



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE
CURSO DE DIREITO**

Renan Walvenarque Tavares Leite

**O Dolo e a Culpa nas Ações Cíveis Públicas Por Ato de Improbidade
Administrativa: Interação Entre A Violação de Princípios da Administração
Pública e o Dano ao Erário**

MARABÁ – PA
2016



**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE
CURSO DE DIREITO**

Renan Walvenarque Tavares Leite

**O DOLO E A CULPA NAS AÇÕES CIVIS POR ATO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: INTERAÇÃO ENTRE VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DANO AO ERÁRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Bacharelado
em Direito como requisito final para a
obtenção do grau de bacharel em Direito
sob a orientação do Prof.^o Msc. em
Direito Júlio Cesar Sousa Costa,
Faculdade de Direito/UNIFESSPA.

MARABÁ – PA
2016

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca Josineide da Silva Tavares da UNIFESSPA. Marabá, PA

Leite, Renan Walvenarque Tavares

O dolo e a culpa nas ações civis por ato de improbidade administrativa: interação entre violação de princípios da administração pública e o dano ao erário / Renan Walvenarque Tavares Leite ; orientador, Júlio Cesar de Sousa Costa. — 2016.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Campus Universitário de Marabá, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2016.

1. Improbidade administrativa - Legislação. 2. Corrupção administrativa. 3. Dolo (Direito civil). 4. Culpa (Direito). 5. Administração pública - Aspectos morais e éticos. I. Costa, Júlio Cesar Sousa, orient. II. Título.

CDDir: 4. ed.: 341.5517

**O DOLO E A CULPA NAS AÇÕES CIVIS POR ATO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: INTERAÇÃO ENTRE VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DANO AO ERÁRIO**

Renan Walvenarque Tavares Leite

Banca Examinadora:

Prof.^o Msc. Júlio Cesar Sousa Costa
IEDS/Unifesspa
Orientador

Prof^a. Dr. Jorge Luís Ribeiro dos Santos
IEDS/Unifesspa
Membro

Amanda Cristina Ferreira
Advogada, especialista em Direito Público.
Membro

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. A Improbidade Administrativa no Ordenamento Jurídico.....	10
1.1. O Art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988.....	12
1.2. Interpretação da Lei de Improbidade Administrativa Conforme o Texto Constitucional.....	14
2. Considerações Sobre a Ação Civil Pública Como Instrumento de Tutela da Probidade Administrativa.....	18
3. O Elemento Subjetivo Doloso e Culposos – Definições.....	21
4. Princípios.....	28
4.1. Os Princípios da Administração Pública.....	28
4.2. Enfoque Especial ao Princípio da Moralidade Administrativa.....	31
5. Tipicidade da Lei de Improbidade Administrativa.....	37
6.. O Dano ao Erário e a Violação de Princípios da Administração Pública.....	39
7. Considerações Finais.....	45
REFERÊNCIAS	
BIBLIOGRÁFICAS.....	46

RESUMO

O presente trabalho propõe uma discussão acerca do dolo e da culpa nos tipos legais que definem os atos de improbidade administrativa, colocando em evidência a forma culposa descrita na norma do art. 10, da Lei 8.429/92, e a sua compatibilidade com o modelo de responsabilidade criado para a defesa da probidade administrativa. A análise partirá de uma contextualização do art. 37, *caput*, em conjunto com o § 4º, da Constituição Federal de 1988, com o seu Diploma concretizador, a Lei 8.429/92, a Lei de Improbidade Administrativa. Para efetivar a interpretação da Lei de Improbidade Administrativa conforme o texto constitucional, adequando-a ao modelo de responsabilidade imposto pela CRFB/88, necessário que se faça a devida incursão nas teorias que melhor definem o dolo, a culpa, e os princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, especialmente o princípio da moralidade.

Palavras-Chave: improbidade administrativa; dolo; culpa; tipicidade; princípios; moralidade administrativa.

ABSTRACT

This work proposes a discussion about deceit and fault at the legal types that defines the acts of administrative improbity, highlighting a culpable form described in the norm of the article 10 of Law 8.429 / 92, and its compatibility with the responsibility model created to defense of administrative probity. The analysis will start from a contextualization between article 37, caput, and the 4th paragraph of the Federal Constitution of 1988, with its concretizing diploma, the Law nº 8.429/ 92, the Administrative Improbity Law. To materialize the interpretation of the Administrative Improbity Law according to the constitutional text, adapting it to the model of responsibility imposed by the Federal Constitution of 1988, it is necessary to make the proper review at the theories that best defines deceit, fault, and constitutional principles applicable to the public administration, especially the principle of morality.

Keywords: administrative improbity; deceit; guilt; typicality; principles; administrative morality.

INTRODUÇÃO

O trabalho não tem por escopo exaurir o que a doutrina e a legislação definem como “ato de improbidade administrativa”, ante a extensão e complexidade da matéria que envolve um microssistema de proteção à moralidade administrativa e ao dever de probidade inerente ao exercício de todo e qualquer *múnus público*, seja pelos agentes públicos, políticos e particulares partes em contratos firmados com o Poder Público.

Visa o presente trabalho apresentar uma análise centrada na tipificação legal do ato de improbidade, decorrente da Lei 8.429/92, a fim de alcançar o conteúdo axiológico de tal norma, à luz dos elementos subjetivos dolo e culpa.

A análise parte sempre da persecução do ato de improbidade por meio da ação civil pública, mecanismo adotado para a tutela da probidade administrativa, visto que a lei de improbidade administrativa define o procedimento a ser adotado e a análise de culpabilidade do agente do ato ímprobo.

Diante do complexo sistema adotado na Constituição Federal de 1988 para a proteção da probidade administrativa, dela partirá a análise do modelo de responsabilidade adotado pela Carta Magna.

Após a observação constitucional, o estudo partirá para o Diploma concretizador do art. 37, § 4º, da CF/88, de onde se extrairá a completa análise da possibilidade de lesão ao erário sem a existência de violação aos princípios da Administração, e se, nesse contexto, há possibilidade de responsabilização apenas a título culposo do agente do ato ímprobo.

Em síntese, a investigação que se procederá no presente trabalho reside na imprescindibilidade do elemento subjetivo doloso para a configuração ato de improbidade que enseje dano ao erário e se, prescindível o dolo, é possível ainda a ausência de violação aos princípios da Administração para a configuração do dano ao erário público.

A pertinência do tema surge de uma superficial análise do texto constitucional, vez que qualquer ato de improbidade sempre importará numa quebra ao denominado princípio da moralidade administrativa, entretanto, quando observamos a Lei 8.429/92, ao definir os atos de improbidade em espécie, delimitamos em que enseja enriquecimento ilícito, que causam danos ao erário e aqueles que

importem em violação aos princípios da Administração pública, havendo, portanto, uma classificação de acordo com a tipicidade.

1. A Improbidade Administrativa no Ordenamento Jurídico

Do advento da Constituição Federal de 1988 surgiu um microsistema jurídico jamais visto para a tutela da moralidade administrativa, essencialmente pautado no *caput* do art. 37, da CRFB/88, ao definir que a Administração pública será regida pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O *caput* do dispositivo noticia os princípios de regência da Administração, vindo o § 4º da norma, veicular um modelo de responsabilidade adotado para a proteção da moralidade administrativa com o seguinte texto:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

(...)

Do texto constitucional em destaque observamos a criação de uma responsabilidade especial para a proteção moralidade administrativa, que não se confunde com a responsabilidade civil objetiva e subjetiva, política e penal, anteriores à Constituição Federal de 1988.

A defesa da moralidade e a conseqüente imposição do dever de probidade somente toma forma no art. 37, § 4º, da CRFB/88, no entanto, necessário apontar que tal medida permeia todo o Texto Constitucional como um compromisso assumido pelo Estado Brasileiro no combate à corrupção.

O art. 5º, inc. LXXIII, da CRFB/88, define que o cidadão é parte legítima para propor ação popular visando anular ato ilícito que atente contra a moralidade administrativa.

Art. 5º. (...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado

participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

O art. 14, § 9º, da CRFB/88, inserida na Constituição por força da emenda constitucional 04/94, alude à moralidade e à probidade para o exercício de mandato eletivo, dispondo que lei complementar definirá condições de elegibilidade de acordo com tais parâmetros, vejamos.

Art. 14. (...)

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Assim, inicialmente, vale ressaltar que em nenhuma das constituições anteriores pensou-se num sistema tão amplo e complexo de proteção da moralidade administrativa, visando coibir a corrupção institucionalizada em nosso país.

O único instituto jurídico antecedente compatível com o atual sistema de responsabilidade por ato de improbidade administrativa é a Lei 4.717/1965, instituidora da Ação Popular, sob a égide da Constituição de 1946, e ainda em vigor, mesmo passadas duas Constituições desde a sua promulgação.

O modelo atual de repressão à imoralidade administrativa, decorre da especificidade do tema e da falência dos tipos penais criados para a repressão aos crimes praticados por agentes públicos e particulares contra a Administração em Geral, bem como a ineficiência das normas disciplinares relativas à punição dos servidores públicos por desvios funcionais.

