

Improbidade administrativa: é constitucional a modalidade culposa?

Naira Gomes Guarinho de Senna*
Siddharta Legale Ferreira**

Resumo: A presente monografia aborda o tema da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa. A aplicação desse instituto previsto na Lei n. 8.429/1992 é controversa na jurisprudência brasileira, causando insegurança jurídica e ineficácia ao combate da Improbidade. Em primeiro momento, alguns temas são abordados como propedêutica: a relação entre a improbidade e corrupção, por meio de seus delineamentos históricos, análise das teorias explicativas e conceituação de ambos. A partir das semelhanças e diferenças, restará comprovado que os dois fenômenos estão intimamente ligados. Em segundo momento, serão analisadas as espécies de atos de improbidade administrativa previstos Lei n.º 8.429/1992, bem como o caráter exemplificativo desse rol. Em terceiro momento, a controvérsia sobre a constitucionalidade da modalidade culposa, na jurisprudência e na doutrina brasileiras, de ato de improbidade – hipótese prevista no caput do art. 10 da lei citada.

O combate à Improbidade também atinge a corrupção. A Lei de Improbidade Administrativa é um instrumento desse combate, por isso sua aplicação deve ser adequada e uniforme. A controvérsia a respeito da modalidade culposa impede o avanço no controle judicial dos atos de improbidade. Afinal, seria o agente público inábil punível como ímprobo? Quatro correntes respondem essa indagação. Nessa monografia, endossamos a corrente que defende a constitucionalidade da modalidade culposa, desde que se entenda a culpa do caput do art. 10, da Lei n.º 8.429/92 como “culpa grave ou gravíssima”, bem como que seja feita uma extensão dessa modalidade de culpa grave ou gravíssima para as demais hipóteses de atos de improbidade do art. 9º e 11, do mesmo diploma. Entender de outro modo seria ferir os princípios da proibição do excesso e da razoabilidade. Essa solução pode ser adotada por meio

* Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

** Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

do ajuizamento ao Supremo Tribunal Federal (STF) de uma ação de declaratória de constitucionalidade com pedido de interpretação conforme a Constituição.

Palavras-chave: *Corrupção; Improbidade; Ato Culposos.*

1 Aspectos gerais

A improbidade administrativa, embora tecnicamente distinta da corrupção propriamente dita, aos olhos do público não especializado, encerra dilemas semelhantes em relação à proteção da coisa pública. A improbidade envolve o enriquecimento sem causa, o dano ao erário e a violação aos princípios da administração pública, como moralidade, impessoalidade e eficiência. O objetivo do presente texto é estudar, mais precisamente, a modalidade culposa dos atos de improbidade e analisar a sua constitucionalidade. A aplicação adequada da modalidade culposa é um instrumento legítimo de combate e também de prevenção da improbidade e da corrupção.

A modalidade culposa da improbidade administrativa depara-se, de fato, com uma profunda divergência, doutrinária e jurisprudencial, em aberto e sem qualquer perspectiva de solução imediata. Na doutrina, existem diversas correntes, desde as que consideram a improbidade culposa inconstitucional até aquela que pensa ser perfeitamente legítima. Do ponto de vista jurisprudencial, a controvérsia é tão intensa que, por exemplo, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, há divergência entre a Primeira e a Segunda Turma sobre a possibilidade de aplicar a modalidade culposa. A discussão, como se poderá notar, não é meramente acadêmica, pois o administrador que, com imprudência, imperícia ou negligência, dá causa a um ato de improbidade, dependendo a posição adotada, poderá sofrer as pesadas sanções previstas no art. 37, §4º, Constituição Federal de 1988 e no art. 12, Lei nº 8.429/1992.

Todo esse desentendimento generalizado, de um lado, dá margem à impunidade daqueles agentes que, melhor assessorados juridicamente, conseguem escapar aos rigores da lei e, de outro, enseja injustiça em relação aos agentes que, muitas vezes, não mereceriam a reprimenda legal,

mas acabam sendo punidos por decisões judiciais sem a devida ponderação. Pautado nessas preocupações, o presente texto responderá ao fim das três indagações fundamentais: É constitucional a modalidade culposa de improbidade? Quais os parâmetros para proteger a coisa pública sem gerar injustiças? O que fazer para superar essas divergências e estabelecer parâmetros razoáveis para a aplicação da referida modalidade?

Antes de responder diretamente a tais perguntas, são estabelecidas algumas premissas teóricas importantes para a compreensão do tema a partir do seguinte roteiro: (i) análise da relação entre corrupção e improbidade por meio do delineamento histórico, das teorias explicativas e dos conceitos de ambos; (ii) abordagem das espécies de ato de improbidade; (iii) comparação da jurisprudência brasileira, dos principais Tribunais Superiores e de alguns Tribunais Estaduais, sobre a modalidade culposa do ato de improbidade; (iv) análise da modalidade culposa na doutrina nacional; e, por fim, (v) a conclusão, com a tomada de posição sobre a constitucionalidade da modalidade culposa, apresentando algumas medidas cabíveis para superar esse grave caso de insegurança jurídica que acomete a proteção da coisa pública.

2 Corrupção e Improbidade

A corrupção e a improbidade são fenômenos estreitamente relacionados. A improbidade possui um conceito mais abrangente que engloba as práticas análogas a da corrupção, perpetradas por agentes públicos.¹ Em decorrência dessa íntima ligação, faz-se necessário abordar separadamente o **histórico**, o **conceito** e as **teorias** que explicam a corrupção e a improbidade, para melhor apreciar as semelhanças e diferenças entre eles. Começaremos pela corrupção.

¹ “A expressão agentes públicos tem sentido amplo. Significa o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado. Essa função, é mister que se diga, pode ser remunerada ou gratuita, definitiva ou transitória, política ou jurídica. O que é certo é que, quando atuam no mundo jurídico, tais agentes estão de alguma forma vinculados ao Poder Público”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 637.

2.1 Delineamento histórico da corrupção

De início, é possível abordar a corrupção por duas perspectivas: a dos antigos e a dos modernos. A dicotomia lançada por Benjamin Constant leva em conta a importância atribuída pela sociedade sobre o espaço público ou privado. Os antigos preocupavam-se com a liberdade política, no espaço público, e os modernos, com a liberdade econômica, no espaço privado.²

Quando se fala em corrupção na visão dos antigos, refere-se quase sempre à degeneração dos costumes de uma sociedade que ocorre naturalmente de tempos em tempos, de forma cíclica. Tanto é assim que Aristóteles, por exemplo, contrapõe as formas boas de governo às formas corrompidas ou deturpadas. Em *A Política*, tem-se a explicação de que existem formas ideais (monarquia, aristocracia e democracia³), nas quais, embora sejam governadas por um, alguns ou muitos, o bem comum é realizado. As formas deturpadas (tirania, oligarquia e demagogia/oclocracia), por sua vez, não possuem o desígnio de satisfazer o bem comum, mas sim o interesse do tirano, de um pequeno grupo ou da massa.^{4, 5}

A corrupção nos modernos sofre uma alteração semântica. As pré-compreensões individualistas desenvolvidas à época, provavelmente,

2 CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: **Filosofia Política 2**. São Paulo/Porto Alegre: Unicamp/UFRGS, L&PM Ed., 1985.

3 Há uma intensa divergência quanto à terminologia utilizada para designar o modelo de algumas cidades-estado grega, quando se fala em governo ode muitos para muitos. Alguns utilizam democracia, terminologia que preferimos adotar V. ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Clouste Gulbenkian, 1971. p. 73. Outros preferem república. Por fim, existe ainda quem utilize a palavra politéia de origem grega. Cf. CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 411. Os últimos alegam que democracia naquele contexto possui um tom pejorativo. Não designa a mesma ideia com a qual os modernos a utilizam. A palavra hoje, para essa democracia deturpada, seria oclocracia.

4 ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 90: “Entres os Estados, em geral, se dá o nome de realza ao que tem por finalidade o interesse coletivo, e o governo de um pequeno número de homens, ou de muitos, contanto que não o seja de um apenas, denomina-se aristocracia – ou porque a autoridade está nas mãos de várias pessoas de bem, ou porque essas pessoas dela se utilizam para o maior bem do Estado. Por fim, quando a multidão governa no sentido do interesse coletivo, denomina-se esse governo República, que é um nome comum a todos os governos. [...] Os governos viciados são: a tirania para realza, a oligarquia para a aristocracia, a demagogia para república. A tirania constitui uma monarquia sem outra finalidade senão o interesse do monarca; a oligarquia apenas vê o interesse dos ricos; a demagogia apenas vê o dos pobres. Nenhum de tais governos cuida do interesse coletivo.”

5 CARDOSO, Sérgio. **Platão e Aristóteles**. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARAES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel. (Org.). **Corrupção: Ensaio e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. p. 25-35.

foram responsáveis por conceber a corrupção como transações ilícitas em benefício privado, que violam o interesse público.

Maquiavel é o filósofo que destoa um pouco dessa compreensão moderna de corrupção. O autor do Século XVI deu início às leituras do poder, do Estado laico e do republicanismo. Assim, o tema da corrupção, interpretado de suas obras, sofre forte influência da visão dos antigos. Ela é entendida, em geral, como “natural” e como algo que afeta todo o sistema. Contudo, nota-se o surgimento das primeiras reflexões no sentido de que a corrupção pode afetar um dos agentes políticos ou toda uma cidade. A corrupção começou a ser vista também como o desrespeito às leis e às instituições, cujo efeito pode ser nefasto para o Estado.⁶ Desenvolve-se a ideia de que o indivíduo se corrompe ao violar o interesse público e não todo o sistema.

No Século XVIII, as reflexões sobre a corrupção avançaram ainda mais com o pensamento de Montesquieu. A corrupção é concebida como qualquer forma de uso arbitrário ou usurpação do poder, apontando que, no plano jurídico, não se cuida apenas de imoralidades e sim de ilegalidades.⁷ Ela é motivada, nessa linha, pela perda da moderação dos apetites políticos e pela incapacidade de as instituições políticas efeturem suas responsabilidades.

No mundo contemporâneo, a filosofia política confere novos aspectos à corrupção. Os liberais a enxergam como a monopolização ilegal de certas atividades econômicas, como apropriação indébita dos bens comuns ou o pagamento de propinas e subornos. Os comunitaristas, por sua vez, a designam como obtenção de vantagens indevidas e desonestas que ferem o campo simbólico de integração dos laços comunitários. Por fim, os republicanos, definem corrupção como o declínio das virtudes cívicas e a apatia dos corpos da República.⁸

6 ADVERSE, Helton. **Maquiavel**. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARAES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel. (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. p. 37-47.

7 MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 153 e ss.

8 Para uma abordagem mais completa e precisa das diversas correntes, Cf. FILGUEIRAS, Fernando de Barros. **A corrupção e a patogenicidade das instituições políticas**. Rio de Janeiro: Tese de Doutorado Apresentada ao IUPERJ, 2007. p. 165 e ss.

No Brasil, a corrupção é histórica, caminhando ao lado da construção do Estado. À época da colônia, a carência de centralização do Estado moderno e da distribuição racional de funções somou-se aos salários pouco atrativos aos funcionários régios. Resultado: governadores, magistrados, meirinhos, guardas, capitães ou qualquer outro funcionário não desperdiçariam a chance de ganhos paralelos. Os desvios eram até tolerados pela coroa Portuguesa, desde que as irregularidades não atentassem contra as receitas régias e fossem obtidas de forma discreta.

O sistema imperial também foi acusado de corrupto e despótico pelos republicanos. Porém, o início do “Brasil-República” não passaria impune à leitura dos historiadores: a política dos governadores e o coronelismo são elementos sempre destacados como abuso de poder.

