

## **LESÃO AO ERÁRIO DERIVADA DE AÇÃO OU OMISSÃO ADMINISTRATIVA CULPOSA: IMPROBIDADE OU MERO ILÍCITO CIVIL?**

**Esdras Maciel Fernandes Pinto**

Acadêmico do 10º período de Direito do UNIFOR

**Denio Dutra Barbosa**

Professor de Direito Administrativo do UNIFOR

### **RESUMO**

A Lei 8.429/92 dispõe sobre os atos de improbidade administrativa e sobre as sanções respectivas. Em seu artigo 10, a referida lei tipificou como ato de improbidade administrativa a conduta culposa causadora de lesão ao erário. O objetivo principal da pesquisa consiste na análise, de forma crítica, da possibilidade de existência simultânea de improbidade e conduta culposa. Para esse fim, através de revisão literária, pesquisou-se o conceito de improbidade sob o prisma semântico e legal, visando apontar solução coerente para o tema. Nesse sentido, a exclusão da conduta culposa do rol de atos de improbidade que causam lesão ao erário apresentou-se como hipótese mais coerente, vez que interpreta a palavra improbidade escrita no texto legal de modo condizente com a semântica da mesma. Ademais, observou-se que tal hipótese pressupõe menos premissas que aquela que aceita a existência simultânea de conduta de improbidade e culposa, razão pela qual foi considerada como solução mais simples e, por conseguinte, adotada como mais viável, tendo em vista o Princípio da Navalha de Occam.

**Palavras-chave:** Improbidade administrativa. Conduta culposa. Desonestidade.

## **INJURY TO THE TREASURY ARISING FROM CULPABLE ADMINISTRATIVE ACTION OR OMISSION: MISCONDUCT OR SIMPLE CIVIL ILLICIT?**

### **ABSTRACT**

Law 8.429/92 provides for acts of administrative misconduct and sanctions related. In its article 10, that law typified as an act of administrative misconduct wrongful conduct causing injury to the public treasury. The main objective of the research is to analyze, critically, the possibility of simultaneous existence of misconduct and wrongful conduct. To this end, through literature review, researched the concept of misconduct under the semantic and legal prism, aiming pointing coherent solution to the issue. Accordingly, the exclusion of the culpable conduct of the list of acts of misconduct that cause injury to the treasury presented itself as more coherent hypothesis, since interprets the written word misconduct in the legal text so consistent with the semantics of it. Moreover, it was observed that such hypothesis assumes least assumptions that which supports the simultaneous existence of wrongful conduct and dishonesty, for which reason was considered simpler solution and therefore adopted as more feasible, in view of the principle Occam's Razor.

**Keywords:** Administrative misconduct. Culpable conduct. Dishonesty.

## 1 INTRODUÇÃO

O § 4º do art. 37 da Constituição da República determina sejam punidos os que incorrem em atos de improbidade administrativa.

Regulamentado o dispositivo constitucional acima citado e versando sobre improbidade administrativa, foi editada, em 02 de junho de 1992, a Lei 8.429.

Esta Lei tipificou, em seu Capítulo II (artigos 9º, 10 e 11), os Atos de Improbidade Administrativa. Referidos atos são apresentados em três grupos: os que importam enriquecimento ilícito, os que causam lesão ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Ao dispor especificamente sobre os atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário, a Lei 8.429/92 prevê sua caracterização quando derivados de condutas dolosas e culposas.

A partir daí, surgiram discussões sobre a possibilidade de existência de conduta ímproba culposa, perdurando até o momento divergência sobre a questão.

Neste trabalho, será analisada a pertinência de condutas culposas configurarem, de fato, atos de improbidade administrativa ou se, ao contrário, condutas culposas, ainda que causem lesão ao erário, devam ser tratadas exclusivamente do ponto de vista do ilícito civil.

A questão merece reflexão diante da gravidade das sanções decorrentes da aplicação da lei 8.429/92 (multa, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, ressarcimento do dano e proibição de contratar com o Poder Público), em confronto com as consequências da reparação do ilícito civil, que se apresentam menos gravosas (não há possibilidade, por exemplo, da suspensão dos direitos políticos).

A reflexão proposta se insere no contexto da possibilidade de aplicação da lei 8.429/92 quando o agente, não tendo a intenção de cometer improbidade (de ser desonesto), mediante comissão ou omissão culposa (sem dolo), causa dano ao erário.

Para que se conclua sobre a possibilidade de conduta culposa causadora de dano ao erário caracterizar ou não ato de improbidade, será, num primeiro momento, apresentada referência histórica sobre evolução da improbidade administrativa no Brasil, avaliados, em seguida, os atos que podem implicar em improbidade, abordando-se o significado da expressão improbidade. Será abordado o tema pertinente à ausência, na lei 8.429/92, de sanções específicas para quem procede com culpa. Serão, ainda, avaliadas as premissas necessárias à aplicação da lei de improbidade administrativa aos que procedem culposamente e as premissas para que se conclua que o tema deve ficar restrito ao âmbito do ilícito civil.

Sopesadas as premissas de uma e outra teoria, pretende-se definir, com amparo no princípio da Navalha de Occam, segundo o qual, dentre duas teorias igualmente eficientes, deve-se optar pela mais simples delas, se a conduta culposa pode ou não caracterizar improbidade.

## 2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Segundo José Nilo de Castro (2000 *apud* BERTONCINI, 2007, p. 19)<sup>1</sup>, “[...] a primeira manifestação constitucional sobre improbidade administrativa encontra-se na Constituição Política do Império, de 25.03.1824.” Tal manifestação está disposta no art. 133, incisos II e VI, da citada Constituição:

Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsáveis  
II. Por peita, suborno, ou concussão.  
VI. Por qualquer dissipação dos bens públicos.

Assim, a Constituição de 1824, apesar de ter estabelecido, em seu Art. 99, a irresponsabilidade total do Imperador – “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma.” – previa a responsabilidade dos Ministros de Estado por atos de improbidade administrativa, embora não utilizasse esta expressão.

Já a Constituição de 1891 descrevia a improbidade administrativa como “atos do Presidente que atentarem contra a probidade administrativa”:

Art 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra: 6º) a probidade da administração;

Na mesma senda, as Constituições de 1934 (art. 57, “f”), de 1937 (art. 85, “d”), de 1946 (art. 89, V) e de 1967 (art. 84, V), previam a improbidade administrativa como crime de responsabilidade do Presidente da República.