Tanto que, por meio da ação civil pública por ato de improbidade, é possível a penalização simultânea de particulares, agentes públicos e políticos, quando todos deveriam guardar o dever de probidade no trato com a coisa pública.

O teor das sanções localiza-se num limiar entre as punições de caráter cível, penal, político e administrativo, vez que ensejam a reparação do dano, a indisponibilidade de bens e a suspensão de direitos políticos e administrativos,

sendo que o penúltimo tipo de sanção aplica-se nos mesmos limites aplicados nas ações penais, conforme o texto do art. 15, da CRFB/88.

1.1 – O Art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988

Na concepção de CANOTILHO *et. al.*, 2013, p. 894, o art. 37, § 4º, da CRFB/88, em que pese o caráter eminentemente civil do meio pelo qual se busca a responsabilidade por ato de improbidade administrativa, tal responsabilidade não se iguala à responsabilidade civil decorrente dos atos ilícitos comuns, não se coadunando plenamente com a responsabilidade penal e nem com aquela responsabilidade originada do julgamento na seara política. Conforme se vê do excerto abaixo transcrito:

[...] Podemos com a previsão do artigo 37, § 4º da Constituição Federal falar em responsabilidade por improbidade administrativa que não se enquadra em nenhuma das responsabilidades clássicas, por assim dizer. Não é rigorosamente falando, responsabilidade civil, não é responsabilidade penal, não é responsabilidade política e sequer responsabilidade administrativa, estas duas últimas em seu sentido estrito.

Tal consideração é relevante ao observarmos que, embora o instrumento utilizado para a tutela da moralidade seja a ação civil pública, muitas vezes o *nomen iures* adotado nas ações seja “ação por ato de improbidade administrativa”, visto que o rito processual adotado não é inteiramente aquele descrito na Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), mas sim o previsto no artigo 17, da Lei 8.429/92.

É patente a sensação de que o dispositivo constitucional em análise inculpiu o Diploma concretizador (Lei 8.429/92) a partir de uma análise da culpabilidade de todos os agentes passíveis de punição pelo ato de improbidade, definindo claramente o caráter misto das sanções cabíveis, por força do art. 12, da Lei 8.429/92.

O imperativo constitucional acerca da responsabilidade por ato de improbidade impõe a colocação de todos os agentes envolvidos no ato ilícito num mesmo patamar de apreciação pelo Judiciário, deixando a reserva da jurisdição

penal para a aplicação de possíveis sanções privativas de liberdade em procedimento próprio e respeitando-se as regras processuais relativas à competência e etc.

Estando os sujeitos passivos, seja o particular, o agente público ou político, no mesmo nível perante o Judiciário, no plano sancionatório verifica-se a mesma igualdade, visto que a norma constitucional tem por escopo sanar as discrepâncias oriundas da compartimentação das sanções aplicáveis aos servidores públicos, aos agentes políticos e aos particulares.

Assim se explica o posicionamento destacado por CANOTILHO *et. al.*, 2013, evidenciando o caráter misto da responsabilidade por ato de improbidade, visto que por um único instrumento jurídico e processual, aplica-se a todos os agentes, na medida de suas culpabilidades, sanções de cunho político, administrativo disciplinar e cível, resguardada a jurisdição penal.

Quanto ao antecedente histórico da norma menciono CANOTILHO *et. al.*, 2013, p. 896, em dois excertos extraídos de sua obra:

[...] O desgaste e a insuficiência normativa e pragmática (no campo eficaz) dos tradicionais tipos penais alusivos aos chamados “Crimes contra a Administração Pública”, seja os chamados “Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral” e em parte os chamados “Crimes Praticados Por Particulares Contra a Administração em Geral...

[...] Não há um ascendente histórico direto, em linha reta, do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal porque como afirmamos o tema da moralidade administrativa do ângulo constitucional foi verdadeiramente inovador a partir de 1988. Assim é partir deste marco histórico (de 1988) que ele assumiu renovada perspectiva e sistematização constitucional e posteriormente legal

Veja que a Ação Popular, de 1965, em algum ponto tutelou a moralidade administrativa, mas visando de um modo geral desconstituir o ato lesivo, não sancionando o agente causador do ato ilegal na amplitude definida pela CRFB/88 e, posteriormente, pelo Diploma concretizador.

O ascendente teórico e histórico direto que funda o atual sistema de repressão à improbidade administrativa são as obras de Maurice Hauriou em *Précis de Droit Administratif*, e de, Welter em *Le Contrôle Jurisdictionnel de la Moralité Administrative*.

Numa análise substancial das constituições anteriores, a partir da República, observa-se que a tutela da moralidade pública resumia-se a um instrumento de proteção do interesse público contra atos de matiz ainda totalitarista, dirigindo-se exclusivamente a coibir desvios de conduta do agente público, excluindo-se, portanto, o particular.

Nota-se que a ausência de antecedente legal em nosso ordenamento jurídico para a tutela punitiva da probidade administrativa, anterior à Constituição Federal de 1988, impõe a severidade da responsabilidade pelos atos de improbidade administrativa inserida pela norma concretizadora do art. 37, § 4º, da CF/88, a Lei nº 8.429/92.

Resta claro que a Constituição Federal em vigor criou um novo modelo de responsabilidade mesclando a responsabilidade política, administrativa e civil, a partir dos antecedentes legais preexistentes em nosso ordenamento jurídico, porém, isoladamente até o advento deste novo modelo em questão.

É evidente ainda que sob o aspecto penalizador da norma constitucional em exame, criou-se um modelo, por assim dizer, hermeticamente fechado devido à sua amplitude, vindo a punir simultaneamente os agentes públicos, políticos e os particulares, sem deixarmos de considerar que, embora se resguarde a jurisdição penal, a sanção política aplicada nos moldes da Lei de Improbidade Administrativa em muito se assemelha àquela aplicada na seara penal, na forma do art. 15, da CRFB/88.

É a partir desse modelo de responsabilidade criado que partirá a análise do trabalho, ainda que o objeto de estudo não seja a responsabilidade por ato de improbidade administrativa por si só, mas sim de quais atos é possível aferir a ocorrência da improbidade, ou melhor definindo, onde reside e a partir de que elemento subjetivo é possível aferir a ocorrência do ato de improbidade.

1.2 – Interpretação da Lei de Improbidade Administrativa Conforme o Texto Constitucional

Em verdade a interpretação que se busca no presente trabalho partirá especificamente dos tipos sancionadores contidos na Lei 8.429/92, presentes nos artigos 9º, 10 e 11, da norma mencionada.

Vê-se pelo título do trabalho que o objeto do estudo consiste na apuração do dolo e da culpa para que se considere o ato de improbidade administrativa, e observados os elementos subjetivos doloso e culposos, a interação entre estes elementos subjetivos para a configuração do ato ímprobo que importe em lesão ao erário.

Então, partindo do primeiro pressuposto, sendo o dolo e a culpa genericamente considerados para a tipicidade dos atos improbidade, a análise surge da interpretação do art. 37, *caput* e § 4º, da CRFB/88, visto que é esta a norma que institui o microsistema de responsabilidade voltado a tutelar a probidade administrativa.

A interpretação dos tipos legais que definem os atos ímprobos em espécie, descritos na Lei 8.429/92, surge do dispositivo constitucional e, dele surge a dúvida, vez que a interpretação combinada do *caput* do art. 37, da CRFB/88 com o parágrafo 4º, não se define a que título serão punidos os atos de improbidade.

A redação do parágrafo 4º do art. 37, da CRFB/88 define em linhas gerais as sanções aplicáveis aos atos ímprobos, delimitando, portanto, o campo de abrangência do art. 12, da Lei 8.429/92, ocorre que o *caput* do dispositivo elenca os postulados pelos quais será regida a Administração Pública, dentre eles elenca a moralidade administrativa.

Estando a moralidade administrativa descrita entre os princípios de primeiro escalão, por meio do qual é regida a Administração Pública, é nítido o entendimento de que inexistente improbidade administrativa sem violação a este princípio de Direito Constitucional Administrativo.

Tem-se, portanto, o primeiro tema a ser enfrentado no presente trabalho e, com vistas a entendê-lo, a doutrina de MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p. 835, trata da moralidade administrativa nos seguintes termos:

[...] Sendo o direito o mínimo ético indispensável à convivência humana, a obediência ao princípio da moralidade, em determinados atos, significa que eles só serão considerados válidos se forem duplamente conformes à eticidade, ou seja, se forem adequados não

apenas às exigências jurídicas, mas também às de natureza moral. A essa luz, portanto, o princípio da moralidade densifica o conteúdo dos atos jurídicos, e em grau tão elevado que a sua inobservância pode configurar improbidade administrativa e acarretar-lhe a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário...

Do entendimento firmado na doutrina, o ato de improbidade sempre ocorrerá mediante a ruptura da conduta do agente com a moralidade administrativa que deve nortear sua conduta.