Mas adiante, o presidente Getúlio Vargas foi derrubado do governo em 1954, sob as acusações de que o Palácio do Catete estaria mergulhado num “mar de lama”. A construção de Brasília, no governo de Juscelino Kubitschek, foi envolta em suspeitas. A essa época a corrupção já era indicada como uma das promotoras das mazelas sociais. Com essa percepção, Jânio Quadro foi eleito por meio da campanha eleitoral que prometia varrer a corrupção do Estado. Com o golpe de 1964, o governo militar, revelado ditatorial em seguida, tinha em sua bandeira o combate à subversão comunista, bem como à corrupção.

Após o advento da Constituição de 1988, não se observou um mudança substancial em relação a esse panorama. A carta cidadã que reinaugurou a democracia no Brasil, expressamente elenca o princípio republicano, a moralidade da administração pública, entre outras normas incompatíveis com um governo patrimonialista e corrupto. Mesmo assim, o quadro não foi diferente: os escândalos de corrupção são anunciados cotidianamente dos meios de comunicação, casos como o do famoso “mensalão” ou do “propinoduto”.

Deixando de lado, nesse momento, o conhecido dilema se houve aumento da corrupção, ou se foi a nossa percepção/controlado que se ampliou, percebe-se uma alteração semântica do seu conceito. José Murilo de Carvalho explica que, até 1945, era o sistema (monárquico ou o republicano) considerado corrupto. A partir daí, porém, foram os

indivíduos e os políticos que passaram a ser identificados como corruptos. A dicotomia não precisa ser traçada de forma rígida, mas ela nos chama atenção para a tendência atual de responsabilizar os indivíduos que comprovadamente atentarem contra o interesse público. Devemos tomar o cuidado, por isso, para não esquecer que o todo também deve ser questionado como causa das dificuldades em combater a corrupção.

2.2 Delineamento histórico da improbidade

O histórico da improbidade administrativa é paralelo ao da corrupção. Pode-se asseverar que a linha evolutiva do combate de ambos os elementos se confundem. Os principais institutos de controle desses males se fortaleceram ao longo dos anos, acompanhando a intensificação das competências estatais e o aumento da máquina pública.

Até o advento da Lei nº 8.249/1992, a probidade administrativa foi tutelada por meio de outros dispositivos no direito brasileiro. A Carta do Império de 1824, apesar de ter isentado o Imperador de qualquer responsabilidade, considerando-o como “pessoa sagrada”, estabeleceu a responsabilidade dos Ministros de Estado por corrupção ativa e passiva,⁹ suborno, ou concussão, abuso do poder e pela falta de observância da Lei. Ainda que tímido, o texto constitucional procurou combater os atos hoje tidos como de improbidade.

As Constituições de 1891,¹⁰ de 1934¹¹ e de 1937¹² previram como crime de responsabilidade cometido pelo Presidente da República os atos que atentassem contra a probidade administrativa e a guarda e emprego de bens público. A Constituição de 1946 evoluiu no combate

9 Segundo Pedro Roberto Decomain, a corrupção ativa e passiva, à época, era nomeada de “peita”. A peita vinha disciplinada pelos art. 130 do Código Criminal do Império, com a seguinte redação: “art. 130. Receber dinheiro, ou outro algum donativo; ou aceitar promessa directa, e indirectamente para praticar, ou deixar de praticar algum acto de officio contra, ou segundo a lei”. DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007. p. 2.

10 Art 54 – São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra: 6º) a probidade da administração; 7º) a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos.

11 Art 57 – São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República, definidos em lei, que atentarem contra: f) a probidade da administração; g) a guarda ou emprego legal dos dinheiros públicos.

12 Art 85 – São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República definidos em lei, que atentarem contra: d) a probidade administrativa e a guarda e emprego dos dinheiros público.

da improbidade ao determinar que lei ordinária dispusesse da sanção de sequestro e perdimento de bens no caso de enriquecimento ilícito oriundo do exercício da função pública.¹³ O diploma regulamentador foi a Lei nº 3.164/1957 que não trouxe muitas novidades. Previu, por exemplo, que a sanção de sequestro e a perda dos bens não impediriam a responsabilidade criminal. Além disso, diante da absolvição do réu ou da extinção da ação, os bens adquiridos ilegitimamente deveriam ser devolvidos à Fazenda Pública.

A lei citada foi revogada no ano seguinte pela Lei Bilac Pinto (Lei nº 3.502/1958). O diploma não operou um avanço substancial na tutela da probidade. É verdade, contudo, que era mais minuciosa do que a revogada, trazendo o conceito de “servidor público”¹⁴ e detalhando as hipóteses de enriquecimento ilícito,¹⁵ definindo critérios mais concretos para a aplicação judicial das sanções.

Na Constituição de 1967 e na EC nº 1 de 1969, houve certa continuidade do mesmo tratamento repressivo para os atos de enriquecimento ilícito ao determinar a competência do legislador ordinário para dispor sobre a pena de sequestro e perdas de bens. A novidade foi a previsão da aplicação dessas medidas repressivas também em caso de “danos causados ao erário” (art. 153, § 11, EC nº 1969). Nessa hipótese, não seria

13 Art. 141, § 31, *in fine* “[...] A lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”.

14 Art. 1º, §1º “A expressão “servidor público” compreende todas as pessoas que exercem na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos municípios, quaisquer cargos funções ou empregos, civis ou militares, quer sejam eletivos quer de nomeação ou contrato, nos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário.”

15 Art. 2º Constituem casos de enriquecimento ilícito, para os fins desta lei: a) a incorporação ao patrimônio privado, sem as formalidades previstas em leis, regulamentos estatutos ou em normas gerais e sem a indenização correspondente, de bens ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos; b) a doação de valores ou bens do patrimônio das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos a indivíduos ou instituições privadas, ainda que de fins assistenciais ou educativos, desde que feita sem publicidade e sem autorização prévia do órgão que tenha competência expressa para deliberar a esse respeito; c) o recebimento de dinheiro, de bem móvel ou imóvel, ou de qualquer outra vantagem econômica, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente; d) a percepção de vantagem econômica por meio de alienação de bem móvel ou imóvel, por valor sensivelmente superior ao corrente no mercado ou ao seu valor real; e) a obtenção de vantagem econômica por meio da aquisição de bem móvel ou imóvel por preço sensivelmente inferior ao corrente no mercado ou ao seu valor real; f) a utilização em obras ou serviços de natureza privada de veículos máquinas e materiais de qualquer natureza de propriedade da União, Estado, Município, entidade autárquica, sociedade de economia, mista, fundação de direito público, empresa incorporada ao patrimônio da União ou entidade que receba e aplique contribuições para-fiscais e, bem assim, a dos serviços de servidores públicos, ou de empregados e operários de qualquer dessas entidades.

necessário estar efetivamente em função ou cargo público. Mesmo quem não fosse funcionário público, poderia ser responsabilizado.¹⁶

Um diploma infraconstitucional relevante na proteção da probidade administrativa é a Lei nº 4.717/1965 que disciplina o cabimento de ação popular para a anulação de atos lesivos ao patrimônio público. A principal novidade reside na legitimidade conferida a qualquer cidadão para propor tal remédio constitucional em nome do interesse público. A amplitude da referida lei abrange as hipóteses de improbidade e de corrupção.

A Constituição de 1988 reforçou a proteção da probidade administrativa ao elencar a ação popular como garantia fundamental (art. 5º, LXXIII) e tipificar expressamente as sanções dos atos de improbidade no art. 37, § 4º. Disciplinado pela Lei nº 8.429/1992, esse dispositivo constitucional inovou em relação à legislação anterior, tendo objetivos mais amplos do que o sequestro e o perdimento de bens ou valores devido ao enriquecimento ilícito do regime anterior.

As medidas de anulação do ato e o ressarcimento do dano, previstas na lei da ação popular, bem como o sequestro e perdimento de bens ou valores derivados do enriquecimento ilícito no exercício da função pública não constituíam providências judiciais suficientes para reprimir sozinhas a improbidade administrativa. O motivo é que essas medidas revelaram-se limitadas para os fins a que se propunham, especialmente diante de administradores estatais desinteressados na preservação efetiva de um Administração Pública proba e eficiente.

Esse breve histórico da improbidade e da corrupção, com ênfase especial na realidade brasileira, revela o contexto no qual os institutos são discutidos. É possível, então, passar ao delineamento ao exame das teorias explicativas das causas de ambos os fenômenos, bem como aos conceitos centrais.

¹⁶ Nesse sentido, V. DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007. p. 17, nota nº 10.

2.3 As Teorias Explicativas

Diversas correntes procuram explicar a corrupção e, em razão de sua semelhança, prestam-se perfeitamente à explicação também da improbidade administrativa. São elas: (i) *public choice*, (ii) *rent seeking*; e (iii) gerencialismo.¹⁷

A teoria da escolha pública (*public choice*¹⁸) entende que o Estado moderno enfrenta dificuldades em regular os conflitos econômicos, de modo a estabelecer uma relação positiva entre as despesas sociais e a satisfação das necessidades e interesses sociais. A corrupção ou improbidade, nessa perspectiva, emergem do fato de os políticos, burocratas e eleitores não se voltarem para o bem comum, mas para a maximização da utilidade de forma semelhante ao mercado. A solução proposta é a criação de um sistema de incentivos e punições para forçar a burocracia a produzir de forma eficiente, bem como reduzir as oportunidades de corrupção. Um complemento à *public choice* é encontrado na teoria da economia das organizações que chama atenção para a busca do interesse pessoal, refletida na preocupação que a organização burocrática circunscreva-se aos setores estratégicos, como jurisdição, arrecadação de impostos e segurança pública.

A teoria dos caçadores de renda (*rent seeking*), por sua vez, defende que os agentes econômicos possuem uma motivação básica: maximizar seu bem-estar econômico. Tal maximização, a princípio, ocorre dentro de um conjunto de regras, conforme as preferências individuais, embora, na prática, os agentes procurem maximizar a renda dentro ou fora das regras lícitas de conduta econômica.¹⁹ Essa teoria foi complementada pela teoria da economia política da propina. Principal expoente dessa

17 SOARES, Aline Bruno. **Democratização, ativismo internacional e luta contra a corrupção, estudo de caso sobre a transparência Brasil e a Transparency International**. Dissertação de Mestrado em Ciência Política do Programa de Pós-Graduação em Antropologia e Ciência Política da Universidade Federal Fluminense, 2004, p. 63 e ss.

18 Sobre a *public-choice* e o *rent-seeking*, V. MACIEL, Felipe Guatimosim. **O Controle da Corrupção no Brasil**. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Concursos/Arquivos/1_ConcursoMonografias/3_Felipe_Guatimosim_Maciel.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2010.

19 Para um comentário da teoria, Cf. SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. Corrupção e desempenho econômico. In: Bruno Wilhelm Speck et al. **Os custos da corrupção**. Cadernos Adenauer nº 10, 2000, p.64.

teoria, Susan Rose-Ackerman²⁰ explica, por exemplo, que propinas e subornos relacionam-se às tensões entre o público e o privado. Em regra, as relações entre o Poder Público e os agentes privados devem ocorrer com impessoalidade. A propina, no entanto, quebra essa impessoalidade, maximizando o interesse privado em detrimento do público. É o que ocorre, por exemplo, quando funcionários públicos recebem verbas para agilizar o deferimento de licenças de obras sem a devida fiscalização. Outra linha semelhante trabalha com um institucionalismo histórico que explica a corrupção a partir das falhas das instituições, principalmente, na ausência de seletividade de suas intervenções, de tal modo que há uma sobrecarga na burocracia que facilita os caçadores de renda (*rent seeking*).

O gerencialismo sugere, como causa da corrupção, a falta da adoção de modelos gerenciais do setor privado por parte do Estado, destacadamente o controle de resultado pelos administradores o que dá margem à falta de eficiência, ao descaso com o dinheiro público, ao clientelismo e à própria corrupção.²¹

Seja qual for a corrente adotada, a corrupção e a improbidade administrativa deitam suas raízes tanto na ânsia do ser humano por posse, prazer ou poder, bem como nas desigualdades sócioeconômicas e na dificuldade do Estado em ser transparente na esfera pública e punir corruptos e corruptores. Sendo assim, é o efetivo controle social dos agentes políticos e econômicos, e não uma opção político-ideológica, que poderá fazer com que a corrupção alcance patamares ínfimos ou, pelo menos, toleráveis.

