

O ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

THE SUBJECTIVE ELEMENT OF THE ACT OF ADMINISTRATIVE DISHONESTY

Rodrigo Leite Ferreira Cabral¹

RESUMO

O presente artigo aborda a questão relativa ao elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa, buscando fazer uma proposta de como deve tal elemento ser interpretado. Para tanto, utiliza-se como ponto de referência um julgado do Superior Tribunal de Justiça, para, com base nele, analisar a gramática do dolo e da imprudência na improbidade administrativa.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Elemento Subjetivo. Dolo. Culpa. Imprudência. Má-fé. Prova do Dolo.

ABSTRACT

This article addresses the question of the subjective element of the administrative dishonesty act, trying to offer a proposal of how this element should be interpreted. In order to do that, it's used a sentence of the Brazilian Superior Court of Justice as a reference, as a background of the discussion over the grammar of intention and negligence in the act of administrative dishonesty.

Keywords: Administrative Dishonesty. Subjective Element. Intention. Negligence. Recklessness. Bad Faith. The Proof of the Intention.

¹ Doutor em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidade Pablo de Olavide (Sevilha/Espanha). Mestre em Criminología y Ciencias Forenses pela mesma instituição. Foi pesquisador-visitante do Max-Planck-Institut para Direito Penal Estrangeiro e Internacional em Freiburg/Alemanha. É Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. *E-mail*: rodrigo_cabral@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho é analisar o tema do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa a partir da análise crítica de um julgado de Tribunal superior.

O julgado escolhido foi o REsp 951.389/SC do Superior Tribunal de Justiça, pois tem duas características que se reputam bastante adequadas para este trabalho: (i) tem qualidade técnica, o que permite um melhor aprofundamento teórico no debate; (ii) trata, ainda que incidentalmente, de quase todos os temas importantes a respeito das formas de imputação subjetiva com base na Lei de Improbidade Administrativa.

A ementa do julgado tem o seguinte teor, transcrito apenas na parte em que interessa:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE SEM LICITAÇÃO. ATO ÍMPROBO POR ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES.
[...]

2. Conforme já decidido pela Segunda Turma do STJ (REsp 765.212/AC), o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico.

3. Para que se concretize a ofensa ao art. 11 da Lei de Improbidade, revela-se dispensável a comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou a caracterização de prejuízo ao Erário.

4. In casu, a conduta dolosa é patente, *in re ipsa*. A leitura do acórdão recorrido evidencia que os recorrentes participaram deliberadamente de contratação de serviço de transporte prestado ao ente municipal à margem do devido procedimento licitatório. O Tribunal a quo entendeu comprovado o conluio entre o ex-prefeito municipal e os prestadores de serviço contratados, tendo consignado que, em razão dos mesmos fatos, eles foram criminalmente condenados pela prática do ato doloso de fraude à licitação, tipificado no art. 90 da Lei 8.666/1993, com decisão já transitada em julgado.

5. O acórdão bem aplicou o art. 11 da Lei de Improbidade, porquanto a conduta ofende os princípios da moralidade administrativa, da legalidade e da impessoalidade, todos informadores da regra da obrigatoriedade da licitação para o fornecimento de bens e serviços à Administração.²

No presente artigo se trabalhará com três eixos principais de abordagem: (i) a gramática da imputação subjetiva na improbidade administrativa; (ii) o dolo; e (iii) a culpa.

² STJ – REsp 951389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011.

1 A GRAMÁTICA DA IMPUTAÇÃO SUBJETIVA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei de Improbidade Administrativa faz, por duas vezes, referência às modalidades de imputação subjetiva: dolo e culpa. No art. 5º, afirma que o ressarcimento integral do dano se dará quando houver lesão ao patrimônio público por “ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro”. Já no art. 10, que tipifica os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, consta que eles podem decorrer de “qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa”.

Considerando que a Lei de Improbidade Administrativa inaugura um novo sistema de proteção ao princípio republicano e não traz propriamente um conceito legal dessas modalidades de imputação, a questão óbvia que surge é: afinal, o que é dolo ou culpa na improbidade administrativa?

