

# DIREITO ADMINISTRATIVO

## UMA REFLEXÃO SOBRE A IMPROBIDADE CULPOSA

**Fábio Medina Osório**

Promotor de Justiça em Porto Alegre-RS,  
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul,  
Doutorando em Direito Administrativo  
pela Universidade Complutense de Madrid, Professor na PUCRS

### INTRODUÇÃO

Necessário, sem sombra de dúvidas, delimitar o alcance e o conceito dos atos de improbidade administrativa, dada a relevância e atualidade do assunto. A Constituição Federal de 1988 (CF) não disse, nem poderia fazê-lo,<sup>1</sup> o conteúdo da improbidade desenhada e anunciada no art. 37, parágrafo 4º. Em nenhuma outra passagem o constituinte teve oportunidade de explicitar o conteúdo formal e material da improbidade ou da probidade administrativas, de modo expresso ou explícito. Porém, isso não significa que inexista um suporte constitucional a permitir conceituação dos atos de improbidade. E tampouco significa que ao intérprete seja permitida uma interpretação arbitrária ou desarrazoada, distante dos valores e princípios constitucionais, no estabelecer possíveis conteúdos do ato de improbidade.

Pretende-se, neste espaço, tecer algumas considerações sobre a admissibilidade constitucional da chamada “improbidade culposa”, figura expressa e legitimamente agasalhada no art. 10 e seus incisos, na Lei 8.429/92, também conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

---

<sup>1</sup> É que se trata de conceito aberto, indeterminado, necessariamente passível de concreção judicial.

Talvez parecesse despiendo sustentar a constitucionalidade de um dispositivo legal que vinha e vem sendo rotineiramente aplicado pelos Juízes e Tribunais brasileiros, mas o certo é que emerge uma peculiar tese jurídica questionando essa suposta constitucionalidade, tese esta cujo defensor mais importante é nada menos do que Aristides JUNQUEIRA ALVARENGA, que foi Procurador-Geral da República com destacada atuação no período dominado pelo ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello.<sup>2</sup>

A tese articulada pelo hoje combativo e atuante advogado Aristides JUNQUEIRA ALVARENGA aponta a inconstitucionalidade da improbidade culposa, justamente aquela definida no art. 10 e incisos da LIA. Para esse notável jurista, a improbidade só pode ser dolosa, porque há de revelar desonestidade, intenção de praticar o fato definido como ilícito. Segundo sua opinião, não se pode nem deve tolerar a existência da categoria da improbidade culposa, eis que seria inconstitucional, considerando o conteúdo da improbidade na CF.

Passemos ao exame mais detido dessa poderosa tese jurídica, cujos reflexos mais imediatos seriam (a) redução do volume de ações judiciais dessa espécie, com julgamento de improcedência por impossibilidade jurídica do pedido; (b) consagração do ressarcimento ao erário como a mais importante medida contra atos culposos lesivos aos cofres públicos; (c) redução da densidade normativa do princípio da eficiência, administrativa e funcional, bem assim da probidade administrativa, dever cuja proteção já não estará tão alargada.

## A TESE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPROBIDADE CULPOSA

É muito curiosa, do ponto de vista lógico-formal, a tese da inconstitucionalidade do já aludido art. 10 da LIA, o qual prevê a possibilidade de improbidade por “culpa” do agente público. Essa construção jurídica se encontra bem articulada em trabalho elaborado pelo mencionado Aristides JUNQUEIRA ALVARENGA, sob o título “reflexões sobre improbidade administrativa no Direito Brasileiro”.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Registre-se o profundo respeito e a admiração pela trajetória institucional de Aristides JUNQUEIRA ALVARENGA, pessoa que desempenhou fundamental papel na construção de um Ministério Público independente no cenário posterior à Constituição de 1988, tendo em vista sua enérgica atuação na qualidade de Procurador-Geral da República.

<sup>3</sup> Aristides JUNQUEIRA ALVARENGA (2001, p. 86-92).