20 ROSE-Ackerman, Susan. **Corruption and government: Causes, consequences and reform.** Cambridge University Press, 1999. p. 7-38.

21 Note-se que, em geral, as últimas correntes são de uma linha neoclássica ou neoliberal, para as quais a corrupção grosso modo resulta do acúmulo de monopólios e poderes por parte do Estado e da carência de prestação de contas e controle. Justamente por isso, é preciso cautela para não generalizar as pré-compreensões dessa linha, segundo a qual o Estado é descrito como necessariamente corrupto e deve ser reduzido. Nem tanto, nem tão pouco. Um Estado mínimo não será capaz de extirpar a corrupção, visto que os agentes privados também estão envolvidos no processo. Um Estado forte e interventor também não estará livre a corrupção, ou será necessariamente mais corrupto apenas por isso. Não é possível reduzir o complexo problema da corrupção a um dilema entre a desgastada dicotomia esquerda e direita. V. LAMBSDORFF, Johann Graf. Causes and consequences of corruption: What do we know from a cross-section of countries? In: ROSE-ACKERMAN, Susan (Org.). **International handbook on the economics of corruption**, 2006, p.4: "The argument that corruption can be contained by minimizing the public sector reflects economists faith in the market and their distrust of politicians. As the macro level, however, the empirical findings provide little support for this proposition".

2.4 O conceito de Corrupção

Em relação ao seu conceito, a corrupção pode ser definida sobre diferentes prismas, pois uma definição suficientemente abrangente é extremamente difícil de ser formulada. Do ponto de vista econômico, ela será descrita eminentemente como uma transação onde as pessoas auferem vantagens competitivas ou ganhos pecuniários ilicitamente, por exemplo, mediante o pagamento de propinas. Sob o ângulo moral, a corrupção é o contrário da virtude, do bem e do justo, seja na vida pessoal, seja na vida pública. Dentro do recorte político, a corrupção significa a confusão entre o público e o privado. Do prisma sociológico, é comum fazer menção ao patrimonialismo, nepotismo e clientelismo como formas de corrupção. Do ponto de vista normativo, ao menos no Brasil, a corrupção é um crime,²² tipificado de forma precisa no Código Penal, mas é impugnada por meio de outros institutos, como as sanções previstas na lei de improbidade administrativa e as sanções de inelegibilidades no campo da legislação eleitoral.

A corrupção passiva está prevista no art. 317, do Código Penal. O sujeito ativo desse crime é o funcionário público, disciplinado no art. 327 do mesmo diploma, incluídos, aqui, até mesmo os transitórios e sem remuneração. O sujeito passivo do crime é o Estado e, ainda, o ofendido, caso seja prejudicado pelo ato de corrupção. É necessário que o funcionário tenha dolo, pois não há previsão de modalidade culposa, ou seja, o sujeito ativo, voluntária e conscientemente, deve solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida.

A *corrupção ativa*, prevista no art. 333 do Código Penal, é o outro lado da moeda da corrupção passiva. Seu sujeito ativo é o particular que oferece ou promete a vantagem indevida ao funcionário público dirigida à prática de omissão ou retardamento de ato de ofício. O sujeito passivo também é o Estado. Esse crime, assim como a corrupção passiva, é formal, pois independe de um resultado material. Para a sua consumação, não é necessário que o funcionário aceite a posterior concretização da vantagem.²³

22 Enquanto a corrupção possui a natureza de crime, consubstanciando em instituto do direito penal, a improbidade possui natureza civil.

23 Os crimes de corrupção não são bilaterais: caso o funcionário não aceite a oferta de vantagem indevida, ainda assim, o corruptor incorre no tipo de corrupção ativa. Em outros sistemas penais, o tratamento legal não é este. O elemento objetivo do tipo de corrupção ativa é oferecer e receber,

Outro ilícito importante é a concussão, prevista no art. 316 do Código Penal. Esse artigo tipifica a conduta de exigir para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, sendo seu sujeito ativo o funcionário público, descrito no art. 327 também do Código Penal. A concussão se distingue da corrupção passiva, porque nesta não houve coação por parte do funcionário,²⁴ ou seja, houve coação, força ou ameaça. Deve haver dolo, vontade de exigir a vantagem indevida.²⁵

A corrupção se perpetua também no seio da sociedade, por meio de práticas cotidianas desonestas, como, por exemplo, o não recolhimento de tributos devidos e o desrespeito da legislação de trânsito.²⁶ Por isso, é vital o fortalecimento dos padrões éticos para que isso reflita no exercício do poder estatal. Afinal, como bem colocou Emerson Garcia, “[u]m povo que preza pela honestidade terá governantes honestos.”²⁷ É igualmente importante formação de uma consciência democrática, pautada na constante fiscalização popular das instituições públicas.

Por outra via, a responsabilização do agente público pelo descumprimento dos princípios que regem o interesse público no exercício de sua função deve ser sancionado. Se a sanção não existe ou não é aplicada como se deve, restará a impunidade e, com ela, a continuidade das diversas formas corrupção e improbidade. A devida responsabilização e punição passa pelo aprimoramento dos mecanismos repressores que possui o Estado no controle interno do uso indevido da máquina pública por seus agentes. Um desses mecanismos é a Lei de Improbidade Administrativa. Nas palavras de Walter Claudius Rothenburg,

desse modo, não é necessário que o particular concretize a promessa. Porém, se a promessa de vantagem seja impossível, segundo Edmundo Oliveira, o crime não se consuma, por ex., “a promessa de dar a lua ao funcionário”. OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de Corrupção**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 75.

24 Julio Fabrini Mirabeti: “não está excluída a possibilidade de autoria por parte daquele que, embora não tenha ainda assumido a função, atue em razão dela”. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. v. 3, 22. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 301.

25 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 301.

26 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 4. ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 8.

27 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 4. ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 9.

A corrupção arraigada e generalizada aliada à impunidade dos ímprobos e à deficiente atuação das autoridades encarregadas da fiscalização e repressão, por certo inspiraram o constituinte e justificam um regime jurídico severo e mais ágil ao lado da repressão criminal.²⁸

Nas linhas seguintes, será analisada a Lei de Improbidade Administrativa como um instrumento assaz importante no combate à corrupção, tomada em sentido amplo.

2.5 O conceito de Improbidade

É uma tarefa verdadeiramente complexa conceituar a improbidade administrativa. De modo primário, pela própria expressão percebe-se que ela ocorre quando há violação à probidade administrativa. A Lei nº 8.249/1992 enumera os atos que violam a probidade, por meio das figuras gerais do enriquecimento ilícito (art. 9º), do prejuízo ao erário (art. 10) e do atentado a princípios da Administração Pública (art. 11). Muitos juristas enfrentam tal tarefa por meio da aproximação entre probidade e moralidade administrativa. Ambos são princípios constitucionais estritamente relacionados, quando se demanda uma atuação honesta do agente público. Alguns entendem que a probidade seria, na verdade, um subprincípio da moralidade,²⁹ enquanto outros a enxergam como um conceito mais amplo – abrangendo a moralidade.³⁰

28 ROTHEBURG, Walter Claudius. Ação de improbidade administrativa: aspectos de relevo. In: SAM-PAIO, José Adércio Leite et al. (Org.). **Improbidade administrativa**: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 200.

29 Segundo Wallace Paiva, “[c]ontido no princípio da moralidade administrativa está o da probidade”. MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 101. Na doutrina de Marcelo Figueiredo, “[e]ntendemos que a probidade é espécie o gênero ‘moralidade administrativa’ a que alude, v. g., o art. 37, caput e seu § 4º, da CF. O núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade administrativa [...]”. FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**: comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47. Podemos citar, ainda, José Afonso da Silva que assevera: “A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 669.

30 Nas palavras de Emerson Garcia, “[e]m que pese ser a observância ao princípio da moralidade um elemento de vital importância para a aferição da probidade, não é ele o único. Todos os atos dos agentes públicos devem observar a normatização existente, o que inclui toda a ordem de princípios, e não apenas o princípio da moralidade. Assim, quando muito, será possível dizer que a probidade absorve a moralidade, mas jamais terá a sua amplitude delimitada por esta”. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 47. Pedro Roberto Decomain caracteriza o ato de improbidade como ofensa a princípios constitucionais da Administração Pública. “O conceito de improbidade, todavia,

Para os primeiros, os atos que violam o princípio da probidade violam a moralidade, necessariamente. A moralidade é o dever de ética, honestidade, boa-fé, entre outros deveres, que devem ser observados pelo agente público no trato com a coisa pública. O dever de probidade e suas sanções previstas pelo art. 37, § 4º, CF/1988, é um fortalecimento para a moralidade administrativa.

A segunda corrente, por sua vez, entende que a probidade engloba a moralidade e outros princípios constitucionais, como a impessoalidade e, ainda, a eficiência. Com base na segunda corrente, o ato de improbidade resulta da desobediência dos deveres de probidade administrativa pelo agente público, resultando nas sanções da Lei nº 8.429/1992. Na tentativa de distinção entre ato de imoralidade e de improbidade, podemos anunciar que

[...] o ato imoral afronta a honestidade, a boa-fé, o respeito à igualdade. As normas de conduta aceitas pelos administrados, o dever de lealdade, a dignidade humana e outros postulados éticos e morais, enquanto o ato ímprobo significa a má qualidade de uma administração pela prática de atos que implicam enriquecimento ilícito do agente ou prejuízo ao erário ou ainda, violação dos princípios que orientam a administração pública, sendo que todo ato contrário à moralidade administrativa é ato configurador de improbidade. Porém nem todo ato de improbidade administrativa representa violação à moralidade administrativa.³¹

Deixando a divergência conceitual de lado, consubstancia-se em verdadeiro direito público subjetivo da sociedade, em geral, a existência de uma Administração Pública honesta. Para isso, a atividade administrativa desempenhada pelos agentes públicos deve respeitar os princípios constitucionais. A atividade deve, ainda, ser cercada pelos deveres éticos de probidade como a honestidade, boa-fé, legalidade, impessoalidade, transparência, diligência e sem recair nos desvios a esses deveres, como em casos de excesso ou abuso de poder, desvio de finalidade,

pode ter alcance mais amplo, abrangendo não apenas atos atentatórios ao princípio constitucional da moralidade administrativa [...]". DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007. p. 24.

31 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 111.

ilegitimidade, enriquecimento ilícito, entre outros.³² Nas palavras de André de Carvalho Ramos:

[...] De fato, a improbidade administrativa é a designação técnica da chamada corrupção administrativa, pela qual é promovido o desvirtuamento dos princípios basilares de uma administração eficiente, transparente e equânime, em prol quer de vantagens patrimoniais indevidas, quer para beneficiar, de modo ilegítimo, servidores ou mesmo terceiros.³³

Ainda segundo André de Carvalho Ramos, expõe-se uma possível relação entre probidade administrativa e corrupção, afirmando ser essencial a tutela constitucional e internacional da probidade no Estado de Direito para assegurar os méis necessários para efetivação dos direitos fundamentais, cujo centro epistemológico é a dignidade da pessoa humana. O jurista parte do pressuposto da essencial atuação do Estado na efetivação dos direitos humanos. Se o Estado e seus administradores são corruptos, os recursos ficarão comprometidos e as consequências serão sentidas pelos administrados, como se pode observar em suas palavras:

[e]sse agir em prol dos direitos humanos é erodido pelas práticas de corrupção, ou seja, para que o homem possa viver uma vida digna com a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais básicas, devem atuar os agentes públicos com probidade, devendo o ordenamento jurídico possuir instrumento para zelar por tal conduta e reprimir, sancionando, os faltosos.³⁴

Uma questão passível de discussão é a de se o princípio da eficiência pode fazer parte do rol de proteção da probidade. Em outras palavras, o atentado contra este princípio resulta num ato de improbidade? Alguns doutrinadores afirmam que a ação proba do administrador público envolve

32 Muitos desses conceitos são difíceis de serem delimitados de maneira abstrata, por isso, além do indispensável esforço doutrinário na delimitação de figuras como a boa-fé e honestidade, a jurisprudência judicial e administrativa são de grande valia para a formação do conceito, através da casuística. A “criatividade” em lesar a máquina administrativa seja por terceiros ou por seus servidores pode ser fugir aos conceitos doutrinários.