Não se tem dúvidas que os juristas positivistas de pronto irão buscar alguma norma legal em que há a conceituação de dolo ou culpa e, com base em tais dispositivos, utilizar métodos interpretativos, tais como o método gramatical, exegético ou teleológico³ para tentar justificar a aplicação à Lei de Improbidade Administrativa do conceito de dolo e culpa deles extraído.

Essa concepção, sem dúvida nenhuma, decorre de uma visão equivocada do direito, partidária da superada filosofia da consciência, em que se acredita que os conceitos devem materializar a melhor descrição possível daquilo que é conceituado, como se fossem um “espelho da natureza”, em uma “montagem de representações exatas”⁴.

Para o positivismo lógico, como afirma Vives Antón:

o significado se reduz à sintaxe e experiência: uma proposição bem construída sintaticamente é verdadeira se coincide com os fatos, e falsa em caso contrário. Mas, se se refere a coisas que não estão no mundo – que não são fatos –, então não são nem verdadeiros, nem falsos: simplesmente, carecem de sentido ou, quando menos, se se adota o ponto de vista do “Tractatus”, pertence ao que não se pode dizer, o inefável.⁵

Assim, não há dúvidas, que o primeiro desafio para a compreensão do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa é examinar como podemos identificar o significado de dolo e culpa na responsabilização por ato de improbidade administrativa.

³ Uma análise crítica a respeito desses métodos tradicionais, já foi apresentado em outro lugar: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; HALLVASS FILHO, L. C. Técnicas de interpretação da lei penal. In: BUSATO, P. C. (Org.). **Direito penal baseado em caso: fundamentos de direito penal**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 258-269.

⁴ RORTY, R. **A filosofia e o espelho da natureza**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 169.

⁵ VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 402.

O melhor caminho para essa tarefa, nos parece, é oferecido pela filosofia da linguagem.

Foi Wittgenstein quem, em seu livro *Investigações filosóficas*, quebrando toda uma tradição da filosofia da consciência, propôs que o significado das palavras fosse identificado, não pela melhor descrição do seu objeto à moda positivista, no sentido de que significado funciona como uma figura (teoria pictórica) daquilo que ocorre na realidade, mas sim com base na ideia de que é o uso público, contextual e intersubjetivo (palavra como ferramenta) que melhor expressa corretamente o seu significado.

Assim, as palavras não partem do nada, de uma tábula rasa, há por detrás delas uma tradição que lhes dá sentido, que é justamente esse uso público e contínuo a que Wittgenstein faz referência.

Daí porque é fundamental identificar a gramática da imputação subjetiva na improbidade, é dizer, identificar os usos linguísticos que dão sentido e fundamento às ideais de culpa e dolo na improbidade.

Isso porque, são justamente as regras gramaticais que estabelecem os “padrões para o uso correto de uma expressão, que ‘determinam’, seu significado; dar o significado de uma palavra é especificar sua gramática”⁶.

O “conceito”⁷ de dolo e culpa depende, pois, de qual gramática é a mais adequada a sustentar o significado de tais expressões, pois, afinal, como afirma Glock, com base na teoria de Wittgenstein:

O sentido de uma proposição é determinado por seu lugar no sistema gramatical, no sentido de que este determina suas relações lógicas com outras proposições (PG 152-3). A gramática de uma língua é o sistema global de regras gramaticais, das regras constitutivas que a definem, pela determinação daquilo que faz sentido dizer ao usá-la (PR 51; LWL 46-59; PG 60, 133, 143; PI §496).⁸

No direito brasileiro existem dois grandes sistemas gramaticais que podem, pois, dar suporte significativo ao conceito de dolo e culpa para improbidade administrativa,

⁶ GLOCK, H.-J. **Dicionário Wittgenstein**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998, p. 193.