A Constituição de 1988, em seu art. 85, V, não fugindo da tradição, também descreveu como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a probidade administrativa:

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:  
V - a probidade na administração;

Entretanto, somente no § 4º do artigo 37 da Constituição de 1988 que foi mencionada, pela primeira vez, a expressão “atos de improbidade administrativa”, a qual foi seguida da descrição das sanções que tais atos acarretariam àqueles que os cometessem:

<sup>1</sup> CASTRO, José Nilo de. Improbidade Administrativa Municipal. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 51, n. 151, p. 14, jan./mar. 2000.

Art.37. § 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.

Como o citado dispositivo previu que as sanções ocorreriam na forma e gradação previstas em lei, foi editada no Brasil, entrando em vigor em 1992, a Lei 8.429.

Nota-se que apesar de citar, no § 4º de seu art. 37, a expressão improbidade administrativa, a Constituição brasileira não definiu o que vem a ser improbidade.

A Lei 8.429/92, da mesma forma, não deixou claro o significado de tal expressão.

Sendo assim, embora o objeto da Lei 8.429/92 seja, conforme art. 1º, os atos de improbidade administrativa e suas respectivas punições, a mesma manteve-se silente a respeito da expressão improbidade administrativa.

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Na doutrina, entretanto, não parece haver divergência sobre tal significado.

“Improbidade”, nos dizeres de Francisco Diniz (2009, p. 9), “...vem do latim *improbus*, que significa desonesto.” Um pouco diferente, porém no mesmo sentido, Marino Pazzaglini Filho (2009) e Marcelo Figueiredo (2004), ao definirem “improbidade”, citam o vocábulo *improbitate*, também advindo do latim, o qual significa “desonestidade”.

Desse modo, o ato de improbidade administrativa pode ser literalmente traduzido como ato de desonestidade administrativa, ou seja, os atos administrativos serão tidos como atos de improbidade na medida em que forem cometidos com desonestidade. É o que declara Marcelo Figueiredo (2004, p. 42):

Nessa direção, não nos parece crível punir o agente público, ou equiparado, quando o ato acoimado de improbidade é, na verdade, fruto da inabilidade, de gestão imperfeita, ausente o elemento de “desonestidade”, ou de improbidade propriamente dita.

E, concordando com Marcelo Figueiredo, Marino Pazzaglini Filho (2009, p. 4) destaca a desonestidade como requisito indispensável à qualificação do ato ímprobo:

Assim, a conduta ilícita do agente público para tipificar ato de improbidade administrativa deve ter esse traço comum ou característico de todas as modalidades de improbidade administrativa: desonestidade, má-fé, falta de probidade no trato da coisa pública.

Ante o exposto, o que se observa é que o ato de improbidade administrativa, para ser assim considerado, deve conter o componente objetivo – ser um ato administrativo – e o componente

subjetivo – ser um ato de desonestidade. Caso contrário – se for apenas um ato administrativo ou se for apenas um ato de desonestidade – não será considerado um “ato de improbidade administrativa”.

### **3 ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Os atos de improbidade administrativa estão tipificados no Capítulo II da Lei 8.429/92 distribuídos em três seções:

- Seção I – Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito – Compreende o art. 9º e doze incisos;
- Seção II – Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário – Compreende o art. 10 e quinze incisos;
- Seção III – Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública – Compreende o art. 11 e sete incisos.

#### **3.1 Dos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito**

A tipificação dos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito está anotada no art. 9º da Lei 8.429/92 e seus incisos. Inicialmente, o *caput* traz uma tipificação geral, informando que em tais atos devem estar presentes três elementos: o “exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades citadas no art. 1º da Lei 8.429/92”, a “vantagem patrimonial indevida” e uma relação de causa e efeito entre a o primeiro e o segundo elementos. Vale conferir:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

Assim, presentes todos os requisitos mencionados, tem-se o ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito.

Necessário destacar que o art. 9º da Lei 8.429/92 apresenta, em seus incisos<sup>2</sup>, rol exemplificativo (MATTOS, 2009, p. 172) de atos definidos como ímprobos em razão do enriquecimento ilícito.

### 3.2 Dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública

Após dispor sobre os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito e sobre os que causam prejuízo ao erário, a Lei 8.429, no art. 11, dispôs sobre os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública. São atos que “[...] independem de efeitos subjetivos (agente público que se avantajou) e objetivos (lesão ao erário), para sua caracterização. São *atos de improbidade administrativa em sentido estrito*.” (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 163).

Desse modo, dispõe o art. 11 da Lei 8.429/92:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente;

---

<sup>2</sup> I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Nos dizeres de Pazzaglini Filho (2009, p. 99), é o mencionado artigo uma norma residual, só sendo aplicável quando não configuradas as demais modalidades de improbidade administrativa:

Assim, se do ato violador de princípio constitucional administrativo resultar enriquecimento ilícito do agente público que o praticou, há absorção da regra do art. 11 (subsidiária), contida no art. 9º (principal), por esta. E, da mesma forma, se da afronta a princípio constitucional decorrer lesão ao Erário, configura somente ato ímprobo de lesividade ao patrimônio público que, em face do princípio da subsidiariedade, absorve aquela.

Destarte, são requisitos que devem estar presentes para configurar o ato ímprobo descrito no art. 11 da Lei 8.429/92: a ação ou omissão do agente público que viole princípios éticos (constitucionais) da Administração, o comportamento desonesto caracterizado por um ato ilícito e o dolo. (MATTOS, 2009, p. 401).

O legislador anotou, nos incisos do art. 11 da Lei 8.429/92<sup>3</sup>, hipóteses exemplificativas de atos administrativos que atentam contra a Administração Pública. (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 173).

### **3.3 Dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário**

Os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário estão dispostos no art. 10 da Lei 8.429/92.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

Erário é o conteúdo econômico-financeiro do patrimônio público. (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 61):

Enquanto o conceito de patrimônio público é mais abrangente, pois compreende o complexo de bens e direitos públicos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico, o de Erário, como parte integrante do patrimônio público, limita-se aos bens e direitos de valor econômico, ou seja, aos recursos financeiros do Estado, ao “Tesouro Público”.