33 RAMOS, André de Carvalho. O combate internacional corrupção e a lei da improbidade. In: SAM-PAIO, José Adércio Leite et al. (Org.). **Improbidade administrativa**: comemoração pelos 10 anos da Lei nº 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 19.

34 RAMOS, André de Carvalho. ob. cit., p. 7.

impedir a ineficiência da atividade pública. O agir eficiente significa, de modo geral, aproveitar, ao máximo, os escassos recursos disponíveis, evitando o desperdício e o gasto excessivo e equivocado, ou seja, o administrador deve reduzir os custos e potencializar os resultados, produzindo maiores benefícios públicos. De fato, o raciocínio é correto. Afinal, os direitos não nascem em árvores, mas têm custos, conforme retrata a expressão acertada de Flávio Galdino.³⁵

Apensar de o princípio da eficiência apenas ter sido incluído no rol do art. 37, *caput*, da CF/1988, após a Emenda Constitucional nº 19/1998, sua vigência era implícita no ordenamento e “sempre esteve ínsita no fim buscado por qualquer ato estatal.”³⁶ A eficiência, então, é um dever a ser observado pelo agente público. Mesmo que não tenha sido contemplada expressamente pela Lei nº 8.249/1992, a violação ao princípio da eficiência pode consubstanciar em atentado ao princípio da probidade. Dessa forma, como bem explica André de Carvalho Ramos:

o conceito de improbidade administrativa que, além de abarcar os casos de corrupção em sentido estrito, prescinde do prejuízo patrimonial do Estado, englobando atos atentatórios aos princípios básicos da administração pública, como o da publicidade, impessoalidade, legalidade e **eficiência**. Ou seja, **pode um ato de improbidade ao determinar despesa supérflua e desnecessária, atentando contra o princípio da eficiência.**³⁷ (grifo nosso)

A partir da análise do delineamento histórico e do conceito de corrupção e improbidade, as diferenças e semelhanças entre eles ficam mais claras. A improbidade é um fenômeno mais amplo, que envolve não apenas os casos de corrupção, mas também outros ilícitos que deterioram a probidade da Administração pública. Entretanto, o combate a ambos os males é uno, feito, principalmente, por meio da aplicação dos diplomas legislativos repressores. A corrupção é ilícito penal, enquanto os atos de improbidade possuem natureza civil, prevista na Lei nº 8.429/1992.

35 Confira-se, especialmente, o capítulo XIII sobre a eficiência na Administração Pública. V. GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

36 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 54.

37 RAMOS, André de carvalho. *op. cit.*, p. 5.

Como observaremos a seguir, alguns desses atos não se encaixam no conceito de corrupção.

3 Os Atos de improbidade

A improbidade administrativa consiste na violação à probidade administrativa que abrange os princípios da administração pública, como a moralidade administrativa e os deveres éticos de probidade, como a boa-fé, a lealdade, entre outros. O art. 37, § 4º, CF/1988, estabeleceu para os atos de improbidade, sem prejuízo da ação penal cabível, severas sanções, tais como a suspensão dos direitos políticos a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário. A forma e graduação dessas sanções, por expressa disposição constitucional, ficou a cargo do Legislador.

A Lei nº 8.429/1992, em linhas gerais, positivou três espécies de improbidade administrativa: (i) decorrente de ato ilícito, (ii) de lesão ao erário e (iii) de atos ou omissões que atentem contra nos princípios da administração. Cabe ressaltar que o rol de atos de improbidade enunciado pelo diploma é exemplificativo, sendo o elenco previsto nos arts. 9º, 10 e 11 e detalhado nos incisos seguintes a partir da enumeração das hipóteses mais frequentes.

Prevista de forma genérica no *caput* do art. 9º e mais detalhadamente nos incisos I a X do mesmo artigo, a primeira espécie decorre do enriquecimento ilícito, obtido por meio de uma vantagem patrimonial indevida praticada por agentes públicos ou terceiros que concorreram para a prática do ato. Certos juristas apontam o enriquecimento ilícito como o mais grave tipo de improbidade,³⁸ pois revela manifestamente um comportamento do agente público ou do terceiro beneficiado direcionada a afrontar a coisa pública. Algumas hipóteses previstas nos incisos do art. 9º demonstram exatamente isso, por exemplo, a aquisição de bens em montante superior à renda (art. 9º, VII) e incorporação ou

38 FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**: comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 82. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 285.

uso de rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades públicas (art. 9º, XI e XII).

A segunda, e mais polêmica hipótese de improbidade administrativa, está prevista no art. 10 da mesma lei – a lesão ao erário público.³⁹ Esta lesão pressupõe a perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação⁴⁰ dos bens ou haveres das entidades da Administração direta ou indireta. São 13 as espécies de ato de improbidade que causam lesão ao erário, previstas nos incisos. É interessante notar que as condutas do art. 9º, causadoras de enriquecimento ilícito, em sua maioria, conduzem a um dano ao patrimônio público. Afinal, agente público obtém vantagens econômicas à custa do patrimônio público, cuja perda, prejuízo ou retirada deverá ser recomposta, a despeito das demais sanções.⁴¹

É difícil pensar numa situação que gere enriquecimento ilícito, mas não cause lesão ao erário. O exemplo ainda assim, é possível: é o caso do servidor que recebe propina para agilizar determinado pedido ou processo feito pelo administrado. Nessa situação, ocorreu efetivo “enriquecimento ilícito,” para os efeitos legais (art. 9º), sem um dano econômico direto ao erário.⁴²

O art. 10 carrega, de fato, a hipótese mais polêmica de improbidade, porque o legislador, intencionalmente ou por descuido, acabou empregando apenas com um termo, a “culpa”, sem um parágrafo ou dosimetria específica das sanções para a modalidade culposa de improbidade, dando ensejo à controvérsia sobre a constitucionalidade dessa. A previsão da conduta dolosa não é objeto de muitos questionamentos. O problema

39 Cabe ressaltar, nesse ponto, que o art. 21, I, da Lei de Improbidade Administrativa dispensa a efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público para a aplicação das sanções previstas no art. 12, da mesma Lei. Pela sistemática do art. 10, tal dispensa não se aplica, pois é necessária a efetiva violação ao patrimônio público-financeiro ao erário. Nesse sentido, V. PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de **Improbidade administrativa comentada**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 78.

40 “Dentro do contexto da norma, perda patrimonial quer dizer decréscimo, privação, desfalque de bens e haveres públicos. Desvio significa descaminho, desvirtuamento do destino legal de coisa pública. Apropriação consiste no assenhoramento, tomar como própria (apoderar-se de) coisa pública. Malbaratamento expressa a dissipação, a venda por preço irrisório de bem público. Dilapidação é desperdício, esbanjamento, debarate de recursos públicos”. PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Op. cit.*, p. 78.

41 FIGUEIRDO, Marcelo. **Probidade administrativa**: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 95.

42 “Contudo, rigorosamente não houve [...] prejuízo ao erário, mas prejuízo à moralidade administrativa, e especialmente à probidade”. FIGUEIRDO, Marcelo. *Op. cit.*, p. 96.

reside na modalidade culposa em razão de uma escolha pública pouco clara, apenas *en passant* por uma palavra. Essa escolha legislativa rende merecidas críticas e acentuadas controvérsias, inclusive, como dito, sobre a constitucionalidade do dispositivo. Será realizada uma análise mais detida em um tópico próprio do trabalho, mais adiante.

A terceira espécie de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, Lei nº 8.429/1992, decorre de atos ou omissões que atentem contra os princípios da administração, discriminados igualmente no *caput* do art. 37, CF/1988. Note-se que não se trata de qualquer violação a um ou alguns princípios da administração pública, mas sim daquela, como dispositivo define, “que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”.

O primeiro aspecto importante de se destacar é o caráter exemplificativo do rol estabelecido pelos artigos citados. Essa premissa pode ser conferida (i) pela expressão “notadamente” nos *caputs* dos artigos citados e (ii) pela redação dos próprios artigos, especialmente a do art. 11 que tipificou o atentado aos princípios da administração como ato de improbidade. Dessa maneira, todo o ato de improbidade constituirá uma violação a um princípio constitucional administrativo. Além disso, como considerado acima, as condutas que causam enriquecimento ilícito, geralmente envolvem dano ao erário (art. 10). A simbiose entre as condutas é flagrante.

Duas técnicas foram empregadas pelo legislador. De um lado, especificam-se determinadas condutas nos incisos dos artigos, como modelos mais comuns de improbidade e titulares de natureza exemplificativa dos conceitos trazidos no *caput*. De outro, é mantida a possibilidade de identificação de outros atos de improbidade, pela abertura proposta pelo *caput*. Segundo Emerson Garcia,

[...] no *caput* dos dispositivos tipificadores da improbidade, tem-se a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, apresentando-se como instrumento adequado ao enquadramento do infindável número de ilícitos passíveis de serem praticados, os quais são frutos inevitáveis da criatividade e do poder de improvisação humanos.⁴³

43 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 230.

Conforme o autor, a prova da ocorrência do ato de improbidade depende da demonstração de incompatibilidade da conduta com os “princípios regentes da atividade estatal.”⁴⁴ Apenas em segundo momento, volta-se à subsunção da conduta aos tipos do art. 9º ou 10º. Mesmo que o agente não se enquadre exatamente nas espécies desses artigos, poderá ser punido pelas sanções que previstas para o art. 11º. Em outra situação, a conduta pode ser enquadrada como enriquecimento ilícito e dano ao erário, ao mesmo tempo. Para resolver essa suposição, deve ser buscada a real intenção do sujeito ativo. Por exemplo, se o objetivo era se enriquecer, então, a lesão causada ao erário foi secundária e a sanção a ser aplicada é a prevista para o art. 9º (ato de improbidade por enriquecimento ilícito).⁴⁵

Um segundo aspecto a ser abordado é a questão dos terceiros como sujeitos dos atos de improbidade. Os sujeitos passivos da improbidade são agentes públicos,⁴⁶ servidores ou “não”, conforme dispõe o art. 1º, *caput*, da Lei nº 8.429/92. O art. 3º, de modo mais incisivo, determina que mesmo quem não seja agente público, mas concorra ou induza a prática do ato ou se beneficie dele, será abrangido pela lei. O terceiro é externo a Administração, em razão disso, as sanções serão aplicadas, no que couber, não havendo, por exemplo, a perda da função pública.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, as condutas previstas no art. 3º pressupõe o dolo do terceiro, ou seja, só pode ser responsabilizado se tinha ciência da ilicitude da vantagem. Em suas palavras:

A conduta ímproba não é genericamente a de prestar auxílio ao agente, mas sim a de induzir ou concorrer. O sentido de induzir é o de instilar, plantar, incutir em outrem a ideia do ilícito (que antes não existia); concorrer, por sua vez, significa participar do ilícito,

44 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Op. cit.*, p. 283.

45 Segundo Emerson Garcia, a própria redação do art. 12 da Lei nº 8.429/1992 ao estabelecer as sanções resolve o problema da conjunção dos artigos 9º e 10, prevendo ressarcimento integral do quando houver nos casos de enriquecimento ilícito e perdas de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se ocorrer essa circunstancia no caso do art. 10 (lesão ao erário). GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Op. cit.*, p. 285.