O legislador ordinário ao delimitar a tipicidade dos atos de improbidade optou por impor a necessidade de conduta dolosa para que restem configuradas as violações de princípios administrativos e, no mínimo, que haja uma conduta culposa para a configuração dos atos que importem em lesão ao erário.

A opção do legislador ordinário ao definir o elemento subjetivo para a configuração de cada um dos tipos legais constantes na Lei de Improbidade Administrativa, definitivamente, não partiu do Texto Constitucional, visto que o *caput* do art. 37, da CRFB/88, delimita os princípios pelos quais a Administração Pública será regida e o parágrafo 4º, deste dispositivo, elenca apenas o modelo de responsabilidade pelos atos ímprobos praticados.

Mas, observando que todo ato de improbidade decorre da ruptura com a moralidade administrativa, presente na norma constitucional, e, por ser a moralidade administrativa, um princípio inteiramente ligado a um padrão de conduta a ser seguido pelo agente público, do qual o desvio depende necessariamente de ato volitivo, questiona-se a culpa inserida apenas no art. 10, da Lei 8.429/92.

Toda improbidade, obviamente, parte de uma conduta contrária àquela definida pela moralidade administrativa, qual seja, conduta livre e consciente e inteiramente pautada nas normas e princípios regentes da Administração Pública, por esta ótica, se torna complexo um dos tipos legais da Lei 8.429/92 perquirir a título culposos a conduta nele descrita.

É de se observar a possibilidade de ocorrência de inconstitucionalidade do art. 10, da Lei 8.429/92, dada a incompatibilidade do dispositivo legal com a norma do art. 37, *caput*, da CRFB/88, quando delimita os princípios de regência da

Administração Pública, dentre eles, o da moralidade administrativa que, na concepção de MENDES COELHO E BRANCO, 2008, “*densifica o conteúdo dos atos jurídicos, e em grau tão elevado que a sua inobservância pode configurar improbidade administrativa*”.

2. Considerações Sobre a Ação Civil Pública Como Instrumento de Tutela da Probidade Administrativa

As considerações acerca da ação civil pública voltada para a tutela da probidade administrativa consistem única e exclusivamente em demonstrar a peculiaridade do tema, pois, difere inteiramente da ação popular e da ação civil pública e seus propósitos contidos na Lei 7.347/85.

Na concepção da doutrina de SIMÃO, 2014, p. 358, a natureza da ação de improbidade administrativa ou ação civil pública por ato de improbidade administrativa é primordialmente punitiva, nos seguintes moldes:

[...] temos defendido que a ação de improbidade administrativa é uma ação genuinamente punitiva, sendo a função reparadora acidental. E, por ser ela secundária ou acessória, de pende da principal para ser veiculada. Em outras palavras, as regras aplicáveis à ação de improbidade administrativa são aquelas referentes ao Direito Punitivo.

Em que pese o caráter principal punitivo e o caráter reparatório e compensatório serem acessórios, é imperioso frisar que a natureza da ação sempre será cível, conforme preceitua a doutrina de CANOTILHO *et. al.*, 2013:

[...] Reiteramos aqui nossa posição segunda a qual a Lei de Improbidade veicula uma ação de natureza civil. A gravidade das cominações na lei previstas não desnaturam a sua natureza.

É interessante mencionar que mesmo diante do modelo de responsabilidade adotado em relação à improbidade administrativa, onde verificamos que o agente é punido sob os aspectos político, administrativo e civil, não se cogita qualquer possibilidade de fuga da jurisdição civil para que se alcance os efeitos da ação em questão.

Fixada a jurisdição civil, a ação veiculada pela Lei de Improbidade Administrativa é dotada de um rito especial e indispensável para o seu processamento, sendo aquele presente no art. 17, da Lei 8.429/92.

A especialidade decorre da lei e a desobediência a este rito implica em nulidade do processo, dada a possibilidade de violação ao devido processo legal, vez que a lei determina procedimento especial para o processamento da ação.

Ademais, o rito das ações por ato de improbidade administrativa inicialmente afigura-se especial, devido a chamada fase de admissibilidade da ação, após converte-se em ordinário e, no momento de fixação da sanção torna a ser especial, pois, a constituição da sentença atende aos critérios do art. 12, da Lei 8.429/92, para determinar a dosimetria da sanção a ser imposta, conforme preceitua o § 4º, do art. 37 da CF/88, quando estatuiu o presente modelo de responsabilidade.

Há na doutrina forte discussão acerca do cabimento da ação civil pública para a tutela do ressarcimento de danos decorrentes de atos de improbidade administrativa e para a aplicação das sanções previstas no art. 12, da Lei 8.429/92, sabe-se que tanto a Lei da Ação Civil Pública quanto a Lei de Improbidade Administrativa ditam procedimentos especiais, em verdade, a última dita procedimento misto, mesclando as regras processuais da lei especial com as regras do procedimento ordinário.

O fato é que tal discussão é puramente procedimental, recaindo mais precisamente no *nomen iures* da ação, pois, é inegável a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação por ato de improbidade, bem como da pessoa jurídica lesada pelo ato. Ademais, não se discute que a Lei de Improbidade Administrativa dita um procedimento diverso daquele previsto na Lei 7.347/85.

A Lei de Improbidade ao mencionar a ação a ser proposta para alcançar o mérito de seus objetivos denomina de “ação civil”, assim, vale frisar que a noção de que é cabível a ação civil pública para a tutela da probidade decorre do art 129, III e § 1º, da CRFB/88, que delimita as prerrogativas do Ministério Público.

O inciso III e § 1º, do art. 129, da CRFB/88, preceitua:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
§ 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

Duas coisas são possíveis de serem abstraídas do Texto Constitucional acima colacionado, a primeira é a de que a promoção do inquérito civil, inclusive o previsto na Lei 8.429/92, não atrai o cabimento de ação civil pública para a tutela da probidade, entretanto, a instauração do inquérito civil é prerrogativa exclusiva do Ministério Público. A segunda coisa é a de que a legitimidade ativa do Ministério Público é concorrente à das demais pessoas jurídicas legitimadas para a tutela da probidade administrativa.

Em síntese é notável pelos artigos, 7º, 14, 15, 16 e 17, da Lei 8.429/92, que a norma em questão criou um sistema de responsabilidade e investigação acerca de ato que viole o dever de probidade, conferindo poderes investigativos para os entes legitimados a propor a ação, bem como ao indivíduo que tenha conhecimento de atos de improbidade.

Pela ótica pragmática do direito, o cabimento da ação civil pública torna-se de menor relevância quando se sabe quem são as partes legitimadas para buscar a efetivação do direito.

3. O Elemento Subjetivo Doloso e Culposo – Definições

A análise sobre o elemento subjetivo incidente sobre a tipicidade da Lei de Improbidade Administrativa surge das definições extraídas do Direito Penal, primeiramente pela riqueza doutrinária nos estudos do dolo e da culpa e, segundo, devido ao caráter punitivo da ação por ato de improbidade administrativa, conforme se nota da doutrina de SIMÃO, 2014, “...as regras aplicáveis à ação de improbidade administrativa são aquelas referentes ao Direito Punitivo”.

Ademais, em que pese a improbidade administrativa estar inserida na seara do Direito Administrativo, os atos ilícitos abarcados nela não se definem por pressupostos puramente fáticos, visto que os fatos devem indicar a ocorrência da tipicidade constante na Lei 8.429/92.

Quando se fala em tipicidade, é necessário entender que esta é espécie do gênero conduta, em verdade, a tipicidade decorre duma conduta dirigida àquele resultado descrito na norma, denominado resultado típico.

A doutrina penalista de ZAFFARONI e PIERANGELI, (2015, p.369), define a: “[...]Quando o direito desvaloriza uma conduta, ao mesmo tempo a conhece, realiza a seu respeito um ato de conhecimento, e o legislador limita-se a considerá-la desvalorada (má)”

Os autores supracitados entendem a conduta sob o seu aspecto ôntico-ontológico, definindo o *ôntico* como o ser da conduta e o ontológico, a ciência que estuda o ser da conduta, assim seu estudo parte precipuamente do indivíduo, do ser da conduta. O estudo da conduta do modo como concebem ZAFFARONI e PIERANGELI, 2015, parte diretamente dos estudos de WELZEL, assim resumido, “o conceito ôntico-ontológico de conduta é o conceito cotidiano e corrente que temos da conduta humana”.

Ora, o direito não cria condutas, vez que estas são fatos sociais inerentes à condição de ser humano, em verdade o direito se ocupa de valorar aquelas condutas que possuem relevância, seja sob o aspecto penal, administrativo, tributário e etc.

Ainda no campo do estudo da conduta tem-se a tipicidade, definida como a adequação de uma conduta a um determinado tipo legal, essa adequação decorre diretamente do princípio da legalidade, insculpida pela locução principiológica “*nullum crimen nulla poena sine previa lege*” (não há crime e nem pena sem lei

anterior que os defina), e inserido em nosso ordenamento jurídico pelo art. 5º, XXXIX da CRFB/88 e pelo art. 1º, do Código Penal Brasileiro.