⁷ Como corretamente explica Vives Antón, o uso da palavra *conceito* é inadequado, pois relevador de uma visão pictórica do significado: “Segundo a velha terminologia escolástica, conceito é um conjunto de características comuns a um gênero. Esse uso de ‘conceito’, inaplicável por definição às ações, segundo já disse no livro *Fundamentos do Sistema Penal* e que se mostrará depois, ainda, sobrevive no âmbito da teoria da ação, tratada como uma espécie de genus *proximum*, cujas distintas espécies podem ser identificadas mediante a correspondente *differentia*. Creio ter demonstrado à saciedade, que um conceito assim é impossível. Por isso falo de concepção significativa, referindo-me assim a um ponto de vista do qual as distintas ações aparecem unidas por uma série de parentescos, por um parecido de *família*, que não pode ser definido” – VIVES ANTÓN, T. S. Estudio preliminar. In: RAMOS VÁZQUEZ, J. A. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 47.

⁸ GLOCK, H.-J. Op. cit., p. 193.

considerando que, como foi visto, a Lei de Improbidade Administrativa não funda uma nova gramática, pelo menos, nesse tema.

Nesse sentido, existem as concepções de dolo e culpa do Direito Civil e do Direito Penal.

A questão é, pois, verificar qual desses dois sistemas de referência é mais adequado para fundamentar a imputação subjetiva dos atos de improbidade administrativa.

O Código Civil traz, basicamente, duas regências sobre o dolo e culpa: (i) o direito de regresso da administração, com relação ao agente público que pratica dano por dolo ou culpa (CC, art. 43); (ii) o dolo – não havendo referência à culpa – como forma de defeito dos negócios jurídicos (CC, art. 145 a 150)⁹.

Para o Direito Civil, o dolo como fundamento do vício do ato administrativo tem o seguinte sentido, nas palavras de Pontes de Miranda: “*Dolus Malus* – Dolo, causa de não validade dos atos jurídicos, é o ato, positivo, ou negativo, com que, conscientemente, se induz, se mantém, ou seja confirma outrem em representação errônea”¹⁰.

Assim, pode-se verificar que o nosso Código Civil não traz propriamente o dolo como forma de imputação, mas sim como uma forma de vício de um negócio jurídico, um verdadeiro *dolus malus*, como apontado por Pontes de Miranda.

Ademais, o principal eixo de referência do Direito Civil não é sancionatório, ainda que, evidentemente, apresente rasgos nesse sentido¹¹.

Por outro lado, a teoria penal é rica no debate acerca de como é possível fazer uma imputação subjetiva justa.

O Direito Penal tem se ocupado há mais de séculos da tarefa de descobrir e definir o que efetivamente pode ser atribuído a uma pessoa como obra e responsabilidade sua.

⁹ Há, ainda, referência ao dolo nos seguintes dispositivos do Código Civil, mas que guardam a mesma referência ao dolo como espécie de vício de vontade: art. 48, parágrafo único; art. 171, II; 178, II, 180; 353; 392; 400; 403; 451; 458; 461; 557, I; 561 (esses dois últimos fazem referência ao dolo penal); 633; 762; 786, §1º; 814; 849; 1.078, §3º; 1.177, parágrafo único; 1.235; 1.752; 1.814 (também trata do dolo penal); 1.909 e 2.020.

¹⁰ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**: parte geral, Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 443. Assim, também, vide: RODRIGUES, S. **Direito civil**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 194-195. VENOSA, S. de S. **Direito civil**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 407-409.

¹¹ Assim, também, é posição externada pelo voto-vencido: “Ocorre que o foco desse ramo do Direito não é a punição do ato ilícito, mas a indenização pelos danos dele advindos (seja a título patrimonial, moral ou estético) – inclusive, esse também é o foco do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81. [...] Ora, a sistemática indenizatória em nada se assemelha à sistemática punitiva do microsistema de proteção à moralidade administrativa. O ilícito civil é o de gradação mais branda entre os três tipos possíveis (penal, civil e administrativo)” (MARQUES, M. C. Voto-vista: STJ – REsp 951389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011, p. 26-27).