46 O art. 2º da Lei nº 8.429/92 define “agente público”. Art. 2º. “Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego, função nas entidades mencionadas no artigo anterior”.

prestando auxílio material ao agente. Tendo-se referido apenas a tais condutas, não constitui ato de improbidade o fato de o terceiro instigar o agente à prática do ilícito; instigar, como se sabe, tem o sentido de incentivar, fomentar, estimular o agente (que já se preordenara ao ilícito). Tratando-se de condutas suscetíveis de punição, não podem os termos que as expressam ser objeto de interpretação ampliativa. [...] Demais disso, tal conduta, como vimos, pressupõe dolo, elemento subjetivo incompatível com a responsabilidade de pessoa jurídica.⁴⁷

Dentre as inúmeras questões polêmicas, extraídas da Lei nº 8.429/1992, destaca-se a possibilidade a modalidade culposa de improbidade, ou, em outros termos, sobre a (im)prescindibilidade o elemento subjetivo do dolo para a formação do tipo dos atos de improbidade. Dolo e culpa são institutos emprestados do direito penal, aplicáveis por analogia à Lei de Improbidade. O dolo pode ser direto ou eventual. O primeiro ocorre quando o agente dirige sua conduta para um resultado ilícito, a partir de sua livre e consciente vontade. O segundo, quando o agente assume o resultado por sua conduta livre e consciente. Na culpa, o agente não dirige a sua conduta a um resultado ilícito, mas este é alcançado, pois sua ação foi descuidada. Não houve em seu agir a diligência, prudência ou perícia que devem ser observadas pela sociedade. Na culpa, diferente do dolo, não há previsão, pelo sujeito ativo, do resultado. Como bem explica Nelson Hungria, “No dolo, ação (ou omissão) e resultado são referíveis à vontade; na culpa, de regra, somente a ação (ou omissão).”⁴⁸

Conceituadas e contextualizadas a corrupção e a improbidade, é possível notar que as teorias explicativas, analisadas anteriormente, apontam para diferentes caminhos de proteção da coisa pública. Se as escolhas públicas forem bem feitas, a tendência é se diminuir consideravelmente a margem de risco para a improbidade administrativa (*public choice*). A medida que as sanções são claras e efetivas para aqueles que tentam obter da coisa pública vantagens ilícitas, enriquecendo ou

47 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.1020-1.

48 HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Volume I. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 90.

violando princípios da Administração Pública, os caçadores de renda tendem a desistir das manobras ilegais e a se manter na legalidade (*rent seeking*). Por fim, a eficiência no exercício das competências do Estado e o controle da atividade dos agentes públicos conduzem a patamares de desvios, corrupção e improbidade desprezíveis ou mais aceitáveis (gerencialismo).

O problema central, apontado pelo texto a seguir, é que as escolhas públicas e as sanções não se encontram claramente definidas na improbidade culposa, como revela uma jurisprudência conflitante entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça e uma doutrina permeada por quatro correntes doutrinárias diferentes a respeito do tema. Diante de tamanho desacordo, a aplicação uniforme do instituto pelo Judiciário e a repressão da improbidade administrativa ficam fragilizadas. As reflexões e proposições das linhas a seguir procuram justamente solucionar essa problemática que envolve a modalidade de culposa da improbidade a partir do olhar das três teorias: (i) escolhas públicas mais claras sobre o que será punível na modalidade culposa; (ii) sanções melhor definidas para a modalidade culposa, estabelecendo o que é ou não constitucional; (iii) determinação mais clara de quais são os erros por culpa grosseiros ou inaceitáveis numa Administração proba e democrática. Com essas preocupações, procura-se analisar criticamente o comportamento da jurisprudência e da doutrina sobre a modalidade de improbidade para, em seguida, propor soluções.

4 A modalidade culposa de improbidade na jurisprudência brasileira

No âmbito Superior Tribunal de Justiça (STJ), existe profunda divergência sobre a necessidade de dolo para configurar a improbidade administrativa, notadamente entre a Primeira e a Segunda Turma, dependendo inclusive da hipótese de improbidade ventilada (enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação aos princípios da administração).

A Primeira Turma, de início, fixou o entendimento de que é imprescindível comprovar do elemento subjetivo – dolo ou culpa – para a

configuração do ato de improbidade.⁴⁹ Do contrário, aplicar-se-ia a tese da responsabilidade objetiva, o que não é compatível com a matéria de improbidade, segundo a maioria dos Ministros da Turma. Se o ato praticado pelo agente público decorrer de inabilidade de inexperiência não se pode aplicar as sanções de improbidade administrativa previstas na legislação específica. O objetivo da Lei nº 8.429/1992 é punir o ímprobo e não o inexperiente. A presença do elemento subjetivo dolo ou culpa é reafirmada em fragmentos dos acórdãos de julgados da primeira Turma:

[...] a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa exige a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público, pois **não é admitida a responsabilidade objetiva** em face do atual sistema jurídico brasileiro, principalmente considerando a gravidade das sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa (LIA).⁵⁰ (grifo nosso)

A jurisprudência desta Corte já se manifestou no sentido de que se faz necessária a **comprovação dos elementos subjetivos** para que se repute uma conduta como ímproba (**dolo, nos casos dos artigos 11 e 9º e, ao menos, culpa, nos casos do artigo 10**), afastando-se a possibilidade de punição com base tão somente na atuação do mal administrador ou em supostas contrariedades aos ditames legais referentes à licitação, visto que nosso ordenamento jurídico não admite a responsabilização objetiva dos agentes públicos.⁵¹ (grifo nosso)

A Segunda Turma do STJ, por sua vez, é permeada por dissensos. Os acórdãos relatados pelo Ministro Castro Meira, em geral, no que tange

49 Vale ressaltar que existem decisões da Segunda Turma do STJ também nesse sentido. Exemplificativamente, confira-se esta: STJ, Segunda Turma, REsp 1.021.851-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, J.12.8.2008. Informativo nº 363: “Quanto ao ato de improbidade, a Turma reiterou que, para sua configuração, **é necessária a presença do elemento subjetivo (dolo ou culpa), tal como identificado e explicitado pelas instâncias ordinárias, excepcionada apenas a hipótese do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa**” (grifo acrescentado). No mesmo sentido, ainda, estão os precedentes do TCU: Decisão 215, DO 21/5/1999; do STJ: REsp 861.566-GO, DJ 23/4/2008; REsp 944.295-SP, DJ 18/9/2007; REsp 737.972-PR, DJ 3/8/2007; REsp 199.478-MG, DJ 8/5/2000; REsp 226.863-GO, DJ 4/9/2000, e REsp 154.128-SC, DJ 18/12/1998.”

50 STJ, Primeira Turma, REsp 875.163-RS, Rel. Min. Denise Arruda, J. 19.5.2009. Informativo nº 395.

51 STJ, Primeira Turma, REsp 997564 / SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, J. 18.03.2010, DJe 25.03.2010. No mesmo sentido: STJ, Primeira Turma, REsp 604151 / RS, Rel. Min. José Delgado, Rel. P/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, J. 25.04.2006, DJ 08.06.2006; STJ, Primeira Turma, REsp 939.142-RJ, Rel. originário Min. Francisco Falcão, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, J. 21.8.2007. Informativo nº 328 Período: 20 a 24 de agosto de 2007; STJ, Primeira Turma, REsp 727.131-SP, Rel. Min. Luiz Fux, J. 11.3.2008. Informativo nº 348 Período: 10 a 14 de março de 2008; STJ, Primeira Turma, REsp 909446 / RN, Rel. Min. Luiz Fux, J. 06.04.2010, DJe 22.04.2010; STJ, Primeira Turma, REsp 758639 / PB, Rel. Min. José Delgado, J. 28.03.2006, DJ 15.05.2006.

à hipótese do art. 11 da Lei de Improbidade (violação aos princípios da administração pública), aplicam a tese da responsabilidade objetiva, reconhecendo a existência de improbidade independentemente de dolo ou culpa. Significa que, para essa corrente, a violação à legalidade já caracterizaria improbidade. Confira-se:

A lesão a princípios administrativos contida no **art. 11** da Lei nº 8.429/92 **não exige dolo ou culpa na conduta** do agente, nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade.⁵² (grifo nosso)

O ato de improbidade é constatado de forma objetiva, **independentemente de dolo ou de culpa** e é punido em outra esfera, diferentemente da via penal, da via civil ou da via administrativa. [...] Diante das Leis de Improbidade e de Responsabilidade Fiscal, **inexiste espaço para o administrador “desorganizado” e “despreparado.”**⁵³ (grifo nosso)

Vale ressaltar que, ainda no âmbito da Segunda Turma, tal posicionamento não é pacífico. Alguns Ministros têm entendido pela necessidade de comprovação do elemento subjetivo para restar configurada a improbidade, conforme comprovam alguns acórdãos. Por exemplo, o trecho da seguinte decisão:

Lei nº 8.429/92. Fixação do âmbito de aplicação. Perspectiva teleológica. Artigos 15, inc. V, e 37, § 4º, da CF. O ato de improbidade, a ensejar a aplicação da Lei nº 8.429/92, **não pode ser identificado tão somente com o ato ilegal**. A incidência das sanções previstas na lei carece de um plus, traduzido no evidente propósito de auferir vantagem, causando dano ao erário, pela prática de ato desonesto, dissociado da moralidade e dos deveres de boa administração, lealdade e boa-fé.⁵⁴ (grifo nosso)

52 STJ, Segunda Turma, REsp 826678 / GO, Rel. Min. Castro Meira, J. 5.10.2006, DJ 23.10.2006. No mesmo sentido: STJ, Segunda Turma, REsp 287728 / SP, Rel. Min. Eliana Calmon, J. 02.09.2004, DJ 29.11.2004; STJ, Segunda Turma, REsp 617851 / MG, Rel. Min. Eliana Calmon, J. 06.12.2005, DJ 19.12.2005;

53 STJ, Segunda Turma, REsp 708170 / MG, Rel. Min. Eliana Calmon, J. 06.12.2005, DJ 19.12.2005.

54 STJ, Segunda Turma, REsp 269683 / SC, Rel. Min. Laurita Vaz, Rel. P/ Acórdão Ministro Paulo Medina, J. 06.08.2002, DJ 03.11.2004. No mesmo sentido: STJ, Segunda Turma, REsp 534575 / PR, Rel. Min. Eliana Calmon, J. 09.12.2003, DJ 29.03.2004; STJ, Segunda Turma, REsp 621415 / MG, Rel. Min. Eliana Calmon, J. 16.02.2006, DJ 30.05.2006; STJ, Segunda Turma, REsp 626034 / RS, Rel. João Otávio de Noronha, J. 28.03.2006, DJ 05.06.2006.

Em relação ao art. 10 da Lei nº 8.429/1992, a questão é mais delicada no que tange a possibilidade de ato de improbidade na modalidade culposa. A controvérsia reside no caput do dispositivo que expressamente prevê conduta dolosa ou culposa como ato de improbidade que cause lesão ao erário.