A tipicidade vem bem definida na doutrina de ZAFFARONI e PIERANGELI, 2015, p. 400, pelo excerto a seguir transcrito:

[...]Não deve confundir o tipo com a tipicidade. O tipo é a fórmula que pertence à lei, enquanto a tipicidade pertence à conduta. A tipicidade é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal.

Quando se define a conduta, a fim de que seja subsumida a determinado tipo legal, cria-se um padrão de responsabilidade subjetiva, o que difere totalmente do padrão de responsabilidade civil objetiva recorrente em Direito Administrativo.

A partir da adoção da responsabilidade subjetiva a aferição do dolo e da culpa que compõe a conduta torna-se imprescindível, haja vista existir um padrão de conduta a ser aferido pela tipicidade.

Esclarecida a questão da tipicidade e algumas de suas nuances, trataremos o dolo e a culpa puramente, conforme o direito penal os conceitua, para, posteriormente, aplicarmos tais conceitos à tipicidade da Lei de Improbidade Administrativa, sendo este último o nosso objetivo nessa fase.

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

Merece cautela a noção de que o dolo, por ser ato de vontade voltado a alcançar o resultado reprovável do tipo incriminador, se localize dentre os elementos que compõem a estrutura do delito na culpabilidade, pois, em se tratando de dolo não se fala ainda em reprovabilidade, mas sim em conduta, portanto, o elemento subjetivo em voga situa-se na tipicidade, mais especificamente no elemento conduta.

De igual modo é a culpa, a qual também reside na tipicidade, pois a exigência é a de que exista uma conduta dirigida a uma finalidade, entretanto a quebra da licitude na modalidade culposa se dá pela quebra de um dever de

cuidado, portanto, a finalidade da conduta não seria ilícito se a conduta não ultrapasse o cuidado necessário que deveria ter.

A doutrina de ZAFFARONI e PIERANGELI, 2015, p. 457, que bem define os conceitos ora trazidos à análise, com enfoque voltado para a tipicidade da Lei de Improbidade Administrativa, traz o seguinte entendimento acerca da incidência da culpa na conduta:

[...] Assentado que o tipo culposo proíbe uma conduta que é tão final como qualquer outra, cabe precisar que, dada a sua forma de limitar a conduta proibida, o elemento mais importante ter em conta nesta forma de tipicidade, é a violação de um dever de cuidado.

Assim, temos que existe em nosso ordenamento jurídico dois padrões de tipicidade, uma culposa e outra dolosa, a fim de que seja possível aferir a responsabilidade subjetiva do agente.

Sobre a culpa precisamos depreender também que ela somente ocorre quando legalmente prevista, por não ser possível presumir que determinado tipo ocorra sobre a modalidade culposa, diante desta necessária previsão normativa, faz-se necessário a sua análise em razão da previsão expressa na norma do art. 10, da Lei de Improbidade Administrativa.

A relevância desse tópico no estudo apresentado reside no fato de que as hipóteses típicas sempre se presumem sob a forma dolosa, ora, não se imputam delitos ao indivíduo sem a demonstração do elemento subjetivo doloso, primeiramente.

Dadas as considerações gerais, visando apenas a conceituação do dolo e da culpa separadamente e em suas formas puras na doutrina de origem, passaremos à análise individual de cada um dos elementos em questão, porém, com a correspondente aplicação à Lei 8.429/92.

A princípio, a escolha do elemento subjetivo para cada um dos tipos da Lei de Improbidade Administrativa pode se apresentar como uma forma encontrada pelo legislador de penalizar o agente em razão de uma conduta menos grave, todavia, considerando sempre a relevância do bem jurídico tutelado pela norma, não deixando passar impune qualquer lesão à Administração Pública.

A hipótese acima ventila uma proteção mais intensificada do erário público, entretanto, quando se observa a figura típica do enriquecimento ilícito, que também aponta circunstância em que os bens públicos são violados e, ainda assim, a norma em não definir o elemento subjetivo, é necessário que se presuma que somente é aplicável sob o forma dolosa.

Na concepção de GARCIA e ALVES, 2014, p.435-436, ao opinar acerca da escolha legislativa em definir apenas a figura dolosa para os artigos 9º e 11, da Lei nº 8.429/92, decorre precipuamente da reprovabilidade da conduta, conforme se observa do seguinte entendimento:

[...] Diz-se que os ilícitos previstos nos arts. 9º e 11 não admitem a culpa em razão de dois fatores. De acordo com o primeiro, a reprovabilidade da conduta somente pode ser imputada àquele que a praticou voluntariamente, almejando o resultado lesivo, enquanto que a punição do descuido ou a falta de atenção pressupõe expressa previsão legal, o que se encontra ausente na hipótese

Quanto à hipótese típica do art. 10 da Lei 8.429/92, GARCIA e ALVES, 2014, p. 436, traz os critérios para a observação do elemento subjetivo culposo nas condutas:

[...] O art. 10 da Lei n. 8.429/92 não distingue entre os denominados graus de culpa. Assim, que seja leve, grave ou gravíssima, tal será, em princípio, desinfluyente à configuração da tipologia legal. Situando-se a essência da culpa na previsibilidade do efeito danoso, neste elemento haverá de residir o critério de valoração dos graus da culpa.

É necessário frisar que observando determinada conduta do agente e conferindo a esta um critério de graduação da valoração da culpa, à medida em que o dever de cuidado se afasta da conduta há uma conseqüente aproximação da conduta culposa com a dolosa.

Deve-se ter em mente que o limite entre a culpa e o dolo é demonstrada pela previsibilidade do resultado lesivo passível de ocorrer com a conduta praticada, havendo maior proximidade entre ambos nas hipóteses de dolo eventual e culpa consciente.

Parte da doutrina, observando essa proximidade da culpa com o dolo em suas modalidades consciente e eventual, tenta imputar sobre as formas típicas dos artigos 9º e 11, da Lei 8.492/92, o elemento subjetivo culposo, considerando o grau de previsibilidade da conduta, observando para tanto a disposição do art. 5º, da norma sob análise no presente trabalho.

GARCIA e ALVES, 2014, p. 434, cita os ensinamentos de Walter Claudius Rothenburg, Ação Por Improbidade Administrativa: Aspectos de Relevância, *in* Improbidade Administrativa, p. 475-476, há o entendimento de que no art. 5º da Lei de Improbidade Administrativa existe uma permissão para punição a título culposo com base nos artigos 9º e 11 da norma em questão, vejamos o entendimento:

[...] Segundo o jurista, essa conclusão deflui do art. 5º da Lei 8.429/92, pois, apesar de o preceito referir-se apenas ao patrimônio público, faz as vezes de norma geral.

O artigo 5º da Lei nº 8.429/92, possui o seguinte texto, a fim de complementar o entendimento anteriormente citado:

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.

A dicção do artigo citado acima coaduna-se claramente com a norma do artigo 10, da Lei de Improbidade Administrativa, visto que trata igualmente da lesão ao patrimônio público e sob as formas dolosas e culposas, praticamente com redações idênticas.

Diferentemente do art. 5º, da Lei de Improbidade Administrativa, é o conteúdo do art. 3º da norma em questão, que efetivamente exerce a função de norma geral, vez que menciona em seu preceito o ato de improbidade abstratamente definido, não aludindo a qualquer dos tipos existentes na Lei. Vejamos:

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

O dispositivo citado traz as expressões “concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie” e “as disposições desta lei são aplicáveis”, indicando que o preceito nele contido não se refere a uma ou a outra hipótese da norma como um todo, mas, a todas as suas hipóteses.

A maior relevância do dispositivo em destaque não está apenas na abrangência de sua aplicabilidade, mas na definição por ele conferida aos atos de improbidade a partir da locução “...induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie...”, ora, sabe-se que os particulares não cometem ato de improbidade sozinhos, devido a necessidade do concurso com um agente público.

Diante da necessidade de concurso com um agente público para que o particular figure no ato de improbidade, observa-se que esta participação do particular somente ocorre sob a forma dolosa, tendo em vista a impossibilidade de alguém induzir ou concorrer sem a intenção de alcançar determinado resultado próprio da conduta em questão.

Assim paira o questionamento, sobre a possibilidade de haver distinção criada pelo art. 3º da Lei nº 8.429/92 acerca do elemento subjetivo aplicável ao agente público e ao particular agindo em concurso? É possível que a norma crie esta distinção para uma mesma conduta com agente particular e servidor público? É salutar que apontemos que o art. 3º em questão menciona, “induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”, a hipótese relativa a beneficiar-se sob qualquer forma afigura-se como um preceito normativo de conteúdo aberto e, por assim ser, é temerária a sua interpretação voltada ao aspecto punitivo sem que esteja objetivamente definida o aspecto a ser punido pela norma.

Há na doutrina reflexões intensas sobre a punição por ato de improbidade administrativa a título culposos, inclusive na hipótese em que a norma assim define, vejamos a lição extraída de Aristides Junqueira Alvarenga (2001, *apud* GARCIA e ALVES, 2014), Reflexões Sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro, in Improbidade Administrativa, p. 89:

[...] Excluir o dolo do conceito de desonestidade e, conseqüentemente, do conceito de improbidade, tornando-se inimaginável que alguém possa ser desonesto por mera culpa.