---

<sup>3</sup>I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;  
II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;  
III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Ação ou omissão dolosa é aquela que se origina da vontade livre e consciente dirigida ao resultado proibido, ou mesmo da mera aceitação do risco de produzi-lo (GARCIA; ALVES, 2008). “A culpa, por sua vez, se caracteriza pela prática voluntária de um ato sem a atenção ou o cuidado normalmente empregados para prever ou evitar o resultado ilícito” (GARCIA; ALVES, 2008, p. 267). Por conseguinte, o ato de improbidade descrito no art. 10 da Lei 8.429/92 estará configurado ainda que o agente tenha provocado lesão ao erário sem intenção, o que difere sensivelmente das condutas tipificadas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 já acima transcritos.

Como se vê, não há sequer menção sobre o elemento subjetivo<sup>4</sup> nos artigos supracitados, razão pela qual Garcia e Alves (2008, p. 267), partindo da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa, concluem que “a prática dos atos de improbidade previstas nos artigos 9º e 11 exige o *dolo* do agente” e “a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com *dolo* ou com *culpa*”.

No mesmo sentido, Francisco Diniz (2009), Waldo Fazzio Júnior (2008) e Fábio Medina Osório (2007) entendem que a conduta culposa pode configurar o ato de improbidade administrativa descrito no art.10 da Lei nº 8.429/92. Também adere a esta corrente Marino Pazzaglini Filho (2009, p. 64):

Assim, a culpa civil, no âmbito da improbidade administrativa, configura-se com a ação ou a omissão do agente público, resultante de descumprimento consciente de obrigação jurídica, por má-fé, causando involuntariamente resultado antijurídico que poderia ele ter evitado (lesão ao erário), caso tivesse empregado a diligência devida pelo seu dever de ofício.

Lado outro, Marcelo Figueiredo (2004, p. 103) afirma, referindo-se ao mesmo artigo: “Ao que parece, o legislador infraconstitucional levou longe demais o permissivo da Lei Maior, ausentes proporcionalidade e razoabilidade no dispositivo legal. Assim, se não inconstitucional, o dispositivo deve ser interpretado conforme a Constituição.”

Afirmativa esta, complementada por José Antônio Lisboa Neiva (2005, p. 16): “Razoável, assim, a adoção da técnica de interpretação conforme a Constituição, equiparando-se culpa a dolo, pois evitaria o reconhecimento da inconstitucionalidade material do aludido artigo.”

De forma semelhante, Mauro Roberto Gomes de Mattos (2009, p. 278): “Assim, inconstitucional é a expressão *culposa*, por não se encaixar no conceito de improbidade administrativa a que alude o art.37, § 4º, da CF.”

Demonstra-se, desta forma, que não há entendimento pacificado sobre a possibilidade de cometimento de ato de improbidade administrativa que cause dano ao erário de forma culposa.

---

<sup>4</sup> Elemento subjetivo, no entendimento de Garcia e Alves (2008, p. 267), é o elo de encadeamento lógico entre vontade, conduta e resultado, o qual poderá apresentar-se em forma de dolo ou em forma de culpa.

## 4 LESÃO AO ERÁRIO COMETIDA CULPOSAMENTE: IMPROBIDADE OU ILÍCITO CIVIL?

Conforme mencionado, não há entendimento pacificado sobre a possibilidade de cometimento de ato de improbidade administrativa que cause dano ao erário de forma culposa. Há autores que consideram impossível uma conduta culposa ser tipificada como ímproba, razão pela qual seria taxada apenas como ilícito civil. Por outro lado, existem autores que consideram perfeitamente possível o enquadramento de tal conduta como improbidade administrativa. Os fundamentos utilizados, entretanto, giram basicamente em torno de duas questões, as quais são entendidas de modos diferentes pelos diversos autores. São elas:

- o significado da palavra “improbidade” no § 4º do art. 37 da CR;
- a ausência de cominação específica no art. 12 da Lei 8.429/92 para a modalidade de improbidade culposa.

A seguir, tais questões serão analisadas separadamente.

### 4.1 O significado da palavra “improbidade” no § 4º do art. 37 da CR

A Lei 8.429/92 foi aprovada para regulamentar o disposto no artigo constitucional supracitado, não podendo exceder os limites conferidos por esse dispositivo Constitucional. Sendo assim, o significado da palavra “improbidade” no § 4º do art. 37 da CR reflete diretamente no art. 10 da Lei 8.429/92, o qual tipificou como ato de improbidade que causa lesão ao erário, além da conduta dolosa, também a culposa.

Nesse sentido, Mattos (2009), considerando que improbidade significa desonestidade e que o elemento subjetivo desta é o dolo, conclui:

A expressão *culposa* é inconstitucional, ferindo o que vem estatuído no art.37, da CF, pois a “gradação da lei” não pode inovar e considerando todo e qualquer ato involuntário ou de boa-fé como de improbidade. (MATTOS, 2009, p. 277-278).

Concordando com Mattos, José Afonso da Silva (2009) afirma que improbidade administrativa consiste no descumprimento do funcionário em servir a Administração com honestidade. O “ímprobo administrador é o devasso da Administração Pública.” (SILVA, 2001, p. 388 *apud* MATTOS, 2009, p. 275)<sup>5</sup>. Destarte, por não poder ser considerado devasso aquele agente público que inconscientemente, sem ser desonesto, comete equívocos, Mattos (2009) afirma que somente a conduta dolosa pode configurar improbidade administrativa. Menciona, inclusive,

---

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

juízo proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), o REsp 213.994/MG, de cujo acórdão se destaca a seguinte expressão: “A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil”. Vale conferir:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil. Recurso improvido.

(STJ. REsp 213.994/MG, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 17/08/1999, DJ, 27 set. 1999. p. 59).

Todavia, há acórdão do mesmo Superior Tribunal de Justiça que, considerando dolo e lesão ao erário como situações independentes, conclui no sentido de que poderá ocorrer a conduta descrita no art. 10 da Lei 8.429/92 de forma culposa.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N. 8.429/92. PRETENSÃO DE QUE A CORTE DE ORIGEM REJULGUE OS FATOS ENQUADRADOS NO ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, AO FUNDAMENTO DE QUE O REJULGAMENTO DO QUE PERTINCE AO ART. 10 DA REFERIDA LEI FORÇA NOVA ANÁLISE DE TODOS OS FATOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ.