Daí porque, não parece haver dúvida, que a gramática mais adequada para ser utilizada na imputação subjetiva do ato de improbidade administrativa é a gramática do Direito Penal e de sua teoria do delito.

E é justamente aqui que se começa a examinar algumas conclusões do julgado aqui comentado.

O voto-vencedor do Ministro Herman Benjamin (acompanhado pela Ministra Eliana Calmon) sustenta que a gramática do dolo a ser empregada na improbidade administrativa é a do Direito Administrativo sancionador.

O Ministro Benjamin faz a diferenciação entre o dolo penal e o dolo administrativo com base na doutrina de Fábio Medina Osório, que afirma que “o dolo não é necessariamente a má-fé”¹².

Assim, conclui o Min. Benjamin que

o dolo reside na simples consciência e vontade de praticar determinada conduta, comissiva ou omissiva, que não se coadune com os princípios administrativos e com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.¹³

Ocorre, porém, que, com o devido respeito, o Ministro parte de premissas inadequadas para chegar a uma conclusão correta. O dolo penal, na atualidade, como se verá adiante, não guarda mais qualquer relação com a ideia de má-fé.

O conceito de dolo do direito administrativo sancionador, apresentado pelo Ministro Benjamin, é justamente o conceito de dolo do Direito Penal, uma vez que, até onde se sabe, o direito administrativo não possui uma gramática própria a ponto de trazer um novo conceito de dolo distinto do penal ou do civil.

A fundamentação que nos parece mais adequada, assim, é a apresentada pelo Ministro Mauro Campbell Marques, no seu voto-vencido, que chega à mesma conclusão que aqui se pretende alcançar: a gramática da improbidade administrativa, em tema do dolo, é a do Direito Penal.

Veja-se o que afirma o Ministro no seguinte excerto de seu voto, que, nessa parte, é irretocável:

¹² OSÓRIO, F. M. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 333, apud HERMAN BENJAMIN. Voto-vencedor: STJ – REsp 951389/SC, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011, p. 11-12.

¹³ HERMAN BENJAMIN. Voto-vencedor: STJ – REsp 951389/SC, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011, p. 12.

Há uma realidade inegável no ordenamento jurídico brasileiro, por cima da qual não podemos passar: existe um microsistema de proteção à moralidade administrativa, iniciado já antes da promulgação da Constituição da República de 1988 e por ela perpetuado e reforçado. Esse microsistema é formado basicamente pelas Leis n. 4.717/65 (Lei de Ação Popular – LAP), 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública – LACP), pela Constituição da República de 1988 (CR/88) e 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA).

Esse microsistema normativo traz sanções de especial gravidade para os agentes públicos que eventualmente incidirem nas condutas tipificadas em suas prescrições. Em razão dessa peculiaridade, penso que há uma aproximação inegável deste conjunto de normas com o Direito Penal, formando o que se denomina usualmente de direito administrativo sancionador.

Não estou dizendo aqui, entenda-se bem, que todas as regras e os princípios atinentes ao Direito Penal possam ser aplicados, sem qualquer tempero, às ações constitucionais de proteção à moralidade. Não é isso. Esse entendimento, inclusive, é fortemente combatido pela doutrina administrativista, que defende a separação das esferas cível, administrativa e penal.

As sanções da Lei de Ação Popular, da Lei de Ação Civil Pública e da Lei de Improbidade Administrativa não têm caráter penal, mas formam o arcabouço do direito administrativo sancionador, de cunho eminentemente punitivo, fato que autoriza trazeremos à baila a lógica do Direito Penal, ainda que com *granus salis*. É razoável pensar, pois, que pelo menos os princípios relacionados a direitos fundamentais que informem o Direito Penal devam, igualmente, informar a aplicação de outras leis de cunho sancionatório.¹⁴

Com efeito, tendo em conta os contornos da imputação por ato de improbidade administrativa e sua “semelhança de família”¹⁵ com o Direito Penal, não se tem a menor dúvida em afirmar que a gramática – a teoria da imputação subjetiva – criminal, é onde se deve buscar o pano de fundo teórico para uma melhor compreensão dos elementos subjetivos do ato de improbidade administrativa¹⁶.