O posicionamento acima exposto filia-se àquele que expusemos mais acima, apontando para o ato de improbidade administrativa como violação à moralidade administrativa, ou seja, há que ocorrer uma quebra com o princípio da eticidade e não somente isto, mas temos que a improbidade administrativa decorre de uma dupla quebra ao princípio da eticidade, vez que os atos administrativos devem estar tanto em conformidade com o direito, quanto com a moral, visto que o direito é “*o mínimo ético indispensável à convivência humana*” (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 835).

Eis então a dificuldade conceitual em impor sobre os atos de improbidade administrativa a modalidade culposa, mesmo naquela única modalidade em que a lei explicitamente optou em impor a culpa como meio para se alcançar a tipicidade, conforme preceitua o art. 10, da Lei de Improbidade Administrativa.

A ruptura com a moralidade administrativa visivelmente é ato doloso que visa um fim proibido pela lei, por não ser crível abandonar um preceito intrínseco à vontade humana ou à sua natureza, por meio de conduta culposa, visto que ser ético e agir conforme à moral naturalmente decorre de uma escolha feita previamente pelo indivíduo, ressalvadas aquelas hipóteses de erro vencível ou invencível.

Diante da exposição que empreendida acerca do dolo e da culpa, creio ser possível seguir no tema e com o acervo necessário para evoluir no tema proposto.

4. Princípios

Cumpre-nos discorrer acerca dos princípios primários da Administração Pública, sendo aqueles encartados no *caput* do art. 37, da CRFB/88, para que, posteriormente, consideremos o princípio da moralidade Administrativa isoladamente e com o destaque necessário para o presente trabalho.

Desse modo, necessário frisar considerações breves e de maior relevância acerca dos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

4.1 – Os Princípios da Administração Pública

Prioritariamente temos o princípio da legalidade, inscrito no art. 5º, II, da Carta Magna, por meio do qual cria-se a supremacia da lei para reger e vincular todos os atos da Administração Pública, bem como para garantir ao cidadão que este mesmo Estado (Administração) somente intervirá em seus bens e em sua liberdade por meio de um mandamento legal, conforme preceitua a fórmula: *“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*.

É válido ressaltar, inclusive para esclarecer o acima dito, que em nosso ordenamento constitucional a legalidade é composta por dois postulados, o primeiro é a supremacia da lei e o segundo a reserva legal. Por meio destes dois postulados há um cotejo entre a atuação do Estado vinculada à lei e de igual modo a regra de que o particular somente se submete aos arbítrios do Estado por meio da lei, havendo assim o equilíbrio entre as prerrogativas do Estado e os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Sobre a legalidade é salutar o entendimento de MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 833:

[...] A Constituição consagra, no art. 37, a ideia de que a Administração Pública está submetida, entre outros, ao princípio da legalidade, que abrange o postulado da supremacia da lei e o princípio da reserva legal.

De se observar que a reserva legal, definida como princípio anteriormente, traz a possibilidade de flexibilização das garantias fundamentais dentro dos limites

da legalidade e, quanto a este entendimento, MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, manifestam-se pela existência de atos regulamentares necessários ao exercício das garantias fundamentais, enquanto que na doutrina de CUNHA JR., 2009, p. 905, há o posicionamento de que as garantias fundamentais só se flexibilizam em situações excepcionais, vejamos o último posicionamento:

[...] Este princípio, entretanto, pode sofrer constringências provisórias e excepcionais, em situações especiais e expressamente previstas na Constituição, como nas hipóteses permissivas de medidas provisórias e na vigência do Estado de Defesa e Estado de Sítio.

Em entendimento diverso, não totalmente destoante, segue a doutrina de MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 834, acerca da flexibilização das garantias fundamentais com base no postulado da reserva legal:

[...] a utilização de fórmulas legais exageradamente genéricas e a outorga de competência para sua concretização a órgãos administrativos, mediante expedição de atos regulamentares, pode configurar ofensa ao princípio da legalidade estrita...

A doutrina acima coteja o postulado da supremacia da lei com o da reserva legal, a fim de equilibrar o exercício das garantias fundamentais ante as prerrogativas estatais, todavia ressaltando que os direitos fundamentais em questão somente em lei podem ser modulados.

Em continuidade, temos a impessoalidade, assim definida por MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 835:

[...] o princípio da impessoalidade consubstancia a ideia de que a Administração Pública, enquanto estrutura composta de órgãos e de pessoas incumbidos de gerir a coisa pública, tem de desempenhar esse múnus sem levar em conta interesses pessoais, próprios ou de terceiros...

A doutrina aponta que a impessoalidade é engrenagem menor dentro do sistema maior que é a legalidade, visto que por tal princípio a Administração visa

alcançar a vontade geral e para isto deve se desincumbir de atender quaisquer interesses pessoais, sempre a considerar que os órgãos e pessoas da Administração agem em nome do Estado, ainda quando sua atuação atinge especificamente determinado particular.

Alem do postulado da legalidade, há na impessoalidade um forte traço de igualdade, por meio do qual a Administração trata a todos por um mesmo regramento jurídico, havendo uma submissão de todos os agentes públicos a este regramento e de todos os particulares.

Em continuidade, demonstrada a legalidade, a impessoalidade, na mesma esteira temos o postulado da publicidade, também componente do microsistema de princípios que regem a Administração Pública, conforme a dicção do art. 37, *caput*, da CRFB/88.

Entende-se que o princípio da publicidade reflete um modelo de Estado voltado para o externo, mesmo porque, a Administração não age em seu próprio favor, mas em favor do público, estando presente aquela noção básica do contrato social para toda e qualquer atuação estatal.

Ora, se o Estado não existe para si, não é um fim em si mesmo, mas um conjunto de pessoas, funções, órgãos e entidades, que visam atender o interesse público, portanto é plausível que em seu regimento jurídico a supremacia do interesse público sempre é uma máxima a ser considerada para todo e qualquer ato praticado pela Administração.

Assim, a publicidade é medida que se impõe à Administração Pública como postulado básico do princípio democrático, conforme anuncia a doutrina de MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 836:

[...]Prepostos da sociedade, que os mantém e legitima no exercício das suas funções, devem os agentes públicos estar permanentemente abertos à inspeção social, o que só se materializa com a publicação/publicidade dos seus atos.

A Emenda Constitucional 19/98 trouxe o princípio da eficiência para texto constitucional conforme a redação do art. 41, da CRFB/88, afirmando o postulado segundo o qual a Administração deve realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento.

A alteração do Texto Constitucional visou dar a devida aplicabilidade ao princípio, tendo a alteração da norma constitucional afetado diretamente a atividade do servidor público com a criação do instituto da avaliação periódica do servidor estável, assim como a necessidade de avaliação para que o servidor alcance a estabilidade.

Diante do esboço acima elaborado, a fim de demonstrar os princípios da Administração Pública, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, partiremos a seguir para tratar do princípio da moralidade especificamente, visto que os demais acima expostos visam apenas trazer uma abordagem completa do tema, assim como um suporte para o estudo como um todo.

4.2 – Enfoque Especial ao Princípio da Moralidade Administrativa

Partindo para o estudo do princípio da moralidade administrativa, princípio constitucional que tem como pressuposto conferir à atividade estatal valores que excedem a simples legalidade, buscando assim o fundamento ético e moral do exercício da atividade pública.

A moralidade administrativa compreende a moral sob o aspecto filosófico, relativa ao valor que tem a conduta do indivíduo que visa atingir o bem comum puro e simplesmente, desses fundamentos éticos e morais, adveio o princípio jurídico da moralidade, inscrito atualmente em nossa Carta Magna.

Entende-se que a moralidade para a Administração pode ser considerada um fim em si mesmo, um dever consistente unicamente em atingir o interesse público suplantando todo e qualquer interesse privado do indivíduo ou de quem possa vir a ser beneficiado pela Administração.

A despeito da imprescindibilidade da legalidade no trato com a coisa pública, temos que o princípio da moralidade administrativa incide excepcionalmente sobre aqueles atos que dependem apenas de uma fórmula legal, mas que, em suas finalidades visam praticar verdadeiros desvios de poder, utilizando-se da norma para conferir ao ilícito aparência de coisa lícita.

Como sustentamos anteriormente, em nosso ordenamento jurídico o antecedente normativo mais próximo da plena defesa da moralidade administrativa deu-se com o advento da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), com a teoria do desvio de poder descrita em seu art. 2º, parágrafo único, alínea 'e', vejamos a norma:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

(...)

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

(...)

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Pela Lei da Ação Popular, conforme a redação acima, o ato não basta que seja puramente ilegal para que seja reprovável, mas tenha a finalidade desviada daquelas descritas na norma legal.

Do excerto acima exposto, temos o fundamento de que não basta a ilegalidade para que se macule a moralidade do ato, mas é necessário que presente esteja o desvio das finalidades almejadas pelo ordenamento jurídico. Assim, temos que a moralidade é violação do preceito valorativo da norma, ainda que formalmente sob o aspecto normativo o ato esteja em consonância com a lei.