2. Na Lei n. 8.429/92, o prejuízo ao erário e o dolo não são interdependentes, podendo aquele, inclusive, ocorrer por culpa do administrador ímprobo.

(STJ, AgRg no REsp 1177579/PR, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, primeira turma, julgado em 16/08/2011, DJe, 19 ago. 2011).

No sentido de punir atos ímprobos que causam lesão ao erário derivados de conduta culposa, destaca-se o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OBRAS DE CANALIZAÇÃO DA REDE DE ESGOTO. PROJETO BÁSICO. DESCONFORMIDADE COM AS NECESSIDADES REAIS. FAVORECIMENTO. PARTICIPAÇÃO DO AUTOR DO PROJETO NA EXECUÇÃO DA OBRA. DANOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. [...]

Praticaram atos de improbidade administrativa todos os que contribuíram para a perda patrimonial causada ao erário, ainda que com conduta culposa, em vista do disposto no art. 10, *caput*, da Lei 8.429/92. [...] (TJMG, Apelação Cível 1.0521.01.015218-4/001, Relatora: Desembargadora Heloísa Combat, julgado em 17/06/2008)

Em que pese este entendimento, Marcelo Figueiredo (2004, p. 103), manifestando-se contra os atos ímprobos culposos, propõe a seguinte situação:

Em síntese, imaginemos dada omissão culposa (involuntária, portanto) do agente público causadora de pequena lesão ao erário. Para a lei, há ato de improbidade administrativa, e *tollitur quaestio* [fim da questão]. Será crível afirmar que tal agente terá seus direitos políticos cassados por força da lei, perderá a função pública, terá seus bens indisponíveis etc. etc. etc.

O autor chama a atenção para o fato de a Lei 8.429/92 considerar como desonesto também a omissão culposa. Por conseguinte, o agente público que, sem a menor intenção, lesar o erário, ainda que por omissão, será também tido como desonesto. Conclui que é preciso abrandar o rigor legal, amoldando-o ao espírito constitucional:

Contudo, a lei integradora da vontade constitucional foi além do razoável ao dispor que “constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário *qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa (...)*”. Ao que parece, o legislador infraconstitucional levou longe demais o permissivo da Lei Maior, ausentes proporcionalidade e razoabilidade no dispositivo legal. Assim, se não inconstitucional, o dispositivo deve ser interpretado conforme a Constituição. (FIGUEIREDO, 2004, p. 103).

Lado outro, para Osório (2007), a palavra “improbidade” mencionada no art. 10, § 4º da CR não se confunde com desonestidade. Improbidade, para ele, é um conceito que encampa, além da desonestidade, também a ineficiência funcional. A desonestidade é um comportamento praticado com dolo, porém, a ineficiência funcional é um comportamento praticado com culpa:

De fato, só haverá improbidade administrativa quando estiver presente o dolo ou a culpa grave, visto que tanto a corrupção pública quanto a grave desonestidade funcional pressupõem conduta dolosa, enquanto a grave ineficiência funcional pressupõe culpa grave, motivo pelo qual aparece seu caráter de insuportabilidade, a tal ponto que se fazem necessárias, geralmente, a exclusão do agente do setor público e a suspensão de seus direitos políticos (art. 37, § 4º, da CF), como regra geral. (OSÓRIO, 2007, p. 292).

Nesse sentido, admitidos estariam os tipos culposos de improbidade administrativa:

Os tipos culposos da improbidade descendem já da própria Constituição Federal. Nesta, não há restrição alguma a improbidade culposa. Ao contrário, há reforço no sentido da necessária proteção dos valores “eficiência” e “economicidade”, ao abrigo da moral administrativa e de princípios expressos nos arts. 37 ou 70 da CF. (OSÓRIO, 2007, p. 270).

Em suma, para Osório (2007), a conduta culposa prevista no art. 10 da Lei 8.429/92 não infringiu o permissivo legal do art. 37, § 4º da CF, vez que o ato de improbidade administrativa engloba em seu conceito tanto a desonestidade funcional (que pressupõe conduta dolosa) quanto a ineficiência funcional (que pressupõe culpa grave).

Analisando, no entanto, o pensamento de Osório (2007), é possível observar que o mesmo considera a improbidade como uma espécie de má gestão pública. Inclusive, em seu livro, Teoria da Improbidade Administrativa (OSÓRIO, 2007), o item 1.2 (Má gestão pública: observações gerais) é subdividido em dois subitens, quais sejam: 1.2.1 Desonestidade funcional dos homens públicos e suas flutuações ético-normativas e 1.2.2 A ineficiência funcional dos homens públicos e suas flutuações ético-normativas. Assim, o próprio autor deixa claro que é a má gestão pública que engloba a desonestidade funcional (improbidade) e a ineficiência funcional.

Portanto, não é a improbidade que comporta condutas dolosas e culposas, mas sim a má gestão pública, tendo sido incoerente o referido autor por igualar, em determinado momento, as

expressões improbidade administrativa e má-gestão pública e, em outro momento, dizer que a improbidade é uma espécie de má gestão pública.

Em oposição ao significado de improbidade atribuído por Osório, José Antônio Lisboa Neiva (2005, p. 15) afirma que “A Constituição da República constitucionalizou a expressão improbidade com base em conceito preexistente em nosso ordenamento jurídico, descabendo ao legislador infraconstitucional desvirtuar ou ampliar a conceituação assimilada.” Tal conceito preexistente, nos dizeres de Garcia e Alves (2008, p. 269), é o “contemplado no art. 482, a, da CLT, que, consoante interpretação firme nesse sentido, somente admite a forma dolosa.” Vale conferir:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:  
a) ato de improbidade;

Fundamentando-se, no mencionado conceito preexistente, Neiva (2005) propõe a adoção de técnica de interpretação conforme a Constituição, equiparando-se a culpa ao dolo, vez que evitaria o reconhecimento da inconstitucionalidade material do art. 10 da Lei 8.429/92. Isso é, no entanto, diretamente contraposto por Garcia e Alves (2008, p. 269) aos argumentos de que “os contornos atribuídos à denominada *improbidade trabalhista* apresentam profundas distinções de ordem conceitual em relação à *improbidade administrativa*” e de que “a tese apresentada seria plenamente aceitável tivesse o Constituinte referido-se à improbidade no âmbito do Direito do Trabalho, o que não é o caso”.