O primeiro argumento parte da distinção entre moralidade e probidade administrativas. Assim, a improbidade seria uma imoralidade qualificada pela desonestidade. Aqui, o autor aduz filiar-se às lições de José AFONSO DA SILVA. Cita, ainda, as lições de Marcelo FIGUEIREDO e Weida ZANCANER, no sentido de sustentar que a improbidade é espécie do gênero imoralidade administrativa e que, mais ainda, a improbidade pressupõe desonestidade. “É essa qualificadora da imoralidade administrativa que aproxima a improbidade administrativa do conceito de crime, não tanto pelo resultado, mas principalmente pela conduta, cuja índole de desonestidade manifesta a devassidão do agente”. O dolo, por conseguinte, sendo correlato à idéia de desonestidade, revela-se imperioso como requisito do ato de improbidade. Estaria, assim, excluída do conceito constitucional de improbidade a forma meramente culposa.

Avançando em sua tese, ao mesmo tempo em que a conecta com a próxima assertiva, o autor defende a idéia de que as sanções de suspensão de direitos políticos e perda da função pública devem ser obrigatoriamente impostas, de forma cumulativa, sempre que houver condenação por prática de ato ímprobo. É inepta seria a petição inicial que não formulasse os pedidos de condenação às sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.<sup>4</sup> Refere que tais sanções estão obrigatoriamente contempladas no art. 37, par. 4º, CF e que se revelam inafastáveis. Se não forem impostas ou postuladas tais medidas punitivas, é porque não haveria ato de improbidade.

Importante notar, portanto, que a tese ora em exame parte de uma premissa básica: a improbidade pressupõe desonestidade e, portanto, atuação dolosa. Conseqüência da gravidade dos atos ímprobos, tem-se que seria obrigatória a imposição cumulativa das sanções de perda do cargo público e suspensão de direitos políticos, bem assim obrigatória sua postulação na inicial acusatória, em homenagem, ainda, ao art. 37, par. 4º, da CF.

## HERMENÊUTICA DA IMPROBIDADE CULPOSA

Não procede a tese restritiva ora em exame. Note-se que se trata, sim, de uma tese que restringe e limita a proteção da probidade administrativa, exigindo a ocorrência de atos dolosos e desonestos. Essa tese há de ser vista, portanto, pelo ângulo de uma tese que dificulta, põe obstá-

<sup>4</sup> Essa tese amplia o leque de nulidades processuais às defesas dos acusados em geral. Se o acusador não formular todos os pedidos sancionadores, inepta seria a inicial.

culos ao legislador na eleição dos mecanismos sancionadores da improbidade, reduzindo níveis de proteção aos difusos direitos fundamentais atingidos pela má gestão dos recursos públicos.

O problema fundamental, básico, da tese ora em análise, é sua ofensa a dois princípios constitucionais: a eficiência administrativa e o princípio democrático.

A improbidade culposa é uma eleição do legislador que a tipificou no art. 10 da LIA. Decorre, pois, do princípio democrático essa livre disponibilidade do legislador na tipificação e sancionamento de ilícitos.

De outro lado, a improbidade culposa revela-se altamente nociva ao princípio constitucional da eficiência administrativa, de tal sorte que sua tipificação busca, precisamente, proteger e dar máxima efetividade àquela norma constitucional do art. 37, *caput*, CF.

Não bastasse, seria possível cogitar de ofensa a um conjunto de direitos fundamentais sempre atingidos por desperdício e mau uso de dinheiros, valores e bens públicos. Há reflexos morais perversos numa sociedade que deveria ser democrática e republicana, separando o público do privado. Essa separação (público/privado) põe de manifesto que no setor privado é exigida a eficiência máxima, com sanção de perda do cargo, limitada essa perda por normas de Direito Privado, inclusive contratual. No setor público, onde se cobram, cada vez mais, resultados, metas e planejamento, é justamente aí que se quer resgatar efetividade ao princípio da eficiência e ao dever de probidade administrativa, proibindo-se severamente atos culposos lesivos ao erário.