¹⁴ MARQUES, M. C. Voto-vista: STJ – REsp 951389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011, p. 23-24.

¹⁵ Para Wittgstein não há um critério único e geral para as definições, sendo que o único critério identificador para tanto é a existência de uma “semelhança de família”. Nesse sentido, veja-se o que afirma Glock: “Quando ‘olhamos e vemos’ se todos os jogos possuem algo de comum, notamos que se unem, não por um único traço definidor comum, mas por uma complexa rede de semelhanças que se sobrepõem e se entrecruzam, do mesmo modo que os diferentes membros de uma família se parecem uns com os outros sob diferentes aspectos (compleições, feições, cor dos olhos, etc.). O que sustenta o conceito, conferindo-lhe unidade, não é um ‘fio único’ que percorre todos os casos, mas, por assim dizer, uma sobreposição de diferentes fibras, como em uma corda (BB 87; PG 75)” (GLOCK, H.-J. Op. cit., p. 324-325).

¹⁶ A essa conclusão, também, parece ter chegado a doutrina especializada sobre o tema, ao empregar conceitos tipicamente de direito penal, para a caracterização dos conceitos de dolo e culpa no ato de improbidade administrativa, como, por exemplo: BERTONCINI, M. **Ato de improbidade administrativa:**

Nunca é demais, porém, advertir – uma vez que sempre existem tentativas de fazer vinculações equivocadas entre o Direito Penal e a Improbidade Administrativa, nem sempre imbuídas de um objetivo de aprimoramento do microsistema de tutela da probidade, como, por exemplo, a tentativa de se reconhecer o foro especial por prerrogativa de função ou mesmo o princípio da tipicidade estrita também na improbidade – que o uso da gramática penal da imputação subjetiva não quer significar, nem de longe (e isso seria um equívoco primário), que a repressão aos atos de improbidade administrativa tem natureza criminal.

2 O DOLO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 A SUPERACÃO DA TEORIA DO *DOLUS MALUS* (DOLO NÃO É MÁ-FÉ)

A origem da concepção jurídica do dolo (do grego *δολος*) é o direito civil romano, que, posteriormente, foi trasladada para a imputação jurídico-penal. Assim, o Direito Romano também passou a adotar essa figura jurídica (*criminelle dolus*), que era caracterizada pela má intenção, má-fé, em suma: uma vontade maldosa dirigida a uma lesão. O Direito Penal romano adotava, assim, o denominado *dolus malus*¹⁷.

Conforme aponta Roxin,

até 1930 era dominante na ciência jurídica a denominada teoria do dolo, segundo a qual o dolo pressupõe conhecer as circunstâncias do fato e além disso a consciência do injusto; esse *dolus malus* era considerado como forma da culpabilidade (pertencente à parte interna do fato).¹⁸

Foi justamente a discussão a respeito da composição do dolo, se era integrado, também, pela consciência da antijuridicidade ou se este elemento fazia parte apenas do

15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 153; OLIVEIRA, A. A. A Tormentosa abordagem do elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa. In: OLIVERA, A. A.; CHAVES, C.; GHIGNONE, L. **Estudos sobre improbidade administrativa em homenagem ao Prof. J. J. Calmon de Passos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 70-71; OLIVEIRA, R. P. O. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 272-280; OSÓRIO, F. M. **Teoria da improbidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 245-249; GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 280-284. Já Fazzio Junior traz um conceito dolo mais vinculado à ideia de ato administrativo: FAZZIO JUNIOR, W. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 300-301.

¹⁷ REIN, W. **Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus**. Leipzig: Köhler, 1844, p. 151.

¹⁸ Conforme: ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 210.

extrato da culpabilidade é que gerou uma das maiores polêmicas do Direito Penal moderno, protagonizadas, de um lado, por Welzel (finalismo) e, de outro, por Mezger (causalismo)¹⁹.