Garcia e Alves (2008, p. 268), desse modo, partindo do pressuposto de que “[...] em momento algum a Constituição da República confere identidade às ideias de improbidade, moralidade e desonestidade”, concluem que a tipologia inserida no art.10 da Lei 8.429/92 admite que o ato seja praticado com dolo ou com culpa.

Ocorre que, não existindo conceito constitucional para improbidade e não sendo permitido que tal conceito seja absorvido do Direito do Trabalho, mais sensato seria buscar imparcialmente o significado da palavra “improbidade” mencionada no § 4º do art. 37 da CR.

Nesse prisma, Garcia e Alves (2008, p. 105) conceituam improbidade como sendo “[...] a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência, por ser amoral.” Adiante, porém, Garcia e Alves (2008, p. 105), a fim de evitar que o próprio conceito estabelecido fosse motivo de incoerência, dizem: “[...] a lei de regência indicou o que se deve entender por improbidade, daí a impossibilidade de o semântico sobrepor-se ao normativo.”

O que se observa, porém, é que a lei não indicou claramente o que se deve entender por improbidade, limitando-se a indicar os atos que seriam tidos como ímprobos. Desse modo, dizer que o contexto legal deve se sobrepor ao significado de improbidade, como o fez Garcia e Alves

(2008), é tão incorreto quanto dizer o contrário. Mais plausível seria estabelecer uma relação de coerência entre o contexto legal e o significado de improbidade, de forma que um não se sobreponha ao outro.

Nesta senda, Bertoncini (2007, p. 170) faz importante constatação:

Os atos de improbidade administrativa previstos nos incisos do art.11, no *caput* do art. 10 e respectivos incisos, e no *caput* do art. 9º e seus incisos, são marcados pela violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade, em última análise, as condutas da Lei 8.429/92 exigem para a sua caracterização o descumprimento desses deveres.

Segundo Bertoncini (2007), o art. 11 da Lei 8.429/92 deve ser compreendido como um modelo geral de como os agentes públicos não devem atuar. Vale conferir:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

Ainda segundo Bertoncini (2007, p. 170):

Com efeito, não é possível conceber a existência de atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, sem que o agente público viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade; o mesmo raciocínio devendo ser aplicado para os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, bem como para a configuração dos atos de improbidade contidos nos incisos do art. 11 da Lei 8.429/92.

Embora Garcia e Alves (2008) discordem de Bertoncini (2007), o pensamento supracitado resolveria o problema dos atos ímprobos que causam lesão ao erário de forma culposa. Afinal, se a violação do princípio da desonestidade deve estar presente em todo ato ímprobo, sendo toda desonestidade essencialmente dolosa, não é possível a existência de ato ímprobo culposos. Tal pensamento valoriza o significado da palavra improbidade (desonestidade) sem desvalorizar o contexto legal, o qual impõe a violação do princípio da desonestidade para a configuração de todo ato ímprobo. De forma semelhante, entendeu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região na Apelação Cível 5022874-42.2010.404.7000:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. USO DE VEÍCULO OFICIAL. NÃO COMPROVAÇÃO DE CONDUTA DOLOSA. 1. O caráter sancionador da Lei n.º 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: (a) importem em enriquecimento ilícito (artigo 9º); (b) causem prejuízo ao erário (artigo 10); e (c) atentem contra os princípios da Administração Pública (artigo 11), compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa. [...] (TRF4, Apelação Cível 5022874-42.2010.404.7000, Relator: Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva, Terceira Turma, julgado em 25/04/2012).

Entretanto, o próprio Bertoncini (2007, p. 173) se contradiz:

Nos casos em que se admite culpa (art.10), não se exigirá a desonestidade, conquanto seja obrigatória a deslealdade, decorrente da negligência, da imprudência ou da imperícia, produtoras do resultado “prejuízo ao erário”.

Pazzaglini Filho (2009, p. 63), de forma semelhante, não elimina a desonestidade para a configuração do ato ímprobo culposos que lesa o erário, porém, pressupõe a possibilidade de existência de conduta culposa e, ao mesmo tempo, denotativa de má-fé:

A improbidade lesiva ao patrimônio público financeiro culposa se dá quando o resultado danoso involuntário, porém previsível, é consequência de comportamento voluntário do agente público, denotativo de má-fé, pela deslealdade funcional, pelo desvio ético (falta de probidade).

A conduta supracitada, no entanto, não pode ser configuradora de culpa exatamente por ser denotativa de má-fé, o que a torna mais próxima do dolo eventual<sup>6</sup> do que da culpa.

Aumentando o rol dos que defendem a possibilidade de improbidade culposa lesiva ao erário, José dos Santos Carvalho Filho (2010) ressalta que o legislador teve realmente a intenção de punir condutas culposas de agentes que causem dano ao erário, vez que se referiu ao dolo e à culpa também no art. 5º da Lei 8.429/92.

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.

O citado artigo, porém, pode ser interpretado exatamente de forma contrária, ou seja: o ressarcimento integral do dano previsto no art. 5º da Lei 8.429/92 é uma punição subsidiária em caso de lesão ao patrimônio público não configuradora de ato de improbidade administrativa – por exemplo, se a lesão for culposa. Destarte, se a conduta lesiva ao erário, dolosa ou culposa, não configurar improbidade administrativa, terá o agente, ainda assim, a obrigação de ressarcimento integral do dano. Afinal, o disposto no art. 5º da Lei 8.429/92 não configura improbidade administrativa, vez que os atos de improbidade estão descritos no capítulo II, artigos 9º, 10 e 11 da referida lei.

Ao fim, importante lembrar que os defensores da possibilidade de ato ímprobo culposos entendem que para a configuração do mesmo é necessária a culpa grave ou gravíssima (GARCIA; ALVES, 2008; OSÓRIO, 2007; PAZZAGLINI FILHO, 2009).