Diante do ineditismo da Constituição Federal de 1988, vale frisar o entendimento firmado por CUNHA JR., 2009, p. 907:

[...] Por isso, a Constituição de 1988, além de adotar ineditamente no caput do art. 37, ampliou o rol de proteção por meio da ação popular, incluindo a moralidade administrativa entre os bens jurídicos tuteláveis por iniciativa do cidadão (art. 5º, LXXIII, CF). A moralidade consiste, pois, na honestidade, na ética, na boa fé e na probidade administrativa que devem governar os agentes públicos no trato e na gestão dos negócios coletivos.

O princípio da moralidade trouxe por meio do § 4º, do art. 37, da CRFB/88 o microsistema de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, assim como trouxe à Ação Popular mais uma hipótese de atos a serem tutelados por esse Diploma Normativo.

Necessário frisar que a tutela da moralidade compreendida pela Lei da Ação Popular tem como finalidade maior a desconstituição do ato ilícito, enquanto que a tutela por meio da Lei de Improbidade Administrativa visa a primordialmente a punição do agente e a restituição do prejuízo causado pelo ato, se houver.

A lição de MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 835, traz o seguinte posicionamento ao confrontar a incidência da moral sobre valores jurídicos da mais elevada relevância, vejamos:

[...] Abstração feita das discussões em torno das semelhanças e diferenças, acaso existentes, entre direito e moral, mas retendo, desse debate, a conclusão de que, originariamente amalgamadas, em determinado momento histórico, essas duas tábuas de valores vieram a separar-se, no curso do processo de racionalização do poder, mas não perderam os vínculos de parentesco, pode-se dizer que a reverência que o direito positivo presta ao princípio da moralidade decorre da necessidade de por em destaque que, em determinados setores da vida social, não basta que o agir seja juridicamente correto...

A conduta proba somente pode ser aquela que se adequa aos ditames morais e legais, ou seja, há para o agente público e para administrado, um dever duplo de observar a lei que rege o ato a ser praticado, bem como de não se desviar do dever de honestidade relativo ao mesmo.

Sobre a dicotomia entre o direito e a moral e, mais ainda, sobre a moral jurídica e a moral comum faz-se necessário uma incursão na doutrina francesa que precede todo esse microssistema de proteção à moralidade administrativa em nosso ordenamento jurídico.

Pois bem, como ascendente doutrinário há o entendimento de Maurice Hauriou em seu *Précis de Droit Administratif et de Droit Public* e, desta obra, nos interessa o estudo acerca do instituto do recurso por excesso de poder, aplicado no direito francês para perscrutar vícios decorrentes de excesso de poder formal nos atos administrativos praticados.

O dilema enfrentado por HAURIUO no manejo do recurso por excesso de poder está exatamente sobre a motivação dos atos que poderiam ensejar a

proposição do referido instrumento, vez que a Conselho de Estado da França admitia o recurso somente nas hipóteses em que o ato atacasse frontalmente uma fórmula legal, sem preocupar-se com as questões atinentes à motivação do ato, inclusive e, principalmente, nas situações em que há obediência ao preceito normativo aplicável ao caso.

Vejamos o entendimento de HAURIOU (1914, *apud* GARCIA e ALVES, 2014) a respeito do recurso por excesso de poder e a sua aplicabilidade:

[...] o recurso por excesso de poder é uma via de nulidade que outorga ao Conselho de Estado o poder de anular uma decisão executória, se ela contém um excesso de poder formal da autoridade que tomou a decisão (incompetência, violação das formas, desvio de poder, violação da lei), e que, por ele mesmo, tende a impedir o procedimento executório da ação direta, esclarecendo posteriormente que a irresignação por violação da lei somente tem sido anexada ao recurso por excesso de poder de uma forma artificial, pois enquanto os limites deste devem ser fruto de uma disciplina interna...

Quando HAURIOU destaca que a violação à lei tem sido fundamentada artificialmente no recurso por desvio de poder, refere-se à concepção puramente legalista que era conferida ao instrumento jurídico em questão.

Pensando a Administração pelo prisma da moralidade, é inegável que todos os atos da Administração têm uma finalidade, fim este que excede os cargos e o próprio Estado, vez que se trata do interesse público, entretanto, quando a perspectiva de análise parte unicamente do texto legal naturalmente se perde o objeto que a própria norma visa tutelar.

Observando os fins colimados pela Administração em sua própria razão de existir, a moralidade administrativa enquanto princípio em verdade reside na preservação do interesse público para além do texto legal por si só, isoladamente.

A doutrina de HAURIOU (1914, *apud* GARCIA e ALVES, 2014), p. 455, traz com exatidão o entendimento acerca da necessidade de se cotejar os fins da Administração para a preservação da moralidade administrativa:

[...] que os poderes da administração têm um certo objetivo ou que os atos da Administração têm uma certa causa final que é o interesse público ou a boa administração, e que o administrador, no lugar de agir dentro do interesse geral, tomou sua decisão, seja sob influência de um interesse particular a satisfazer, seja mesmo de um interesse fiscal, há um desvio de poder e o ato deve ser anulado.

Sob esta ótica e agora tendo a legalidade como parâmetro, HAURIUO (1914, *apud* GARCIA e ALVES, 2014), p. 439, traz o seguinte entendimento [...] “não se reduz a legalidade, como se tem dito, pois o objetivo da função administrativa é determinado muito menos pela lei que pela moralidade administrativa”.

É certo que a violação da lei deliberadamente, sendo a lei em questão aquela que norteie os fins da Administração, fatalmente tal violação importará em ruptura com a moralidade administrativa, todavia, a moralidade não reside exclusivamente no texto legal.

Consta até aqui o primeiro tema conflituoso a respeito do princípio da moralidade administrativa, referindo-se à violação da legalidade sob o aspecto puramente formal não implicar necessariamente numa violação ao dever moral do agente público, isto porque, a disciplina da moralidade se encontra na proteção ao dever de honestidade no trato com a coisa pública, de modo que o pode ainda o agente público valer-se da legalidade formal para acobertar um desvio moral.

O segundo tema trata especificamente da moral como elemento orientador da conduta dos agentes públicos no exercício de suas funções, daí a necessidade refletir se a moral aplicável a esta relação jurídica é a moral comum aplicável a qualquer relação humana.

A doutrina de HAURIUO entende que a Administração possui uma disciplina interna da moral intrinsecamente ligada à boa administração e à função administrativa, a qual difere da moral comum relacionada às relações comuns dos indivíduos. Sobre o tema vale frisar o entendimento de GARCIA e ALVES, p. 135-136, comentando o posicionamento doutrinador francês acima mencionado:

[...] A moral administrativa, por sua vez, é extraída do próprio ambiente institucional, condicionando a utilização dos meios

previstos em lei para o cumprimento da função própria do Poder Público, a criação do bem comum, o que denota um tipo específico de moral fechada, sendo fruto dos valores de um círculo restrito ocupado pelos agentes públicos. Enquanto a moral comum direciona o homem em sua conduta externa, permitindo-lhe distinguir o bem do mal, a moral administrativa o faz em sua conduta interna, a partir da ideias de boa administração e de função administrativa...

O entendimento acima explicitado difere da disciplina moral de KANT, 1970, vez que o filósofo entende que a moral deriva de mandamentos principiológicos que visam dar conformidade às ações humanas. Para melhor compreensão observemos o entendimento do autor em sua *Crítica da Razão Pura*:

[...] Ora, a moralidade é a única conformidade das ações à lei, que pode ser derivada inteiramente *à priori* de princípios. Por isso, a metafísica dos costumes é, propriamente, a moral pura, onde não se toma por fundamento nenhuma antropologia (nenhuma condição empírica). A metafísica da razão especulativa é, então o que no sentido mais estrito se costuma chamar metafísica.

(KANT, *Crítica da Razão Pura*, 2001, p. 663)

Os costumes no entendimento kantiano ganham especial relevo no estudo da moral, visto que a moral antecede todo e qualquer preceito normativo, na situação que as normas decorrem de máximas morais aplicáveis a todo e qualquer indivíduo e representam um valor positivo passível de ser aplicável a todos.

Pelas máximas expostas na filosofia de Kant torna-se difícil criar uma moral jurídica ou própria da Administração pública que difira da moral comum, vez que tal proposição implicaria numa evidente inversão do processo de normatização das condutas humanas.

De todo modo, a doutrina delimita a moralidade administrativa como aquela afeta à disciplina das condutas desejáveis de serem aplicadas para o alcance da boa administração, havendo ainda, a moralidade pública, que trata da moral pública relativa à conduta de qualquer indivíduo para com os seus pares.

Delimitou-se, até o momento, a relação entre moralidade e legalidade e a diferenciação entre a moralidade administrativa/moral jurídica e a moral comum,

mas, em que pese as divergências apontadas, toda a doutrina é unânime em dizer que moral administrativa reside no móvel do agente, ou seja, em sua conduta.