A Primeira Turma do STJ exige a comprovação do elemento subjetivo, como visto, sendo que a culpa só cabe quanto aos casos previstos no art. 10. Nos termos do acórdão:

Embora mereçam acirradas críticas da doutrina, os atos de improbidade do art. 10, como está no próprio caput, são também punidos à título de culpa, mas deve estar presente na configuração do tipo a prova inequívoca do prejuízo ao erário.⁵⁵

As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sendo que **apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa**. Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, **não se tolera responsabilização objetiva e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas**, conclui-se que **o silêncio da Lei tem o sentido eloquente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9.º e 11.**⁵⁶ (grifo nosso)

A controvérsia sobre a modalidade culposa do art. 10 não é debatida frontalmente na Segunda Turma do STJ em relação aos acórdãos que afirmam ser aplicável a responsabilidade objetiva para se configurar o ato de improbidade. Nesses julgados, mesmo que o agente público não tenha agido com intento (dolo) ou com negligência (culpa), o fato pode ser tipificado como um ato de improbidade, caso lese o princípio da legalidade.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a controvérsia não surge de forma nítida. Não há como definir claramente qual a posição adotada em relação a cada uma das controvérsias apontadas acima. No entanto, em

55 STJ, Segunda Turma, REsp 842428 / ES, Rel. Min. Eliana Calmon, J. 24.04.2007, DJ 21.05.2007.
56 STJ, Primeira Turma, REsp 751634 / MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, J. 26.06.2007, DJ 02.08.2007. No mesmo sentido: STJ, Segunda Turma, REsp 842.428-ES, Rel. Min. Eliana Calmon, J. 24.4.2007. Informativo nº 318 Período: 23 a 27 de abril de 2007; STJ, Primeira Turma, REsp 751634 / MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, J. 26.06.2007, DJ 02.08.2007.

decisão que teve o seguimento negado, o Ministro Cezar Peluso sinalizou no sentido de que o dolo ou má-fé constitui um pressuposto da improbidade administrativa. O caso envolvia a aplicação do art. 11 da Lei nº 8.429/1992 – atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública. Para que a conduta do agente estar em desacordo com tais princípios seria necessária que tenha sido praticada com má-fé. Dessa forma, aplicar-se-ia a responsabilidade subjetiva. Como se extrai do acórdão:

[...] In casu, não restou comprovado nos autos que o apelado teve a **intenção e vontade consciente de violar os princípios básicos da administração pública citados pelo apelante (legalidade, moralidade e impessoalidade)**. Ao contrário, não verifico a ocorrência de violação a nenhum princípio da administração.⁵⁷ (grifo nosso)

A jurisprudência dos Tribunais Estaduais retrata a controvérsia existente no STJ. No Tribunal Estadual do Rio de Janeiro (TJRJ), a maioria dos acórdãos, determina que haja dolo e a má-fé para caracterização da improbidade administrativa. Outros poucos acórdãos desse Tribunal se expressam em sentido contrário, dispensando o elemento subjetivo. Para exemplificar essa corrente minoritária, veja-se:

O que se tutela nesta demanda é o princípio da legalidade administrativa contida no art. 11 da Lei 8429/92 cuja violação importa em hipótese autônoma de improbidade, independentemente de prova do dolo na conduta do agente.⁵⁸

57 STF. RE 589784/MS. Rel. Min. Cezar Peluso. J. 23.01.2010. DJe-029 17/02/2010. Nesse sentido: TJRJ. 9ª Câmara Cível, Apelação nº 0000861-81.2007.8.19.0051 (2009.001.64999). DJ 23 fev 2010. Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva; TJRJ. 16ª Câmara Cível. Apelação nº 0003400-38.2007.8.19.0045 (2009.001.38314). DJ 01 dez 2009. Rel. Des. Mauro Dickstein; TJRJ. 2ª Câmara Cível. Apelação nº 0000203-64.2008.8.19.0005 (2009.001.28040). DJ 26 ago 2009. Rel. Des. Heleno Ribeiro P Nunes; TJRJ. 4ª Câmara Cível, Apelação nº 0000916-63.2004.8.19.0010 (2008.001.61095). DJ 31 mar 2009. Rel. Des. Mario dos Santos Paulo; TJRJ, 1ª Câmara Cível, Apelação nº 0002325-53.2005.8.19.0038 (2008.001.12876). DJ 10 fev 2009. Rel. Des. Fabio Dutra; TJRJ. 9ª Câmara Cível. Apelação nº 043079-42.2005.8.19.0004 (2008.001.02586). DJ 01 jul 2008. Rel. Des. Renato Simoni; TJRJ. 20ª Câmara Cível. Apelação nº 0024976-93.2005.8.19.0001 (2007.001.66755). DJ 05 mar 2008. Rel. Des. Leticia Sardas.

58 TJRJ, Nona Câmara, Apelação nº 0007844-31.2005.8.19.0063 (2008.001.00325), Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, J. 27.05.2008; TJRJ, Nona Câmara Cível, Apelação nº 0007844-31.2005.8.19.0063 (2008.001.00325), Rel. Des. Roberto De Abreu e Silva, J. 01.07.2008.

No Tribunal do Distrito Federal (TJDF), a presença do elemento subjetivo (dolo ou culpa) é imprescindível, caracterizando-se a responsabilidade subjetiva do agente.⁵⁹ O mesmo se passa no Tribunal do Rio Grande do Sul (TJRS), no qual há vários acórdãos cuja inexistência do dolo ou culpa do administrado levou à impossibilidade de acolhimento do pedido em ação de improbidade.⁶⁰

Em relação à constitucionalidade modalidade culposa de improbidade, alguns acórdãos do TJRS enfrentaram a questão. Em um deles, o ato de improbidade que havia decorrido de culpa, por negligência do agente, serviu para atenuar a aplicação das sanções previstas no art. 12, II, Lei nº 8.429/1999. Veja-se:

Para atender à proporcionalidade, a cumulação das sanções previstas no inciso II do art. 12 da LIA deve atender à gravidade do fato, e a graduação deve atender à extensão do dano e ao proveito patrimonial do agente. Ainda, deve-se considerar a intensidade do elemento volitivo. [...] Caso em que não houve dolo na prática dos atos ímprobos, a culpa foi decorrente de negligência, com escassa má-fé, o valor do montante do dano não é elevado, e não houve proveito patrimonial dos agentes. Aplicação tão somente da penalidade de ressarcimento do dano. [...]⁶¹

Em outro acórdão, a *Terceira Câmara Cível do TJRS* entendeu desnecessária a comprovação do dolo, sendo suficiente a da culpa para a caracterização do ato de improbidade, levando em consideração a redação da cláusula geral do art. 5º da Lei nº 8.429/1992. Este artigo prevê o ressarcimento em ação ou omissão, dolosa ou culposa, que tenha causado lesão ao patrimônio público – as hipóteses de lesão são estabelecidas justamente pelo art. 10, do mesmo diploma, que previu a modalidade culposa.⁶²

59 TJDF. Conselho Especial. Inq nº 2001 00 2 003536-6. DJU 14 abr 2003. Rel. Juiz Vaz de Mello; TJDF. Conselho Especial. Inq nº 2001 00 2 003536-6. DJU 14 abr 2003. Rel. Juiz Vaz de Mello.

60 TJRS. 21ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70022562425. DJ 09 jun 2010. Rel. Juiz Francisco José Moesch. TJRS. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70032176844. DJ 26 mai 2010. Rel. Juiz Carlos Roberto Lofego Canibal. TJRS. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70025681313. DJ 16 dez 2009. Rel. Juiz: Jorge Maraschin dos Santos.

61 TJRS. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70031746894. DJ 31 mar 2010. Rel. Denise Oliveira Cezar.

62 “Conduta lesiva ao patrimônio público para a qual concorreram o Coordenador Regional de Saúde a quem cabia zelar pela regularidade da cedência, especialmente para que fosse aferida

5 A modalidade culposa de improbidade na doutrina nacional

A doutrina advoga pela imprescindibilidade da comprovação do elemento subjetivo, *lato sensu*, do agente público ou terceiro, para além da conduta de ímproba e do resultado. Dessa maneira, rejeitam a responsabilidade objetiva em matéria de improbidade administrativa. Existem, especificamente quanto à modalidade culposa, pelo menos, quatro correntes a respeito dos atos de improbidade. As correntes entendem pela: (i) constitucionalidade; (ii) constitucionalidade com ressalvas; (iii) inconstitucionalidade; e (iv) imprecisão legislativa da modalidade culposa do ato de improbidade.

A **primeira corrente** defende a **constitucionalidade da modalidade culposa** do ato de improbidade do art. 10, da Lei nº 8.429/1992. Entende que o dolo não foi exigido expressamente pelo artigo 37, § 4º, CF/1998, não sendo essencial para todo e qualquer espécie de improbidade. Dessa forma, estaria dentro do âmbito de conformação do legislador ordinário estabelecer a modalidade culposa e foi o que fez para as hipóteses do art. 10º, da Lei nº 8.429/1992.

O elemento subjetivo dolo é pressuposto indispensável para a improbidade estabelecido para os casos de enriquecimento ilícito (art. 9º) e como violação aos princípios da Administração Pública (art. 11), enquanto pode ser o dolo ou culpa em relação à improbidade que causa dano ao erário (art. 10).^{63, 64} O elemento subjetivo integra a tipicidade

a efetividade do servidor, bem como o Delegado Regional de Saúde Adjunto que emitiu parecer favorável a cedência, mesmo ciente da irregularidade da situação funcional do servidor cedido, ambos incorrendo em ato de improbidade administrativa na modalidade culposa". Trecho de TJRS. 3ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70030114714. DJ 29 nov. 2009. Rel. Des. Matilde Chabar Maia.

63 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2009, p. 1022-6.

64 No mesmo sentido, V. MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2759: "conduta dolosa ou culposa do agente: para a tipificação de um ato de improbidade descrito no art. 10 não se exige a existência da vontade livre e consciente do agente em realizar qualquer das condutas dele descritas, responsabilizando-se também o agente cuja conduta, por imprudência, negligência ou imperícia, adéque-se àquelas previstas no art. 10. Portanto, somente nos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei nº. 8429/92 – caracterizados pela existência de lesão ao erário público – permite-se tanto a conduta dolosa quanto a culposa." No mesmo sentido: FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007. PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade administrativa comentada**. São Paulo: Atlas, 2007. DECORMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

dos atos de improbidade administrativa, sendo que a culpa só se aplica aos do art. 10º.⁶⁵

José dos Santos Carvalho Filho, integrante dessa corrente, argumenta que o elemento subjetivo dolo é pressuposto indispensável para a improbidade como enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei nº 8.429 de 1992) e como violação aos princípios da administração pública (art. 11), enquanto o elemento subjetivo poderia ser com dolo ou culpa em relação à improbidade como danos ao erário (art. 10).⁶⁶ Veja-se:

O elemento subjetivo é o dolo ou culpa, como consta do caput do dispositivo. Neste ponto o legislador adotou critério diverso em relação ao enriquecimento ilícito. É verdade que **há autores que excluem a culpa, chegando mesmo a considerar inconstitucional tal referência no mandamento legal.** Não lhes assiste razão, entretanto. **O legislador teve realmente o desiderato de punir condutas culposas de agentes, que causem danos ao erário.** Aliás, para não deixar dúvida, **referiu-se ao dolo e à culpa também no art. 5º, que, da mesma forma, dispõe sobre prejuízos ao erário.** Em nosso entender, não colhe o argumento de que a conduta culposa não tem gravidade suficiente para propiciar a aplicação de penalidade. Com toda a certeza, **há comportamentos culposos que, pela repercussão que acarretam, têm maior densidade que algumas condutas dolosas.** Além disso, o princípio da proporcionalidade permite a perfeita adequação da sanção à maior ou menor gravidade do ato de improbidade. O que se exige, isto sim, é que haja comprovada demonstração do elemento subjetivo e também do dano causado ao erário. Tanto quanto na improbidade que importa em enriquecimento ilícito, não há ensejo para a tentativa.⁶⁷ (grifo nosso)

No mesmo sentido, Pedro Roberto Decomain afirma que a culpa, em sentido estrito (negligência, imperícia ou imprudência), pode ser tipificada como um ato de improbidade que causa prejuízo ao erário (art. 10). Assim, “[m]esmo que o dano ao Erário não seja impingido

65 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa: Doutrina, Legislação e Jurisprudência.** São Paulo: Atlas, 2007. p. 80.

66 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris 2009, p.1022-6.