Culpa gravíssima é quando há ausência de previsão de um evento que poderia ser previsto por qualquer homem normal. Culpa grave é quando não há previsibilidade de um evento que poderia ser previsto por homens diligentes e responsáveis. Culpa leve é quando o evento só poderia

---

<sup>6</sup> No dolo eventual o agente assume o risco de produzir o resultado danoso previsto (DINIZ, 2009).

ser previsto com o emprego de uma diligência incomum, própria daqueles que exercem atividades que pressupõem um maior grau de discernimento (GARCIA; ALVES, 2008).

Como o grau de culpa não está expresso no art. 10 da Lei 8.429/92, entretanto, pouco provável é que o legislador tenha agido com objetivo de punir apenas alguns graus de culpa, ficando patente que mesmo os autores que defendem a improbidade culposa temem que a mesma enseje injustiça e punições desproporcionais.

Assim reconhece Pazzaglini Filho (2009, p. 64): “De se ver que, na realidade, é muito difícil harmonizar em uma atitude ilícita do administrador as marcas simultâneas de improbidade e de culpa.”

#### **4.2 Ausência de cominação específica no art. 12 da Lei 8.429/92 para a modalidade de improbidade culposa**

O art. 12 da Lei 8.429/92 dispõe sobre as penas que o responsável pelo ato de improbidade estará sujeito. Divide-se em três incisos. Destes, destaca-se o inciso II, o qual descreve as sanções que serão impostas ao agente que cometer as condutas descritas no art. 10 da Lei 8.429/92, ou seja, ao agente que cometer ato de improbidade administrativa que cause lesão ao erário:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

Como se observa, embora o art. 10 da Lei 8.429/92 tenha tipificado como improbidade administrativa a conduta dolosa e a conduta culposa, o inciso II do art. 12 não fez distinção ao descrever as sanções que seriam aplicadas a ambas. Contudo, “Deveria fazê-lo. Se excepciona condutas em razão do elemento volitivo, nada mais lógico que excepcionar sanções sob esse mesmo teto referencial.” (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 373).

Nesse sentido, afirma Mattos (2009) que o enquadramento igualitário de ato doloso com ato culposos fere o princípio da razoabilidade. E, assim sendo, ainda que não fosse inconstitucional a conduta culposa descrita no art. 10 da Lei 8.429/92, inconstitucional seriam as punições a ela cominadas, tendo em vista a violação do princípio da razoabilidade. (MATTOS, 2009).

Pazzaglini Filho (2009, p. 148) discorda:

[...] compete ao magistrado, na sentença, motivadamente, impor as sanções, entre as elencadas na LIA, compatíveis e adequadas ao caso *sub judice* e, ao dosimetrar as sanções variáveis, graduá-las com razoabilidade e proporcionalidade ao ato de improbidade administrativa cometido.

No mesmo norte, Fazzio Júnior (2008, p. 374): “Malgrado o descuido legislativo, pensamos que nada impede o juiz de tratar distintivamente quem efetivamente quis agredir o patrimônio público econômico e quem tão-somente negligenciou”. Porém, o próprio Fazzio Júnior (2008, p. 376) reconhece:

Enfim, a inexistência de previsão legal de sanção específica para *os atos de improbidade por assimilação* (condutas culposas equiparados a atos de improbidade) e a diminuta faixa de discricionariedade judicial adotada pela Lei nº 8.429/92 suscitam a possibilidade de que um ato de improbidade culposo contra o erário venha a ser punido com sanções mais elevadas do que um ato de improbidade doloso, sancionado segundo os graus mínimos contemplados nos incisos do art. 12. O trânsito entre o mínimo e o máximo das sanções previstas se processa num trecho muito curto e os critérios de fixação das sanções inscritos no parágrafo único do art. 12 não contribuem para esticar as possibilidades de uma sanção justa para cada caso.

Importante citar o mencionado Parágrafo Único do art. 12 da Lei 8.429/92:

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Como visto, caminham o inciso II e o Parágrafo Único do art. 12 da Lei 8.429/92 no sentido de igualar o dolo e a culpa descritos no art. 10 da mesma lei. “Ao que parece, o legislador infraconstitucional levou longe demais o permissivo da Lei Maior, ausentes proporcionalidade e razoabilidade no dispositivo legal.” (FIGUEIREDO, 2004, p. 103).

Osório (2007), entretanto, apesar de não reconhecer como inconstitucional os tipos culposos de improbidade e suas sanções, concorda que as condutas culposas são, em geral, menos graves que as dolosas, afirmando a necessidade de não se violar o princípio da proporcionalidade:

[...] até mesmo pela percepção das opções legislativas espalhadas pelo ordenamento jurídico, a começar pelo direito penal, as condutas dolosas geralmente merecem censuras mais severas do que as condutas culposas. Daí a necessidade de valorar adequadamente esse elemento, tanto na tipificação da conduta quanto na fixação da pena, seja nos ilícitos administrativos seja nos penais. (OSÓRIO, 2007, p. 272).

O que se percebe é que, embora existam autores que defendam a possibilidade de ato ímprobo culposo e autores que o consideram inconstitucional, todos concordam que deveria a Lei 8.429/92 ter cominado penas diferentes para tal ato. A divergência, neste caso, situa-se no fato de que, para uns, o próprio juiz pode graduar a pena no momento de aplicá-la e, para outros, isso é inadmissível por ferir os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Para o Superior Tribunal de Justiça, embora a Lei 8.429/92 apresente sanções iguais para atos dolosos e culposos que causem lesão ao erário, não está o julgador obrigado a aplicar cumulativamente tais sanções, devendo adequá-las ao caso concreto, nos moldes preconizados pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. É o que se vê no REsp. 980706/RS, item 8:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE DIÁRIAS. ART. 10, CAPUT, DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. MÁ-FÉ. ELEMENTO SUBJETIVO. ESSENCIAL À CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE. SANÇÕES. DOSIMETRIA. CUMULATIVIDADE. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE (ART. 12, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 8429/83). VIOLAÇÃO AO ART. 535. INOCORRÊNCIA.