Feitas todas essas considerações a respeito do princípio da moralidade administrativa, passaremos a tratar da tipicidade e a valoração das normas dispostas na Lei de Improbidade Administrativa e, nesta quadra da exposição, já sabemos que a núcleo das condutas presentes na Lei de Improbidade consiste inicialmente numa violação ao princípio da moralidade administrativa.

5. Tipicidade da Lei de Improbidade Administrativa

O tema ora em debate chega ao ápice, todavia, vale frisar que um dos pontos relevantes do presente trabalho diz respeito à tipicidade dos atos de improbidade administrativa à luz da Constituição Federal, especialmente pela redação do *caput* do art. 37, cumulado com o seu § 4º.

Como veiculado ainda no capítulo primeiro do presente trabalho, a opção do constituinte originário em dar ao princípio da moralidade administrativa posição de destaque, incutindo em nosso modelo de Administração pública o dever de observância de tal princípio como máxima, importa em reflexos diretos na definição dos atos de improbidade em espécie.

A criação de um modelo de responsabilidade, com sanções específicas, destinadas a reprimir a violação de um princípio, indiretamente afirma-se que a violação do princípio da moralidade, antes de quaisquer dos atos de improbidade abstratamente descritos nos tipos da Lei 8.429/92, já se tem o ato de improbidade. Ou, noutra hipótese, refletindo ainda acerca da imprescindibilidade da ruptura com o princípio, quer a Constituição nos fazer crer que a quebra com a moralidade administrativa seria na verdade ato preparatório para o ato de improbidade em espécie, ou, requisito necessário para a configuração do delito.

Fortalecendo a tese acima apontada, temos a formalização de conceitos jurídicos indeterminados quando da tipificação dos atos de improbidade administrativa em contraponto, ou talvez, soma, com as tradicionais cláusulas gerais, constitucionalmente difundida em nosso modelo normativo, do modo como preleciona GARCIA e ALVES, 2014, p. 376:

[...] Afigura-se tênue o discri-me entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, pois ambos consubstanciam padrões de equidade que ultrapassam o plano do direito estrito.

A diferença substancial entre os conceitos jurídicos indeterminados das cláusulas gerais é quanto a maior abrangência do primeiro em relação ao último. As cláusulas gerais, em regra trabalham com “*previsões normativas de grande generalidade que abrangem e submetem aos seus efeitos um extenso número de casos*” (GARCIA e ALVES, 2014).

Os conceitos juridicamente indeterminados tem a seguinte conceituação, na lição de GARCIA e ALVES, 2014, p. 376:

[...] geralmente polissêmicos, podem ser integrados por um fato ou por determinado valor, os quais sempre compõem o núcleo factual que a norma pretende abranger.

Então veja que a adoção dos conceitos jurídicos indeterminados para definir os delitos de improbidade corrobora de modo singular para a concepção de que para a configuração do ilícito há a necessidade de se irromper primeiramente com o princípio da moralidade administrativa para a prática de qualquer dos atos de improbidade.

A visão de SIMÃO, 2014, p. 99, traz a mesma noção de tipicidade em sede improbidade administrativa, com o *nomen iures* de tipos primários incompletos:

[...] Por outro lado, exigir sempre um tipo legal fechado, implicaria na necessidade de a norma jurídica trazer todos os elementos da figura típica, o que seria impossível exigir do legislador, diante da diversidade de elementos existentes no mundo dos fatos

A violação de qualquer outro princípio administrativo fatalmente configurará o ato de improbidade descrito no art. 11, da Lei 8.429/92, entretanto, quando se considera que a Lei de Improbidade visa em seus tipos proteger determinado valor, afirma-se, na verdade, que este valor não é suficientemente abrangido pelas cláusulas gerais.

Entende-se também que, a criação dos conceitos indeterminados atende ao mandamento constitucional descrito no art. 37, *caput* e § 4º, da CRFB/88, vez que a provável intenção do legislador ao criar a figura da improbidade administrativa era tutelar a moral administrativa, a probidade, as quais são compostas de valores que por vezes podem não ser precisamente tangenciados pelas cláusulas gerais, ou, necessitam de flexibilidade para agregar as mais variadas condutas tendentes a burlar os valores da boa administração pública.

Dissemos acima, com apoio da doutrina constitucionalista de CANOTILHO *et. al.*, 2013, que há na repressão aos delitos contra a Administração pública uma imprecisão conceitual, tanto naqueles praticados por agentes públicos, crimes próprios, quanto naqueles praticados pelos particulares contra a Administração, vez que não havia unidade nas sanções aplicáveis pela via penal.

Desta imprecisão ou falta de unidade na seara criminal, surgiu então o aprimoramento daquele conceito de moralidade administrativa já constante na Lei 4.717/1965, impondo sobre ele o caráter sancionatório/punitivo, a partir do sistema de responsabilidade descrito no § 4º, do art. 37, da CRFB/88. Muito dos pontos citados nesta fase do trabalho constam nos capítulos anteriores de forma mais detalhada, visto que são bases teóricas para o desenvolvimento da tese (possível nota de rodapé).

Definido o modelo de tipicidade adotado pela Lei de Improbidade Administrativa, passaremos a tratar da análise do elemento subjetivo de cada delito de improbidade e, conseqüentemente, da valoração dos mesmos.

6. – O Dano ao Erário e a Violação de Princípios da Administração Pública

Uma das discussões centrais a que nos propomos responder ou, no mínimo discutir satisfatoriamente, no presente trabalho trata dos elementos subjetivos do art. 10, da Lei 8.429/92, para tanto, tratou-se no capítulo 03 sobre a conceituação tanto do dolo quanto da culpa, quase que abstratamente, com pequena aplicação aos tipos legais, utilizando-se inclusive de conceitos extraídos do direito penal.

O paradigma constante no presente trabalho diz respeito à culpa prevista no art. 10, da Lei 8.429/92, correspondente aos atos que importem em lesão ao erário, em relação aos arts. 9º e 11, do mesmo Diploma Legal, que, respectivamente,

correspondem a enriquecimento ilícito e a violação de princípios da Administração pública.

Ora, entende-se e quer-se deixar claro no presente trabalho que os atos que importam em dano ao erário claramente são mais severamente punidos do que as outras hipóteses típicas da Lei de Improbidade Administrativa, visto que o dolo reserva-se a punir os atos de vontade dirigida ao ilícito, enquanto que a culpa surge na conduta dirigida ao fim lícito, mas que, tocada pela debilidade física do agente desvia-se da licitude, daí surge o questionamento: a punibilidade do agente a título culposos nos casos de dano ao erário ocorre simplesmente em razão da possibilidade fática da ocorrência do evento? Por não se afigurar possível enriquecer ilicitamente culposamente, bem como a violar princípios sem um ato dirigido para tal fim.

A maior severidade na punição ao dano ao erário se dá pelo fato de que, em regra, as condutas evitadas de culpa orbitam a esfera do lícito, entretanto, o resultado ilícito se alcança pela quebra no dever de cuidado, sendo demasiadamente tênue, nesta hipótese, a linha entre o lícito e o ilícito, havendo uma submissão do agente a maiores possibilidades de incorrer no ato ímprobo, ainda que não almeje o mesmo.

A forma culposa descrita no art. 10, da Lei de Improbidade Administrativa, desfigura o que vem sendo apresentado neste trabalho, vez que muito se tem defendido a situação em que somente resta configurada a improbidade pela prévia e necessária ruptura ao princípio administrativo Moralidade. Na verdade, não se concebe ato de improbidade sem o desvirtuamento do princípio da eticidade e do dever moral dos agentes públicos e particulares em zelar pela boa Administração pública.

A conclusão a que se chega, a respeito da culpa como elemento subjetivo do ato de improbidade, ainda que faticamente possível em se tratando de dano ao erário, não se adequa ao modelo de imputação do ato de improbidade erigido em nossa Constituição Federal, posto que o mesmo parte inicialmente da violação do princípio da moralidade administrativa, o qual, pela condição de princípio não se transgrede sem que haja uma nítida intenção do agente, ora, o indivíduo não se torna desonesto por um mero descuido.

A problemática da culpa em sede de improbidade administrativa é agravada quando partimos para os conceitos de improbidade formal e improbidade material, que, de modo análogo, fazem menção às hipóteses de tipicidade formal e material

conforme o direito penal nos ensina. O entendimento doutrinário de GARCIA e ALVES, 2014, p. 450, sobre os conceitos acima mencionados é o seguinte:

[...] Ultrapassados os quatro momentos anteriores referidos, ter-se-á o que se pode denominar de 'improbidade formal'. Até aqui, a atividade valorativa do operador do Direito limitou-se à construção de um elo comparativo entre a conduta e os princípios regentes da atividade estatal.

A mera subsunção da conduta aos tipos legais não infere ao ato de improbidade imediatamente, sem que o mesmo se apresente em conjunto com uma conduta dolosa, tendente a romper com os princípios constitucionais administrativos.