Não se olvide de que é no setor público que têm havido mais carências, desperdícios e ineficiência, como está diariamente pautado pela grande mídia nacional, seguida por importantes parcelas de mídias locais. E o Estado-ineficiente, pródigo, incompetente, é criticado, justamente criticado e questionado. Devemos resgatar um discurso jurídico comprometido com o combate à ineficiência administrativa.

Se existem leis rigorosas para proteger o setor público, mas esse setor não está sendo adequadamente protegido, é porque há causas para essa indevida exposição dos elementos desse setor a ataques que lhe são nocivos e prejudiciais.

E se partimos da premissa da importância de um setor público eficiente, do ponto de vista protetor dos direitos fundamentais difusos, de valores públicos, democráticos e republicanos, mais paradoxal se nos afigura o desprezo pela eficiência administrativa.

As causas da impunidade e da exposição do setor público a atos agressivos são várias.<sup>5</sup> Aqui, consideraremos o problema da aplicação das normas da LIA, e do próprio art. 37, *caput* e par. 4º, CF. Necessário fortalecer uma hermenêutica comprometida com os valores republicanos e democráticos em jogo.

Assim, desde uma perspectiva finalística de ampliar a proteção do setor público, de alargar a efetividade de muitos direitos fundamentais passíveis de satisfação por políticas públicas sólidas, economicamente sustentáveis, eficientes em termos de metas e resultados planejados, deve-se buscar linhas interpretativas que favoreçam a satisfação desses objetivos.

Pois confessamos, de antemão, nossos objetivos com a presente interpretação, na medida em que sustentamos que existem dois pilares fundamentais do dever de probidade administrativa: a honestidade profissional e eficiência funcional mínima.

A honestidade pode ser vista por ângulos diversos. Pense-se nas seguintes: honestidade moral, jurídica, religiosa. Podem confundir-se no conteúdo, mas não nas sanções. E nem sempre se poderá dizer, necessariamente, que os conteúdos estejam juntos.

A eficiência reflete solidariedade, responsabilidade, consciência, escolhas livres e com um caminho definido em busca da satisfação dos direitos fundamentais de todos. É um princípio fundamental, antes considerado imanente ao ordenamento jurídico, com precária fiscalização, hoje insculpido modo expresso na CF, erigido a baluarte dos direitos à dignidade humana, à igualdade, à justiça social, ao Estado Democrático de Direito material, enfim, a uma série de princípios e direitos fundamentais.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Poderíamos mencionar o paulatino enfraquecimento material das Instituições fiscalizadoras, diante de um agigantamento do Executivo. Por que não se aparelham, adequadamente, o Judiciário e o Ministério Público, especialmente este último? E a ausência de programas sérios de qualidade no setor público também constitui obstáculo à implementação de políticas de fomento à probidade administrativa.

<sup>6</sup> Repare-se na segura palavra do prof. Diogo de FIGUEIREDO MOREIRA NETO (2001:18), quando afirma que a moral e a eficiência administrativas despontam como “novos e robustos princípios constitucionais”. Diz ele que, “nesse novo quadro, a gestão fiscal pública se vai tornando, cada vez mais intensamente, o que dela se espera numa democracia: a necessária e obrigatória e transparente expressão financeira de políticas públicas consentidas e subsidiárias, com previsão de riscos fiscais e para o desempenho das quais os agentes políticos e administrativos deverão atuar com prudência, responsabilidade e responsividade”. Nesse contexto se situa a Lei Complementar número 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), diploma que exige atuações prudentes e responsáveis dos gestores públicos, sancionando atos culposos que gerem prejuízos ao erário.

Daí porque toda a hermenêutica da improbidade há de voltar-se, num primeiro plano, a esses direitos fundamentais tão desamparados, em homenagem aberta à sobrevivência do Estado Democrático de Direito realizador de suas promessas formais e cristalizadas em textos jurídicos.