8. As sanções do art. 12, incisos I, II e III, da Lei nº 8.429/92, não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria; em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que, evidentemente, perpassa pela adequação, necessidade e proporcionalidade estrito senso, aliás, como deixa entrever o parágrafo único do referido dispositivo, a fim de que a reprimenda a ser aplicada ao agente ímprobo seja suficiente à repressão e à prevenção da improbidade. (STJ, REsp 980706/RS (2007/0210742-0). Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 03/02/2011).

Noutro giro, não se pode olvidar que a Lei 8.429/92 provocou uma situação de ampla discricionariedade para o julgador, de modo a permitir, conforme já mencionado por Fazzio Júnior (2008), que um ato culposos seja punido com mais severidade que um ato doloso. E vale lembrar, ainda, segundo Osório (2007), que, através da observação das opções legislativas espalhadas pelo ordenamento jurídico, a começar pelo direito penal, nota-se que as condutas dolosas geralmente merecem censuras mais severas do que as condutas culposas.

Interessante observar também o que dispõe o art. 4º da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro):

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Por conseguinte, deve o juiz, ao aplicar as sanções do art. 12, inciso II da Lei 8.429/92, decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Não o fazendo, estará agindo em desconformidade com a lei.

Assim, submetendo-se hipótese concreta de ato de improbidade derivado de conduta culposa a julgamento, o órgão julgador poderia tanto decidir que as penas previstas na Lei 8.429/92 devem, face à omissão legislativa em dosá-las de forma diferenciada da prevista para conduta dolosa, ser aplicadas com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, quanto decidir que, por ser costume legislativo a previsão de punições distintas para condutas dolosas e culposas, não tendo a Lei 8.429/92 procedido à distinção, não há como punir condutas culposas. Em ambas as decisões, o fundamento seria o mesmo, qual seja o já mencionado art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

## 5 CONCLUSÃO

Como já mencionado, há pontos de vista distintos sobre a possibilidade de conduta culposa caracterizar improbidade. Ambos decorrem de argumentos que giram em torno de duas questões: o significado da palavra improbidade e a ausência de punição específica para o ato ímprobo culposo.

Alegam aqueles que consideram inconcebível a ideia de ato ímprobo culposo (FIGUEIREDO, 2004; MATTOS, 2009; NEIVA, 2005) que o significado da palavra improbidade – desonestidade – pressupõe a presença de dolo, não se coadunando com a conduta culposa. Alegam, ainda, a violação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade pelo art. 12, inciso II da Lei 8.429/92 ao cominar sanções idênticas para atos ímprobos culposos e dolosos.

Noutra senda, os autores que aceitam a presença simultânea de conduta ímproba e culposa arguem que embora semanticamente improbidade seja o mesmo que desonestidade, não é este o significado que a ela deve ser atribuído. Assim, argumenta-se que improbidade significa também ineficiência funcional (OSÓRIO, 2007), que a própria Lei 8.429/92 atribuiu significado diferente a palavra improbidade (GARCIA; ALVES, 2008) e que realmente tinha o legislador a intenção de punir atos culposos (CARVALHO FILHO, 2010). Há, ainda, o argumento de que a desonestidade não pressupõe o dolo (PAZZAGLINI FILHO, 2009), de modo que um resultado involuntário (culposo, portanto) pode ser denotativo de má-fé (desonestidade).

No que tange à ausência de cominação específica para a conduta culposa, alegam que o julgador pode graduar a pena conforme seja o ato cometido com dolo, com culpa grave ou com culpa gravíssima, não devendo ser a culpa leve punida (FAZZIO JÚNIOR, 2008; GARCIA; ALVES, 2008; OSÓRIO, 2007; PAZZAGLINI FILHO, 2009).

Observa-se que aqueles que são contrários à conduta ímproba culposa aceitam como verdadeira a seguinte premissa: a desonestidade pressupõe o elemento dolo.

Lado outro, o posicionamento dos autores que consideram possível a coexistência de improbidade e conduta culposa tem como verdadeiras quatro premissas: 1) o § 4º do art. 37 da CR não objetivou, ao escrever “improbidade”, a semântica de tal palavra; 2) a Lei 8.429/92 ou o ordenamento jurídico como um todo atribuem à palavra improbidade um significado coadunável com a conduta culposa; 3) o significado jurídico atribuído a “improbidade” deve sobrepor-se a semântica da palavra; e 4) apesar de escrita a palavra culposa no art. 10 da Lei 8.429/92, somente a culpa grave ou gravíssima deve ser punida.

Criaram, assim, uma situação de divergência entre a semântica da palavra improbidade e o significado jurídico atribuído à mesma, manifestando-se no sentido de que este é mais importante que aquele.

Bertoncini (2007), no entanto, apresenta um pensamento diferente dos demais. Para esse autor, o significado que a Lei 8.429/92 atribuiu à palavra “improbidade” é condizente com a semântica da mesma. Isso acontece porque no art. 11 da citada lei foi estabelecido um modelo geral de conduta ímproba, a qual compreende a violação simultânea de quatro princípios, ilegalidade, imparcialidade, lealdade e desonestidade. Assim, nos dizeres de Bertoncini (2007), impossível seria cometer qualquer conduta ímproba sem violar tais princípios.

Destarte, pautando-se pela premissa de que a desonestidade pressupõe o dolo, todos os atos de improbidade, seguindo o pensamento de Bertoncini (2007), deveriam ser dolosos. Isso resolveria a questão sem necessidade de se estabelecer um conflito de significados, excluindo-se de vez a possibilidade de atos de improbidade que causem lesão ao erário de forma culposa. Porém, o próprio Bertoncini (2007) apresentou uma contradição ao retirar, dos atos que causam lesão ao erário, a necessidade de violar o princípio da desonestidade.

Assim, fazendo-se uma correção ao pensamento de Bertoncini (2007), retirando-lhe a exceção referente aos atos que causam lesão ao erário, temos o seguinte: os atos que causam lesão ao erário de forma culposa não devem ser incluídos dentre os atos de improbidade administrativa por não violarem o princípio da desonestidade, vez que este pressupõe a existência de conduta dolosa. Nesse caso, seria o agente público infrator obrigado a ressarcir o erário, nos termos do art. 927 do Código Civil.

De tal forma, resolve-se, inclusive, a questão das cominações indistintas descritas no inciso II do art. 12 da Lei 8.429/92, sem ter, para isso, que pressupor a habilidade do julgador para graduá-las.

