar o verdadeiro autor intelectual do ato administrativo, que pode ter concorrido e se beneficiado da prática do ilícito, ainda que não tenha, formalmente, executado ato administrativo.

Identificada a concorrência, a qualquer título, do agente que delegou a competência para terceiro para a prática do ato de ordenação de despesas, poderá aquele ser responsabilizado civil ou penalmente, desde que demonstrado o nexo de causalidade entre sua conduta e o resultado, assim como a ocorrência de culpa ou dolo, conforme o caso.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo Fazzio. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LIMA JÚNIOR, José César Naves de. O gradualismo eficaz do *dolus malus* na improbidade administrativa. *Carta Forense*, n. 110, jul. 2012. Disponível em: <www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-gradualismo-eficacial-do-dolus-malus-na-improbidade-administrativa/8842>. Acesso em: 24 abr. 2016.

MILESKI, Helio Saul. O ordenador de despesa e a lei de responsabilidade fiscal — conceituação e repercussões jurídico-legais. *Interesse Público*, n. 15, 2002. Disponível em: <www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/168.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.