Não se deve aceitar o aprofundamento do abismo entre texto e norma, porque essa dicotomia, em certos patamares, pode abalar pilares da Democracia, cuja essência é uma comunidade de homens livres e iguais em suas liberdades, regidos por normas superiores, de todos exigíveis na medida necessária.

### IMPROBIDADE E SEUS DOIS PILARES: DESONESTIDADE E INEFICIÊNCIA FUNCIONAL

Concorda-se com a tese de que a improbidade é uma imoralidade administrativa qualificada. A qualificadora, aqui, porém, não é a desonestidade, mas o grau maior de ilicitude e reprovabilidade. Isso significa que um ato ímprobo é necessariamente imoral do ponto de vista do Direito Administrativo, mas tal assertiva não equivale a dizer que todo ato ímprobo seja necessariamente desonesto e doloso.

Não se percebe, insista-se, a base constitucional para sustentar inconstitucionalidade da improbidade culposa, eis que inexistente obrigatoriedade de ato ímprobo desonesto.

O que conta, e deve pesar, na caracterização da improbidade administrativa, é o elevado grau de ilicitude da conduta e do resultado, de tal sorte que essa ilicitude mais acentuadamente grave há de ensejar uma resposta mais severa do Estado.

O grau de gravidade da conduta há de ser aferido à luz dos princípios constitucionais que presidem a Administração Pública, não apenas tendo em conta as intenções do agente. Os resultados da ação ilícita devem ser tomados em consideração na formatação da gravidade comportamental. Impera, no universo da moral administrativa, não apenas uma ética pública de comportamento honesto, mas também uma ética de resultados ou de padrões comportamentais de diligência e obediência a deveres objetivos de cuidado. O agente público, para ser probo, não pode satisfazer-se com a honestidade, mas deve alcançar *standards* de condutas que permitam reconhecer sua eficiência funcional mínima.

Discorda-se, portanto, da assertiva de que a improbidade pressupõe desonestidade, exclusivamente, porque não é e nem poderia ser este o teor da “qualificadora”. Não se trata de reconhecer, obrigatoriamente, o requisito da desonestidade, ou da atuação dolosa, no âmbito da improbidade. A CF, em nenhum momento, autoriza o reconhecer desse suposto requisito como único e inafastável, de tal sorte a eliminar a possibilidade de uma improbidade culposa. E se a CF silencia a respeito, não seria dado ao intérprete restringir a tutela da probidade administrativa, limitando-a a ponto de alcançar apenas condutas dolosas, e não culposas. Essa vedação ao intérprete deve partir do reconhecimento do princípio democrático, do qual decorre a disponibilidade do legislador na configuração dos deveres inerentes à probidade administrativa, dentre os quais pode estar inserido o da eficiência funcional mínima.

Não se percebe a base constitucional da assertiva abraçada por Aristides JUNQUEIRA ALVARENGA. Sua tese parte de algumas lições doutrinárias, porém nem mesmo estas respaldam, na íntegra, a idéia de que improbidade pressupõe exclusivamente desonestidade. E a doutrina haveria de ater-se aos limites possíveis do texto constitucional. Inadmissíveis seriam interpretações arbitrárias.

Confira-se um dos autores citados pelo eminente Aristides ALVARENGA. Trata-se de um dos maiores teóricos sobre o assunto, o respeitado professor da PUC-SP, Marcelo FIGUEIREDO. Este doutrinador sustenta a possibilidade da improbidade culposa, e não o contrário.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Marcelo FIGUEIREDO (1998:80 *et seq.*). Note-se que o mencionado autor em momento algum questiona a constitucionalidade da improbidade culposa. Ao contrário, diz ele que “qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, pode, em princípio, configurar ato de improbidade lesivo ao erário (...). Pretende a lei coibir a lesão ao erário. Eis sua finalidade. As hipóteses procuram ser exaustivas, mas não são (...). Não há necessidade de efetiva perda patrimonial direta, frontal. Pode ocorrer que, por omissão, o agente, v.g., occasiona *malbaratamento* dos haveres públicos, fruto de gestão ruinosa, agindo culposamente. Exatamente por isso é necessária a análise global do fato, e sua adequada punição, tendo sempre em mente a proporcionalidade das previsões e suas conseqüências”. O que o autor alerta, mais adiante, é que uma omissão culposa, causadora de pequena lesão ao erário, não deveria ser interpretada como ato de improbidade, visto que seria inconstitucional um eventual alargamento do tipo sancionador a esse extremo.