Diante da previsão normativa, presente no art. 10, da Lei 8.429/92, a doutrina, mesmo diante da insegurança conceitual para o encaixe da forma culposa à norma em exame, traz na obra de GARCIA e ALVES, 2014, p. 449, o seguinte posicionamento [...] O ato será culposo quando o agente não empregar a atenção ou a diligência exigida, deixando de prever os resultados que adviriam de sua conduta por atuar com negligência, imprudência ou imperícia.

A doutrina destoa muito quanto à possibilidade ou impossibilidade de se aplicar a culpa em sede de improbidade administrativa, em que pese haver consenso quanto ao fato de que o dano patrimonial por si só não enseja responsabilização por ato de improbidade, visto que o próprio conceito de improbidade formal e improbidade material muito diz a respeito disso.

A doutrina de SIMÃO, 2014, p. 90, assim trata a possibilidade de a culpa presidir a conduta tida como ímproba, mencionando especificamente a transposição do conceito de culpa do Direito Penal para o nosso sistema de responsabilidade por ato de improbidade:

[...] Acontece que existem algumas restrições a esta transposição. A primeira delas deriva do próprio conceito de ato ímprobo, como sendo um ato maldoso e impregnado de vícios que a sociedade repugna. A segunda restrição reside na impossibilidade de definir corrupção sem que conjuntamente tenhamos em mente um ato querido ou desejado.

Isso significa que é impossível pensar em um indivíduo desonesto, corrupto ou devasso da Administração Pública por culpa. E culpa assim definida como um ato não querido, proveniente de um descuido.

O ponto debatido pelo autor acima se assemelha à concepção posta no presente trabalho, quando afirma que a improbidade administrativa, em seu aspecto material, se perfaz quando a conduta do agente se desvia do princípio da moralidade administrativa, o que torna imprescindível a presença do dolo.

Pouco mais acima, é possível notar que a doutrina de GARCIA e ALVES, 2014, acolhe a possibilidade da conduta culposa na hipótese do art. 10, da Lei 8.429/92, entretanto, o autor contradiz o tal posicionamento no seguinte excerto de sua doutrina, p. 448:

[...] o dano ao erário (art. 10) só configura a improbidade quando o agente viole os princípios norteadores de sua atividade, já que o prejuízo financeiro encontra-se ínsito em muitas atividade estatais, em especial as de cunho econômico...

Mais adiante o autor continua:

[...] A nosso ver, bastará que a violação aos princípios esteja claramente descrita na causa de pedir, sendo desnecessária a correlata menção ao art. 11, o qual é antecedente necessário às infrações mais graves, previstas nos arts. 9º e 10, sendo por elas absorvido.

É nítido que não há posicionamento pacífico quando se fala no elemento subjetivo culposo do art. 10, da Lei 8.429/92, excepcionalmente em razão de uma necessidade de gradação da culpa para que se cogite o ato de improbidade nesta modalidade, todavia, quando falamos em gradação da culpa, a sua forma mais grave é a culpa consciente.

A proximidade da culpa consciente com o dolo eventual é demasiadamente tênue, quase imperceptível no plano fático e a diferenciação praticamente se reserva à doutrina penalista.

Sem se afastar do que nos propusemos a debater, os atos que importem em dano ao erário por vezes trazem consigo a boa intenção do agente público envolvido, especialmente aquele que goza de alguma discricionariedade no exercício de seu cargo, como exemplo, os chefes do executivo, de modo que suas condutas, não raras vezes, importam em alguma perda econômica ao Estado, disso temos os seguintes dizeres de GARCIA e ALVES, p. 407:

[...] A distinção assume grande relevância no que concerne aos atos dos agentes políticos, especialmente em relação àqueles que resultam do exercício do poder discricionário, pois, não raras vezes, a implementação de políticas públicas, por maior que seja o zelo e a dedicação do agente, não permite a formulação de um juízo de certeza quanto aos resultados pretendidos.

Em casos tais, não haverá que se falar em improbidade se fatores externos concorrerem para a causação de dano ao erário, ou mesmo se a ocorrência deste transcendeu a esfera de previsibilidade do agente...

E é com base nessa proposição, bem como pelo que temos lido à respeito, que se busca refutar a tipicidade do art. 10, da Lei de Improbidade Administrativa, sob a forma culposa.

O modelo de responsabilidade criado pela Constituição Federal, no § 4º, do art. 37, cumulado com o modelo de tipicidade adotado no Diploma concretizador (Lei nº 8.429/92), que tem por finalidade atender os parâmetros punitivos e repressivos da norma constitucional, assim como a doutrina penalista acerca do dolo e da culpa, nos levam a repensar o art. 10 e inseri-lo no ora denominado microsistema de responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

E, a referida inserção do dispositivo legal no sistema de responsabilidade se faz necessária porque é notável o descompasso da forma culposa do art. 10, da LIA, fato este que vem sendo afirmado pela doutrina e que, por vezes, forçosamente tem que ser admitido por força do princípio da legalidade.

A discussão do presente trabalho gira em torno de basicamente duas problemáticas, as quais nos propusemos a responder ou, pelo menos debater, sendo a primeira o dolo e a culpa nas ações por ato de improbidade administrativa e,

em mesmo patamar de relevância, a necessidade da violação de princípios administrativos para a consecução do dano ao erário.

Chegando próximo do fim do trabalho, temos a seguinte proposição extraída da obra de GARCIA e ALVES, p. 448:

[...] Por óbvias razões, tratando-se de violação autônoma aos princípios, não assumindo eles o papel de meros integrantes do *iter* de individualização do ato de improbidade, ainda que a inicial também impute o enriquecimento ilícito ou o dano ao patrimônio público, todas as condutas deverão ser descritas.

A menção a violação autônoma de princípios alude à tipicidade do art. 11, da LIA, pois em todos os casos, seja na hipótese do art. 9º ou 10, é imprescindível a ocorrência de violação de princípios administrativos, sem o que não se pode falar em incidência da Lei 8.429/92.

Uma crítica deve ser feita à obra de GARCIA e ALVES, 2014, na circunstância em que sua obra afirma que a necessária ocorrência de violação de princípios na hipótese de incidência do art. 10, da Lei 8.429/92, decorre da violação simultânea ao art. 11, do Diploma Legal em comento, na condição de mera derivação da conduta típica que presida a ação (art. 10).

Entendo que tal proposição se revela equivocada pelas formas típicas adotadas pela Lei de Improbidade Administrativa tornando-se imprescindível a individualização da conduta, e, por força desse entendimento, a violação de princípio ocorrente na hipótese de dano ao erário decorre na realidade de uma ruptura com o princípio da moralidade administrativa, não de uma violação simultânea do art. 11, da LIA.

Nada impede que, simultaneamente, incida sobre a conduta o arts. 10, 9º e 11, da Lei 8.429/92, e que, nesta hipótese uma conduta absorva outra, entretanto, cada conduta típica possui o seu núcleo típico individualmente, estando ínsito em cada uma delas a ruptura com o princípio da moralidade administrativa para que de fato sejam ato de improbidade administrativa.

7.Considerações Finais

O trabalho se propôs a trazer uma radiografia da responsabilidade por ato de improbidade administrativa, centralizando a discussão do tema sobre valoração da conduta, frisando, portanto, o elemento subjetivo doloso e culposos e, diante desse tema, não pode se eximir do dever de discutir a forma culposa nas hipóteses dos atos que importam em lesão ao erário público.

O tema é polêmico, pois, o dispositivo legal traz a previsão culposa para o ato de improbidade que importe em lesão ao erário, a *contrario sensu* do que lecionam os doutrinadores sobre tema.

A fórmula do preceito normativo torna difícil a tarefa de infirmar a forma culposa no caso do art. 10, da Lei 8.429/92, mas, vale dizer que a análise partiu do pressuposto constitucional ao criar o modelo de responsabilidade partindo diretamente da violação de um princípio constitucional administrativo.

Sem fugir aos pressupostos constitucionais que regem a matéria, concluiu-se que o elemento subjetivo culposos não se amolda ao nominado microsistema de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, partindo do pressuposto de que a violação ao princípio da moralidade é elemento antecedente ou requisito necessário para a configuração do ilícito, o que não se opera pela forma culposa.

O problema da forma culposa na tutela da probidade administrativa, apresentado no presente trabalho, é a incompatibilidade dos tipos culposos com os crimes/delitos que tem como base uma conduta desonesta.

Posto isto, firmou-se o posicionamento de que o dolo é o elemento subjetivo dos atos de improbidade administrativa por excelência, de modo que a culpa prevista na norma amolda-se àquelas hipóteses de improbidade formal, quando muito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2.380 p.

CUNHA JR., Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3. Ed. Salvador – Bahia: JusPODVM, 2009. 1.183 P.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério P. **Improbidade Administrativa**. 8. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

KANT, Emanuel; **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001. 680 p.

MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. 1.434 p.

SIMÃO, Calil. N. **Improbidade Administrativa: Teoria e Prática**: de acordo com a Lei nº 12.846 de 01 de Agosto de 2013, com a Lei complementar nº135 de junho de 2010: Ficha Limpa/ Calil Simão Neto. – 2 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014. 1.113 p.

ZAFFARONI, Eugenio R.; PIERANGELI, José H. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. – 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 796 p.