Vale ressaltar que a própria Lei 8.429/92, ao cominar penas para os atos de improbidade sem distinguir dolo de culpa, pareceu esboçar que aquele que comete ato lesivo ao erário de forma culposa deveria apenas reparar o dano, visto que tal ato não é considerado improbidade. Assim, o que procurou a Lei 8.429/92 foi garantir, no mínimo, o ressarcimento pelos danos, independente de culpa ou dolo na infração cometida.

Analisando, por fim, os pensamentos citados, nota-se o seguinte: para considerar o ato lesivo ao erário como ilícito civil é necessário suportar um menor número de premissas do que para considerá-lo um ato de improbidade administrativa. Nesse sentido, vale trazer aqui um princípio filosófico amplamente utilizado na metodologia científica, chamado de Navalha de Occam.

Tal princípio nos ensina a escolher a mais simples dentre duas teorias que explicam os dados com igual eficiência, sendo considerada mais simples a teoria explicativa que implique no menor número de premissas assumidas. (SAGAN, 1996).

No caso em tela, menos premissas são necessárias para se propor a teoria que considera o ato que causa lesão ao erário como um ilícito civil. Isso não torna a teoria verdadeira, mas a mais

difícil de ser falseada, vez que seu número de pressuposições é menor que a teoria que considera o ato lesivo ao erário como um ato de improbidade administrativa.

## REFERÊNCIAS

BERTONCINI, M. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988. In: **Vade Mecum**. 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição Política do Império do Brasil**, 25 de março de 1824. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm) >. Acesso em: 08 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm) >. Acesso em: 08 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 16 de julho de 1934. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm) >. Acesso em: 08 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, 10 de novembro de 1937. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm) >. Acesso em: 08 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, 18 de setembro de 1946. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm) >. Acesso em: 08 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1967. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm) >. Acesso em: 08 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3164**, de 1º de junho de 1957. Disponível em: < [http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=3164&tipo\\_norma=LEI&data=19570601&link=s](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=3164&tipo_norma=LEI&data=19570601&link=s) >. Acesso em: 08 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3502**, de 21 de dezembro de 1958. Disponível em: < [http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=3502&tipo\\_norma=LEI&data=19581221&link=s](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=3502&tipo_norma=LEI&data=19581221&link=s) >. Acesso em: 08 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. In: **Vade Mecum**. 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 4.657, de 4 e setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. In: **Vade Mecum**. 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Responsabilidade de prefeito. Contratação de pessoal sem concurso público. Ausência de prejuízo. **REsp 213.994/MG (1999/00411561-2)**, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Rel. Ministro Garcia Vieira, Brasília, 17 de agosto de 1999. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%28%22GARCIA+VIEIRA%22%29.min.%29+E+%28%22Primeira+Turma%22%29.org.&data=%40DTPB+%3E%3D+19990927+e+%40DTPB+%3C%3D+19990927&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=16#>>. Acesso em: 13 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo e processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Improbidade administrativa. Lei n. 8.429/92. Pretensão de que a corte de origem rejulgue os fatos enquadrados no art. 11 da lei de improbidade administrativa, ao fundamento de que o rejuízo do que pertine ao art. 10 da referida lei força nova análise de todos os fatos. Impossibilidade. Súmula n. 7 do stj. **AgRg no REsp 1177579/PR**, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 16 de agosto de 2011. Disponível: em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22BENEDITO+GON%C7ALVES%22%29.min.&data=%40DTDE+%3E%3D+20110816+e+%40DTDE+%3C%3D+20110816&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=12#>>. Acesso em: 13 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Apropriação indevida de diárias. Art. 10, caput, da lei 8.429/92. Ausência de dano ao erário. Má-fé. Elemento subjetivo. Essencial à caracterização do ato de improbidade. Sanções. Dosimetria. Cumulatividade. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (art. 12, parágrafo único da lei 8429/83). Violação ao art. 535. Inocorrência. **REsp 980706/RS (2007/0210742-0)**, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 03 de fevereiro de 2011. Disponível: em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%28%22LUIZ+FUX%22%29.min.%29+E+%28%22Primeira+Turma%22%29.org.&data=%40DTDE+%3E%3D+20110203+e+%40DTDE+%3C%3D+20110203&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=9>>. Acesso em: 12 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil e administrativo. Improbidade. Contrato. Dispensa ilegal de licitação. Fundamento não atacado. Súmula 283/STF. Elemento subjetivo. Indenização. Art. 59 da lei 8.666/1993. Boa-fé não constatada pela instância ordinária. Súmula 7/STJ. **AgRg no Ag 1376614 / SP**, da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Agravante: Leão e Leão Ltda. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 15 de setembro de 2011. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre+=1376614+&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre+=1376614+&b=ACOR)>. Acesso em: 14 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Obras de canalização da rede de esgoto. Projeto básico. Desconformidade com as necessidades reais. Favorecimento. Participação do autor do projeto na execução da obra. Danos ao patrimônio público. **Apelação Cível 1.0521.01.015218-4/001**, Relatora: Desembargadora Heloísa Combat. Belo Horizonte, 17 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do>>. Acesso em: 13 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Direito constitucional e administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Uso de veículo oficial. Não comprovação de conduta dolosa. **Apelação Cível 5022874-42.2010.404.7000**, 3ª Turma, Relator: Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva, julgado em 25 de abril de 2012. Disponível em: < [http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado\\_pesquisa.php](http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php)>. Acesso em: 13 jun. 2012.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, F. **Lei 8.429/92 Improbidade administrativa comentada e explicada para concursos**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Brasília, DF: Ed. Autodidata, 2009.

FAZZIO JÚNIOR, W. **Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FIGUEIREDO, M. **Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade administrativa**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MATTOS, M. R. G. de. **O limite da improbidade administrativa: o direito dos administradores dentro da Lei nº 8.429/92**. 4. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

NEIVA, J. A. L. **Improbidade administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar**. Niterói: Impetus, 2005.

OSÓRIO, F. M. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. São Paulo: Revista os Tribunais, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, M. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SAGAN, C. **O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

VAZ, V. A. (Coord.). **Manual de normalização de trabalhos acadêmicos**. 3. ed. rev. e atual. Formiga: UNIFOR-MG, 2010.