Se adotássemos o critério da doutrina como fonte formal do Direito<sup>8</sup>, seria o caso de acolhermos, justamente, as lições de um dos maiores teóricos sobre o assunto, e não de outros, que apenas transitariamente dele se ocuparam.<sup>9</sup>

É certo que não se pode partir para uma construção dogmática desde uma doutrina arbitrária. A fundamentação científica há de encontrar ressonância no texto constitucional. No caso, nada, absolutamente nenhum argumento razoável indica que a CF esteja a proibir a repressão de uma improbidade culposa. Ao contrário, a CF parece indicar, claramente, direção oposta, qual seja, a da máxima repressão aos atos de improbidade administrativa, inclusive culposos, tendo em vista a necessidade de que os agentes públicos sejam, além de honestos, minimamente preparados para o exercício de suas funções, sob pena de não poderem permanecer nos seus postos de trabalho.

Num mundo dinâmico e veloz, também os agentes públicos estão obrigados a alcançar metas e resultados. A idéia constitucional de proteção à probidade administrativa há de encontrar ressonância no conjunto dos princípios constitucionais, dentre os quais se inclui a eficiência administrativa, coibindo-se práticas enquadráveis nas categorias do desgoverno, “administrative malpractice”, “maladministration”, fenômenos indicativos de graves distorções, traduzindo indiferença à eficiência, com uma burocracia patológica, nas expressões de Sabino CASSESE.<sup>10</sup>

O mau gestor da coisa pública, aquele que desperdiça, irresponsável e injustificavelmente, por atos culposos, o erário, os dinheiros públicos, deve perder seu cargo e ter suspensos seus direitos políticos, sendo banido, inclusive, se necessário for, da vida pública, como regra geral. Não se pode aceitar qualquer dificuldade na compreensão desse raciocínio, porquanto o dever de eficiência funcional mínima é corolário do princípio da eficiência insculpido, hoje expressamente, no art. 37, *caput*, da CF.

<sup>8</sup> Não o é, por certo, embora a construção jurídica ora questionada tenha se valido de lições doutrinárias como se fossem elas verdadeiros textos constitucionais.

<sup>9</sup> Com todo o respeito que merece, o prof. José AFONSO DA SILVA – um dos grandes constitucionalistas pátrios – não é um especialista em Direito Administrativo, nem tem concentrado suas atenções no estudo do dever de probidade administrativa, ao menos em termos de publicação de trabalhos.

<sup>10</sup> Sabino CASSESE (1992:244 *et seq.*).

## IMPROBIDADE CULPOSA E IMPOSIÇÃO DAS SANÇÕES

Aqui, porém, uma digressão se impõe. As sanções aos atos de improbidade não podem ser impostas, modo obrigatório, cumulativamente. Isso porque tal exigência ofenderia o princípio da proporcionalidade. É certo que tal afirmação não traduz possibilidade de discricionariedade ou arbitrariedade jurisdicional. Trata-se, apenas, de reconhecer a importância das peculiaridades do caso concreto, em consonância com o dever de motivação das decisões judiciais. Exigir todas as sanções, de forma cumulativa, equivaleria a uma imobilização do poder de individualização das sanções. E tal imobilização, com a devida licença de entendimentos diversos, seria inconstitucional, dado que se atingem direitos fundamentais com o sancionamento aos atos ímprobos. Buscase a proteção dos direitos fundamentais dos acusados em geral.