67 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, Lumen Juris, 2009. p.1024.

propositalmente [...], a situação poderá caracterizar-se como improbidade.”⁶⁸ O autor destaca a redação do inciso X, do art. 10, da Lei nº 8.429/1992,⁶⁹ que exige o comportamento negligente no trato do patrimônio público, como uma situação evidente da modalidade culposa. Para o autor, o agente público descuidado com o interesse público da Administração poderá ensejar um ato de improbidade:

A ação descuidada, marcada pelo desinteresse na preservação daquilo que pertence à Administração Pública, é que configura a improbidade. **E esse pouco caso pela coisa pública insere-se também no terreno da desonestidade.** Não com a marca do propósito de produzir desfalque patrimonial (como acontece em relação a outros incisos), mas pelo menos **com a marca da incúria no exercício da função**, produzindo com isso o dano que houvesse o agente atuado como deveria, realizando o esforço com que o cargo lhe impunha para a preservação do patrimônio público, não teria tido lugar.^{70, 71} (grifo nosso)

A **segunda corrente** também admite a modalidade culposa de improbidade prevista no art. 10. No entanto, acrescenta um requisito: **a gravidade da culpa.** Não é qualquer culpa que torna apto o reconhecimento da improbidade. Apenas quando o agente público falta com dever de “cuidado objetivo” ou comete ato eivado de “culpa grave” é que se poderia reconhecer a improbidade administrativa. Luiz Alberto Ferracini, ao comentar o mencionado art. 10, explica que a improbidade relaciona-se à má-fé para prejudicar o Poder Público. Segundo o autor,

68 DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa.** São Paulo: Dialética, 2007. p. 109. O autor cita ainda a frase de Hugo Nigro Mazzilli: “O administrador negligente é desonesto, violando os princípios da eficiência e da lealdade”.

69 Art. 10. X. “agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público”.

70 DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa.** São Paulo: Dialética, 2007. p. 109.

71 Segundo Wallace Paiva Martins Júnior, “diante das Leis de Improbidade e de Responsabilidade fiscal inexistente espaço para o administrador ‘desorganizado’ e ‘despreparado’, não se podendo conceber que um Prefeito assuma a administração de um Município sem a observância das mais comezinhas regras de direito público”. Cf. **Probidade administrativa.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 105. No mesmo sentido, Emerson Garcia afirma “deve ser de novas reflexões o entendimento de que a lei não pune o administrador incompetente, mas unicamente o desonesto”, máxime quando se constata a inclusão do princípio da eficiência no rol constante do art. 37, *caput* da Constituição. Incompetência e eficiência veiculam premissas conceituais que se excluem, não sendo suscetíveis de coexistir harmonicamente como vetores da atividade estatal”. GARCIA, Emerson; ALVES, Roberto Pacheco. **Improbidade administrativa.** 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 49.

[n]a culpa seria a falta pelo agente público, de “cuidado objetivo”. “Em face disto, a observância do dever de diligência necessária e a imprevisibilidade objetiva excluem a tipicidade do fato. A imprevisibilidade pessoal exclui a culpabilidade”. Assim sendo, incidindo ao agente público a imprevisibilidade dos elementos acima, o fato ser atípico.⁷²

Fábio Medina Osório, por sua vez, mudando de posicionamento, também passou a admitir a modalidade culposa de improbidade no art. 10, sob dois fundamentos, quais sejam, (i) a inexistência de uma regra geral que vede a improbidade a título de culpa e (ii) a liberdade de que dispõe o legislador, democraticamente legitimado, para proceder a tal regulamentação. Ainda assim, o jurista aborda o problema em termos mais estreitos.

Inicialmente, explica que não é qualquer lesão ao erário, mas sim uma “lesão grave” que acarreta a improbidade, mesmo se desprovida de dolo. A gravidade é esmiuçada, em seu texto, por uma série de conceitos como “a eficiência funcional mínima”, “desvalor da conduta”, “desvalor do resultado”, “violação grosseira ao dever de cuidado objetivo”, “lesão ao bem jurídico tutelado” e “agressão grave à cultura político-administrativa vigente”. Em seguida, continua a explicação, afirmando que a improbidade não é o erro profissional dentro de uma margem razoável, porque a Lei de improbidade procura punir agentes públicos inábeis, mas sim os desonestos. Justamente por isso, o reconhecimento da improbidade culposa, segundo o autor, demanda um juízo valorativo por meio de uma apreciação racional, razoável, proporcional e justa do fato ilícito.⁷³

Em relação à corrente que admite a constitucionalidade da medida com ressalva, devemos destacar a doutrina de Walter Claudius Rothenburg. O autor traz uma variação da segunda corrente ao estender a aplicação da modalidade de culpa grave para as demais hipóteses de improbidade previstas nos artigos 9º e 11, tendo em vista a redação do

72 FERRACINI, Luiz Alberto. **Improbidade administrativa: teoria, legislação, jurisprudência e prática**. Campinas: Aga Juris Editora, 2001. p. 86.

73 OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 248-322.

art. 5º,⁷⁴ que se caracteriza como “norma geral do microsistema (*sic*) normativo estabelecido pela lei 8.429/92”. O autor exemplifica esta proposição com a redação art. 11, VII, que comportaria perfeitamente a culpa do agente – “revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço da mercadoria, bem ou serviço”.

A extensão da aplicação da modalidade culposa também é defendida por Maria Goretti Dal Bosco, com a exceção de sua aplicação ao art. 9º, pois os atos que importam enriquecimento ilícito, por sua natureza, não suportariam a culpa.⁷⁵ A autora segue a posição de Marino Pazzagli Filho ao escrever sobre a redação do art. 9º, dizendo que esta não comporta atos de negligência, imprudência ou imperícia, conforme se destaca no trecho:

“todas as espécies de atuação suscetíveis de gerar enriquecimento ilícito pressupõem a consciência da antijuridicidade do resultado pretendido,” além do que, e impossível supor que o “agente desconhece a proibição de se enriquecer às despesas do exercício de atividade pública, ou de permitir que, por ilegalidade de sua conduta, outro o faça. **Não há pois enriquecimento ilícito imprudente ou negligente.**”⁷⁶ (grifo nosso)

Apesar de negar a culpa para os casos do art. 9º, Maria Goretti Dal Bosco afirma que a aplicação é perfeita ao art. 11. Em suas palavras:

[...] o art. 11 da Lei nº 8.429/1992 é dirigido aos agentes públicos, assim entendidos os especificados no art. 2º da Lei. Veja-se, ainda, que a lei aqui considera tanto as ações, como as omissões do agente, que importem em atos de improbidade atentatórios aos princípios

74 Art. 5º. “Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”.

75 Segundo a autora a avaliação da modalidade culposa pelo juiz em relação ao art. 9º deve ser feita com cautela, pois a culpa não pode ser usada como uma escapatória para o acusado em alguns casos. O exemplo dado foi o caso da Ministra Zélia Cardoso de Mello que se beneficiou de um esquema de corrupção formado por Paulo César Farias. Este recebeu 800 mil dólares de empresas de ônibus e, no dia seguinte, a Ministra autorizou um aumento de 17,4 % do preço das passagens que estavam congeladas. O valor foi revertido para uma reforma na casa da Ministra. A Ministra poderia alegar culpa nesse caso para se beneficiar da atipicidade de sua conduta ímproba.

76 DAL BOSCO, Maria Goretti. **Responsabilidade do agente público por ato de improbidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 144.

constitucionais e violação de deveres que menciona. **Assim, da mesma forma que o art. 10, o 11 abrangem, também, a conduta culposa, o que não ocorre no art. 9º.**⁷⁷ (grifo nosso)

Em crítica a esse entendimento, Waldo Fázio Júnior escreve sobre a incoerência da corrente da culpa grave. Não teria sido a intenção do legislador punir apenas nos casos de “culpa grave” as condutas do art. 10 e, sobretudo, haveria impropriedade no uso desse termo. Interpretar como “culpa grave” a modalidade culposa prevista no *caput* do art. 10 seria um equívoco, porque esta se iguala ao dolo. A equiparação do dolo à culpa grave é feita por outros autores, igualmente.⁷⁸ A conduta culposa do *caput* deve ser entendida como a falta de atenção evitável ao homem médio. Nas palavras do autor,

O legislador, ao aludir à culpa, certamente não se refere à culpa grave, uma vez que esta é equiparada ao dolo, sendo, portanto, prescindível, porque a modalidade dolosa é a regra, entre os atos de improbidade administrativa.⁷⁹

Outro autor a rejeitar a graduação de culpa, em certa medida, é Emerson Garcia. Seja a culpa leve, grave ou gravíssima, a improbidade poderá ser verificada, conforme entende o autor. Qualquer que seja a modalidade de culpa, o ato de improbidade subsiste, pois assim quis o legislador ao disciplinar o art. 37, § 4º por meio do art. 10º da Lei nº 8.249/1992. Já para as hipóteses dos arts. 9º e 11, em que não previu a modalidade culposa, apenas o agente intencionado e que almejou o resultado lesivo pode ser punido.

A defesa do autor, porém, admite a atipicidade em casos de culpa leve, para as hipóteses art. 10. Segundo sua doutrina, a culpa leve pode levar à não incidência do tipo legal, desde que o ato praticado seja escusável, por ser insignificante do ponto de vista da improbidade e, ainda,

77 DAL BOSCO, Maria Goretti. *Op.cit.*, p. 145.

78 Cf. a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

79 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2007. p. 82.

se a previsibilidade em relação ao dano fosse de difícil percepção ao homem médio.⁸⁰ Para o autor,

os graus da culpa podem ser úteis por ocasião da verificação do grau de proporcionalidade que deve existir entre ato e sanção, bem como para os fins de dosimetria desta.”⁸¹

A **terceira corrente** defende a **inconstitucionalidade da modalidade culposa** de improbidade administrativa e sugere uma interpretação do art. 10, conforme o artigo 37, § 4º, CF/1988. De início, argumenta-se que o conceito de Improbidade Administrativa está delineado implicitamente no referido artigo da Constituição. A improbidade não seria a simples violação à ordem jurídica ou a legalidade. Para ser considerado ímprobo, faz-se necessária uma ofensa à moralidade administrativa, que resulte em enriquecimento ilícito, obtenção de vantagem para si ou outrem ou que cause dano ao erário. Do contrário, não se justificariam as pesadas sanções definidas na própria Constituição e delimitadas pela Lei nº 8.429/1992.

Os autores, que endossam a terceira corrente, admitem apenas a conduta dolosa, ou seja, a vontade deliberada do agente público, como tipificadora do ato de improbidade. Do contrário, teríamos um ato culposo violador da moralidade e, mesmo, da legalidade, mas que não é qualificado como ímprobo.⁸² Nesse Sentido, Benedicto Pereira Porto Neto e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho concluem que:

A Constituição Federal (bem como a legislação infraconstitucional) exige como elemento do tipo improbidade administrativa **a intenção de praticar a ilegalidade**. Elemento subjetivo é, portanto, requisito

80 Emerson Garcia define as modalidades de culpa com base na “previsibilidade do evento danoso.” A culpa gravíssima é definida como “a ausência de previsão de um evento que o seria por qualquer homem normal”; a culpa leve consiste no evento que “só poderia ser previsto com o emprego de uma diligência incomum, própria daqueles que exercem atividades que pressupõem um maior grau de discernimento” e a culpa grave, por sua vez, “se consubstancia na não previsibilidade do evento que o seria pelos homens diligentes e responsáveis, qualidade esta indissociável dos gestores da coisa pública”. GARCIA, Emerson; ALVES, Roberto Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 269

81 GARCIA, Emerson; ALVES, Roberto Pacheco. *Op. cit.*, p. 270.

82 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa** – o direito dos administrados dentro da lei 8.429/1992. Rio de Janeiro: América Jurídica, 1. ed, 2004. p. 214.

inafastável para tipificação da conduta punível na forma da Lei 8.429, de 1992. [...]

Um exemplo mais radical: também seria ato de improbidade, na visão estreita contestada, o ato de servidor que, desrespeitando normas de trânsito com outro veículo, causando danos ao erário; a simples inobservância das normas de trânsito, aliás, já representaria ilegalidade, e, por tanto, ato de improbidade.

Interpretação dessa ordem levaria a uma conclusão absurda: o administrador público que se utilizasse de sua competência para invalidar seu próprio ato estaria confessando sua conduta ímproba e, via de consequência, expondo-se às pesadas sanções constitucionais e legais. [...]