Apesar disso, atualmente, é praticamente unânime em nossa doutrina penal a conclusão de que: “dolo não é *dolus malus (dolo culpável)*” e que a “culpabilidade é um juízo valorativo que recai sobre a conduta dolosa”²⁰, sendo que a consciência da antijuridicidade do ato não é um dos elementos necessários para a caracterização do dolo.

E é justamente neste momento que se chega a uma importante conclusão com relação ao dolo e à responsabilização por ato de improbidade administrativa: o dolo da improbidade não se confunde com o *dolus malus*, o dolo da improbidade não depende da existência de má-fé do agente público, ou seja, não tem como um dos seus elementos a potencial consciência da ilicitude.

Aqui concorda-se com a importantíssima conclusão do Ministro Benjamin, no sentido de que, para a caracterização do dolo na improbidade administrativa: “Pouco importa se o agente atua com intenção específica de violar a lei ou com outra especial finalidade”²¹.

¹⁹ Veja-se que essa discussão, no fundo, possivelmente teve objetivos muito menos nobres que uma mera discussão acadêmica. Como pontua Muñoz Conde, a discussão, provocada por Mezger, aparentemente tinha muito mais por objetivo criar uma cortina de fumaça, tentando fazer esquecer o passado nazista de Mezger, *verbis*: “Em 1950, [Mezger] publicou seu único ensaio científico depois da guerra: ‘*Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*’. Uma espécie de reconciliação com a dogmática jurídico-penal, que, na realidade, nunca havia abandonado (cf. *Infra V*), mas à que agora dava uma dimensão tão abstrata e filosófica que custa reconhecer nela o Mezger pedagógico dos manuais e inclusive do Tratado. Ademais, aproveita esta monografia para desencadear uma ácida polêmica sobre o conceito ontológico de ação com base na Teoria do Delito e sobre a posição sistemática nesta do dolo, contra Hans Welzel, um penalista muito mais jovem que ele e que já se havia distinguido por algumas publicações de caráter filosófico jurídico e por haver publicado um breve manual no que expõe a Teoria do Delito desde o ponto de vista de um conceito ontológico final de ação, que, entre outras coisas, o leva a situar sistematicamente o dolo na tipicidade como parte integrante do tipo subjetivo. [...] Se, já aos seus 67 anos, o fez [a crítica à Welzel] para buscar um tema suficientemente abstrato e ideologicamente descomprometido que pudesse servir para ocultar seu recente passado nazista, ou se o fez por estar realmente convencido da necessidade de propor o novo Direito sobre estas base e premissas ontológicas, é algo que não posso provar, mesmo que sim tenha minha opinião a respeito, que creio poder-se deduzir objetivamente comparando o que havia escrito antes com o que escrevi agora, mas, em todo caso, não é agora o objetivo principal deste trabalho” (MUÑOZ CONDE, F. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 256-257).

²⁰ ZAFFARONI, E. R. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 312. Nas palavras do próprio Welzel: “A teoria do dolo não adverte que o dolo não é uma parte integrante, mas sim objeto da reprovabilidade e, por isso, pertence já à ação e ao tipo do injusto, enquanto que a consciência da antijuridicidade é só um elemento da reprovabilidade” (WELZEL, H. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires/Montevideo: B. de F., 2004, p. 166).

²¹ HERMAN BENJAMIN. Voto-vencedor: STJ – REsp 951389/SC, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011, p. 12.

Assim, com essa posição vencedora²², supera-se uma equivocadíssima posição jurisprudencial, que exigia, para a caracterização do dolo na improbidade administrativa, a existência de má-fé do agente público, ou seja, adotava um *dolus malus* totalmente alheio a qualquer gramática de imputação de atos ilícitos adotada em nosso sistema atual.

De tal maneira, vale repetir, o dolo na improbidade nada tem a ver com má-fé. Assim, o agente público que subtrai dinheiro público para dar às pessoas carentes (ou seja, com boa-fé) comete, sim, ato de improbidade doloso. O agente que viola a licitação para beneficiar empresas locais e assim fomentar o emprego local age, sim, com dolo.