Dizer que não há obrigatoriedade de imposição cumulativa das sanções não equivale a afirmar que inexista suporte para essa aplicação cumulativa. Ao contrário, a regra geral, já se disse alhures,<sup>11</sup> há de ser a imposição cumulativa e obrigatória de todas as sanções, desde que logicamente compatíveis. A exceção será o afastamento de uma ou outra sanção, v.g., considerando o resultado da ponderação de bens e valores em potencial colisão.<sup>12</sup>

O fato de a CF mencionar, em seu art. 37, par. 4º, que os atos de improbidade importarão a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, com a devida licença, não significa que essa mesma CF não aceite qualquer exceção, porquanto ela própria igualmente consagra, modo implícito, o princípio da proporcionalidade. E se assim o é, tem-se que a leitura correta do texto constitucional há de ser a seguinte: os atos de improbidade importarão, como regra geral, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, na forma e graduação previstas em lei. A cláusula de reserva atinente à idéia de “regra geral” introduz a abertura necessária ao princípio da proporcionalidade. Trata-se de uma conseqüência da necessária compatibilização das normas constitucionais. Impossível seria adotar interpretação diversa,

<sup>11</sup> Tive oportunidade (1997:187) de sustentar o seguinte: “A improbidade traduz conseqüências jurídicas diretamente previstas em norma constitucional (art. 37 CF), donde a não incidência dessas sanções deve, rigorosamente, ser considerada apenas em casos excepcionais, considerando-se como uma cláusula implícita na própria norma do art. 37, par. 4º, da Carta Constitucional de 1988”.

<sup>12</sup> Sobre esse processo de ponderação, consulte-se Robert ALEXU (1997:87 *et seq.*).

porque essa é a opção hermenêutica que, contraposta àquela aqui criticada, se revela em conformidade com a Constituição. Merece ser aplicado, nesse contexto, o princípio da interpretação conforme a Constituição, se houver qualquer dúvida a respeito da constitucionalidade do art. 10 da LIA.<sup>13</sup>

## CONCLUSÕES

Em síntese, deve-se sustentar, com ênfase, a constitucionalidade do art. 10, *caput*, da LIA, quando prevê a possibilidade da chamada “improbidade culposa”, visto que se trata de proteger e resguardar o dever de probidade administrativa, conectando-o ao princípio da eficiência funcional mínima que se exige dos agentes públicos.

É também de se insistir na tese de que as sanções do art. 12, incisos I, II e III, da LIA, podem, excepcionalmente, ser impostas de forma alternativa. Isso porque há atos de improbidade que não reclamam, necessariamente, as medidas de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos ou, inclusive, a interdição de direitos (proibição de travar certas relações com a Administração Pública).

É possível que um determinado ato de improbidade, por sua dimensão concreta, exija apenas e tão somente as medidas de ressarcimento ao erário<sup>14</sup> e multa civil.

<sup>13</sup> Sobre o problema, consulte-se a obra de José Joaquim GOMES CANOTILHO (1999, p. 1151), especialmente quando afirma que no “caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição”, cabendo destacar que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, “observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a Constituição”.

<sup>14</sup> Destaco, como já o fiz recentemente (2000: 92 *et seq.*), que medidas de ressarcimento ao erário não constituem sanções administrativas ou, como prefiro, de Direito Administrativo. Essa categoria, aliás, deve encontrar eco na boa doutrina, porque se trata de cogitar de Sanções de Direito Administrativo. O que se sustentou, na obra referida, foi a existência de sanções de Direito Administrativo aplicadas por Juízes e pela Administração. Essa mudança substancial no conceito de Sanção Administrativa foi a pedra-de-toque da obra, que reconhece remotas inspirações no Direito Francês, mas também incursiona, rapidamente, pelo Direito Anglo-saxônico. O que importa assinalar, agora, é a distinção entre ressarcimento ao erário e sanção administrativa. A primeira traduz restituição ao estado anterior. A segunda reflete imposição de mal ou castigo originados em decorrência de fato tipificado como sanção. Disse e reafirme que a sanção administrativa admite as finalidades puramente repressiva e disciplinar como elementos teleológicos, o que a afasta de uma eventual identidade com as medidas ressarcitórias, cujos fins não são repressivos, mas reparadores.