Em resumo, **a vontade do agente, o fim por ele almejado**, é fundamental para a caracterização do ato de improbidade.⁸³(grifo nosso)

Outro argumento utilizado para restringir a improbidade à modalidade culposa é a figura da boa-fé. Se o agente atuou com boa-fé, sem a intenção de lesar o erário, não pode sofrer as mesmas pesadas sanções aplicáveis ao agente desonesto e ímprobo. De forma incisiva defende Mauro Roberto Gomes de Mattos,

Não pode o legislador querer desnaturar a figura da boa-fé ou da falta de intenção de lesar o ente público, para considerá-la, em igualdade de condições, com aquelas situações caracterizadoras da devassidão do agente público desonesto que traz no seu espírito intenções impuras e imorais reveladas na vontade de fraudar o erário.⁸⁴

No mesmo sentido, escreve Marcelo de Figueiredo ao afirmar que faltou ao legislador inconstitucional a devida consideração ao princípio da razoabilidade quando considerou qualquer ação culposa, que importe

83 PORTO NETO, Benedicto Pereira e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. Violação ao dever de licitar e a improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Orgs.). **Improbidade administrativa** – questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 115-6.

84 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa** – o direito dos administrados dentro da Lei 8.429/1992. Rio de Janeiro: América Jurídica, 1. ed., 2004. p. 215.

em lesão ao erário, como um ato de improbidade administrativa. O autor supõe o exemplo do agente que causa uma pequena lesão ao erário involuntariamente, por meio de uma omissão culposa, as sanções aplicáveis seriam desproporcionais. Maria Goretti Dal Bosco também segue o ensinamento do autor: “Se não for inconstitucional, [...], pelo menos aquele dispositivo deveria ser interpretado conforme a Constituição.”⁸⁵

O tratamento sancionatório dispensado aos agentes de boa-fé e má-fé, previsto no art. 12 da Lei nº 8.429/1992, não deve ser o mesmo, pois a igualdade e a razoabilidade/proporcionalidade restariam desatendidas. As sanções aplicáveis, como a perda do cargo, suspensão dos direitos políticos por 8 (oito anos), proibição de contratar com o Poder Público, dentre outras previstas no art. 12, II, são amplamente desproporcionais quando recaem sobre o agente que pensa agir de acordo com a lei e com o interesse público, lastreado na boa-fé, mas que, por inabilidade ou falta de diligência, na verdade, fere a probidade administrativa. Isso não significa que o autor da conduta não será punido, por exemplo, em processo administrativo que possa, até mesmo, resultar a sua demissão. Mas nele não recaíram as pesadas sanções da improbidade.

A quarta corrente, por fim, chega a conclusões semelhantes por caminhos diversos, defendendo a imprecisão legislativa da modalidade culposa do ato de improbidade. Interpreta-se a referência à culpa no art. 10 da Lei de Improbidade, como uma imprecisão do legislador, razão pela qual não deveria ser levada em consideração.⁸⁶ Essa corrente é defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. A autora enxerga uma relação necessária entre a conduta do agente com a má-fé para que haja improbidade. Apenas um comportamento desonesto merece ser punido como improbidade. De acordo com suas palavras:

85 DAL BOSCO, Maria Goretti. **Responsabilidade do agente público por ato de improbidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 136-137.

86 “Dos três dispositivos que definem os atos de improbidade, somente o artigo 10 fala em ação ou omissão, dolosa ou culposa. E a mesma ideia de que, nos atos de improbidade causadores de prejuízo ao erário, exige-se dolo ou culpa, repete-se no artigo 5º da lei. É difícil dizer se foi intencional essa exigência de dolo ou culpa apenas com relação a esse tipo de ato de improbidade, ou se foi falha do legislador, como tantas outras presentes na lei. **A probabilidade de falha é a hipótese mais provável, porque não há razão que justifique essa diversidade de tratamento**” (grifo nosso). PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 727-8.

A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. [...] Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública.⁸⁷

A melhor corrente é a que circunscreve a modalidade culposa de improbidade às hipóteses de culpa grave ou gravíssima, com ausência de boa-fé. Em que pese os argumentos da primeira corrente, relativa a opção do legislador pela culpa no art. 10, a adoção da modalidade culposa de improbidade pura e simples parece violar o princípio da proibição do excesso admitir que há uma modalidade culposa sem quaisquer parâmetros confiáveis (primeira corrente). No entanto, assumir a culpa como inconstitucional pura e simplesmente não é uma interpretação conforme que pode ser extraída dos limites semânticos do enunciado normativo do art. 37,4º, CF/1998 (terceira corrente). Não há qualquer vedação a regulamentação da modalidade culposa pelo legislador. Tampouco há elementos confiáveis para considerar uma omissão do legislador (quarta corrente).

Rejeitadas a primeira, terceira e quarta corrente, resta a segunda que reconhece a modalidade culposa de improbidade, se houver culpa grave e boa-fé para todos os casos de ato de improbidade (art. 9º, 10 e 11). Ainda assim, resta responder a dúvida de como implementar institucionalmente essa opção que consegue equacionar da melhor forma possível a necessidade de proteger a coisa pública, sem atropelar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Essa é a indagação fundamental que será respondida na conclusão.

87 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 727-8.

6 Conclusão

Encerrada a exposição dos principais fundamentos teóricos e problemas práticos que envolvem a modalidade culposa de improbidade administrativa, resta responder objetivamente aos questionamentos inicialmente formulados.

É constitucional a modalidade culposa de improbidade?

Sim, desde que concebida como culpa grave. De fato, o legislador democraticamente eleito tem legitimidade para dispor sobre a modalidade dolosa ou culposa, mas sua margem de atuação encontra limites no princípio da proibição do excesso⁸⁸ do qual se impõe considerar a improbidade por culpa apenas de grave⁸⁹ ou gravíssima⁹⁰ na qual o agente público não tenha atuado de boa-fé.

Quais os parâmetros para proteger a coisa pública sem gerar injustiças?

Existem parâmetros subjetivos e objetivos para aferir se a modalidade culposa grave de improbidade merece a reprimenda da improbidade administrativa. Do ponto de vista subjetivo, é a ausência de boa-fé, o erro crasso, a falta do dever de cuidado objetivo. Do objetivo, decorre do descumprimento de um dever de um patamar de eficiência mínimo aceitável de acordo com a cultura administrativa, do respeito aos bens jurídicos tutelados e do desvalor da conduta. São esses parâmetros subjetivos e objetivos os elementos aptos a tutelar a modalidade culposa de improbidade.

88 O princípio ou postulado da proibição do excesso foi desenvolvida por Humberto Ávila. Em suas palavras: “[a] promoção das finalidades constitucionalmente postas possui, porém, um limite. Esse limite é fornecido pelo postulado da proibição de excesso. Muitas vezes denominado pelo Supremo Tribunal Federal como uma das facetas do princípio da proporcionalidade, o postulado da proibição de excesso proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental. [...] O postulado da proibição de excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 89.

89 Por culpa grave, podemos levar em consideração a doutrina de Emerson Garcia: “culpa grave, a qual se consubstancia na não previsibilidade de um evento que o seria pelos homens diligentes e responsáveis, qualidade esta indissociável dos gestores da coisa pública”. GARCIA, Emerson; ALVES, Roberto Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 269-270.

90 A culpa gravíssima pode ser entendida como a ausência da diligência necessária e de previsão do resultado ilícito por qualquer homem normal. Não foi empregada a diligência que se espera do homem médio. GARCIA, Emerson; ALVES, Roberto Pacheco. *Op. cit.*, p. 269-270.

O que fazer para superar essas divergências e estabelecer parâmetros razoáveis para a aplicação da referida modalidade?

Ainda que se reconheça que a modalidade de improbidade administrativa por culpa grave ou gravíssima seja constitucional e a melhor para proteger a coisa pública sem cometer injustiças, resta a dúvida de como seria possível torná-la a corrente dominante. Propõe-se que seja ajuizada uma ação declaratória de constitucionalidade,⁹¹ diante da profunda controvérsia judicial que se instalou no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados.

O pedido formulado ao Supremo Tribunal Federal seria a de interpretação conforme para que se entenda a “culpa” do *caput* do art. 10, da Lei nº 8.429/92 como “culpa grave ou gravíssima”, bem como que seja feita uma extensão dessa modalidade de culpa grave ou gravíssima para as demais hipóteses de atos de improbidade do art. 9º e 11, do mesmo diploma. A partir da decisão vinculante e *erga omnes* conferida pela Corte Constitucional, nesse sentido, restaria pacificada a jurisprudência. A aplicação adequada da Lei de Improbidade consubstanciará segurança e eficácia ao combate desse mal constante que acomete a Administração Pública brasileira.

Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2007.

ADVERSE, Helton. Maquiavel. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARAES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel. (Org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

91 A ação declaratória de inconstitucionalidade é uma das ações do controle abstrato de constitucionalidade das normas infraconstitucionais cuja apreciação e julgamento compete ao Supremo Tribunal Federal. A referida ação foi introduzida na Constituição por meio da EC n. 3º/1993 que visa à declaração da constitucionalidade de uma norma que tem sua compatibilidade com a Constituição discutida em âmbito judicial. “[N]ão se figura admissível a propositura de ação declaratória de constitucionalidade se não houver *controvérsia* ou *dúvida* relevante quanto a constitucionalidade da norma”. A decisão pelo STF declarará a procedência da ação, com a constitucionalidade da norma, ou a improcedência, com a consequente inconstitucionalidade. Dessa forma, a controvérsia judicial restará pacificada em razão do seu caráter *erga omnes* e vinculante. MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 371.

- CARDOSO, Sérgio. Platão e Aristóteles. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARAES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel. (Org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Filosofia Política 2**. São Paulo/Porto Alegre: Unicamp/UFRGS, L&PM Ed., 1985.
- DAL BOSCO, Maria Goretti. **Responsabilidade do agente público por ato de improbidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERRACINI, Luiz Alberto. **Improbidade administrativa: teoria, legislação, jurisprudência e prática**. Campinas: Aga Juris Editora, 2001.
- FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FILGUEIRAS, Fernando de Barros. **A corrupção e a patogenia das instituições políticas**. Rio de Janeiro: Tese de Doutorado Apresentada ao IUPERJ, 2007.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Roberto Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Volume I. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- LAMBSDORFF, Johann Graf. **Causes and consequences of corruption: What do we know from a cross-section of countries?** In: ROSE-ACKERMAN, Susan (Org.). *International handbook on the economics of corruption*, 2006.
- MACIEL, Felipe Guatimosim. **O Controle da Corrupção no Brasil**. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Concursos/Arquivos/1_ConcursoMonografias/3_Felipe_Guatimosim_Maciel.pdf>.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Limite da Improbidade Administrativa – o direito dos administrados dentro da lei 8.429/1992**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 1. ed., 2004.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. v. 3, 22. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.
- OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de corrupção**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. São Paulo: Atlas, 2007.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005.
- PORTO NETO, Benedicto Pereira; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. Violação ao dever de licitar e a improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinellae PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Orgs.). **Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- RAMOS, André de Carvalho. O combate Internacional corrupção e a lei da improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. (Org.). **Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei nº 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ROSE-Ackerman, Susan. **Corruption and government: Causes, consequences and reform**. Cambridge University Press, 1999.
- ROTHERBURG, Walter Claudius. Ação de improbidade administrativa: aspectos de relevo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. (Org.). **Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. Corrupção e desempenho econômico In: SPECK, Bruno Wilhelm et. al. (Org.). **Os custos da corrupção**. Cadernos Adenauer nº 10, 2000.

SOARES, Aline Bruno. **Democratização, ativismo internacional e luta contra a corrupção, estudo de caso sobre a transparência Brasil e a Transparency International**. Dissertação de Mestrado em Ciência Política do Programa de Pós-Graduação em Antropologia e Ciência Política da Universidade Federal Fluminense, 2004.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Lisboa: Clouste Gulbenkian, 1971.