Registre-se, com insistência, que ao Judiciário compete aquilatar a gravidade do ato ímprobo e a correspondente resposta estatal, aplicando o princípio da proporcionalidade ao caso concreto. Se houver o afastamento de uma ou mais sanções legalmente previstas, imprescindível será uma farta motivação do ato jurisdicional, de tal sorte que há de restar demonstrada a injustiça e falta de proporcionalidade da aplicação da regra geral, qual seja, a imposição cumulativa das sanções do art. 12 e incisos, da LIA, à hipótese *sub judice*.

Também é de se ressaltar a possibilidade de o Ministério Público postular, tão somente, a aplicação de determinadas medidas sancionadoras, e não outras, à luz do princípio da proporcionalidade. Nesse caso, o arquivamento não pode ser implícito, mas sim exteriorizado perante o Conselho Superior da Instituição, tal como previsto na Lei de Ação Civil Pública.

Haverá uma jurisprudência administrativa do Ministério Público a respeito do tema, é dizer, dizendo o que configura, ou não, improbidade. Os acórdãos devem ser fundamentados e públicos através da imprensa oficial, tanto quanto os acórdãos judiciais.

Conexões de ações devem ser resolvidas à luz das regras processuais próprias. A coisa julgada há de submeter-se às pautas da tutela coletiva de direitos difusos. O Ministério Público é titular, embora não privativo, da ação civil pública. Há co-legitimados em campo. Há entidades lesadas e agentes públicos e particulares responsáveis.

Todo esse complexo contexto induz à possibilidade de o Ministério Público deliberar a respeito da aplicação do princípio da insignificância, porque esse reflexo ou essa projeção da proporcionalidade descaracteriza a tipicidade material da conduta. Condutas podem ser formalmente típicas, e materialmente atípicas, por não haverem atingido o bem jurídico tutelado.

De igual modo, pode-se perceber que certas sanções não são proporcionais ao ato ilícito. E é possível perceber essa realidade antes do ajuizamento de uma ação punitiva. Daí porque resulta viável ao Ministério Público arquivar, modo expresso, sua pretensão punitiva relativamente à imposição de determinadas sanções.

Essas considerações conduzem, pois, à improcedência da tese de inconstitucionalidade da improbidade culposa. Sustentamos, diversamente, que o dever de probidade coíbe atos dolosos e culposos, nos termos do Direito Administrativo Sancionador formatado na Lei 8.429/92.

O reconhecimento da improbidade culposa, todavia, não inibe o intérprete em sua atividade hermenêutica de concreção e aplicação das normas jurídicas, de tal sorte que uma permanente ponderação de bens, direitos e valores em potencial colisão, é medida que se impõe, exigindo-se, cada vez mais, aprofundamento do intercâmbio de idéias e o fomento dos debates, marcados pelo pluralismo e pela responsabilidade na apresentação de soluções aos graves problemas da corrupção (sociologicamente considerada) e da má e ineficiente gestão da coisa pública.

O que estou a propor é uma interpretação justa e razoável do dever de probidade administrativa, coerente com os elevados valores constitucionais de convivência numa sociedade democrática de homens livres. E apenas convido aqueles que pensam diversamente à polêmica respeitosa, fundamentada e crítica, porque é do choque de idéias, no plano acadêmico, que nascem as boas soluções jurídicas. Não será a inércia do pensar que fomentará a evolução do conteúdo do dever de probidade administrativa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

CASSESE, Sabino. "Maladministration" e rimedi. In: *Il Foro Italiano*, n. 9, parte 4, 1992.

FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo de. *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 4. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

JUNQUEIRA ALVARENGA, Aristides. Reflexões sobre improbidade administrativa no Direito Brasileiro. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio; REZENDE PORTO FILHO, Pedro Paulo de (orgs.). *Improbidade administrativa, questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 86-92.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Improbidade Administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92*. Porto Alegre: Síntese, 1997.

———. *Direito Administrativo sancionador*. São Paulo: RT, 2000.