O problema é que a jurisprudência, muitas vezes, utiliza-se desse imaginário requisito da má-fé como forma de tornar a atuação judicial justa²³, evitando-se a imposição das penas previstas na Lei n. 8.429/92 em decorrência de meras ilegalidades, sem qualquer transcendência.

Ocorre, porém, que tal expediente é um equívoco teórico muito grave e causa grande prejuízo sistêmico ao combate à corrupção.

Não há dúvidas que meras irregularidades não podem configurar atos de improbidade administrativa. O fundamento para tal conclusão, porém, é a necessidade da existência de um conceito material de improbidade administrativa, em que se exige a efetiva violação a um bem jurídico protegido normativamente. Isso nada tem a ver com a existência ou não de dolo. Tem a ver com a ausência de violação material da norma, concepção essa que já vem sendo, de há muito, defendida pela doutrina sobre a improbidade²⁴ e largamente aceita e desenvolvida na doutrina penal²⁵.

Talvez esses equívocos decorram de uma má compreensão – e mesmo um mau desenvolvimento – da teoria do dolo em nosso país.

Resumindo, para deixar bem claro: (i) o dolo na improbidade administrativa nada tem a ver com má-fé; (ii) a necessidade de um conteúdo material para a configuração do

²² A rigor essa tese foi unânime, pois defendida pelos vencedores Herman Benjamin e Eliana Calmon, bem como pelo vencido Mauro Campbell Marques, que adotou a concepção que o dolo da improbidade é o dolo penal, ou seja, não é o *dolus malus* e, portanto, não se confunde com má-fé.

²³ É bem verdade que em muitos outros casos, a exigência da comprovação da má-fé se presta muito mais para justificar uma atitude complacente com atos desonestos, o que é facilitado pela grande manipulabilidade do conceito de má-fé e de uma visão psicológica do dolo.

²⁴ Por exemplo: OLIVEIRA, R. P. O. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 238-242.

²⁵ Trazendo um apanhado sobre a evolução do conceito de bem jurídico: GRECO, L. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato** (com adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ato de improbidade administrativa, da mesma forma, nada tem a ver com a figura do dolo, devendo ser exigida uma violação ao bem jurídico para a caracterização de um ato ímprobo.

Assentadas essas premissas iniciais, tentar-se-á, no próximo capítulo, passar em revista, ainda que rapidamente, as principais teorias sobre o dolo.

2.2 A CONCEPÇÃO DE DOLO NA IMPROBIDADE

Na evolução do conceito de dolo, uma vez superada a fase romana do *dolus malus*, sobrevieram teses acerca do dolo propostas pelos glosadores e posglosadores, como a teoria do *dolus generalis*, a doutrina Bartoli e a do *dolus indirectus*²⁶.

A disputa relevante, porém, entre as teorias do dolo no Direito Penal aconteceu entre as chamadas teorias da vontade e da representação.

Enquanto a teoria da vontade defendia que há dolo “quando o resultado foi querido”²⁷ pelo agente, a teoria da representação, defendida principalmente por Von Liszt, propunha como ponto central para a caracterização do dolo “a prevalência da representação que o sujeito faz do resultado, ou seja, dentro do elemento cognitivo, o que foi representado pelo autor”²⁸.

Assim, a teoria da vontade valoriza mais o elemento volitivo, enquanto que a teoria da representação o elemento cognitivo do dolo.

Da teoria da vontade, é importante frisar, desenvolveu-se uma série de subteorias com o objetivo principal de dar uma explicação plausível para a fundamentação do dolo eventual.

Como bem pontua Puppe:

Para a teoria da vontade, o dado psíquico que, no dolo direto de segundo grau e no dolo eventual, deve substituir a vontade é descrito como estar de acordo (BGHSt 14, 240), “acolher em sua vontade” (RGSt 26, 243, 33, 45, 62, 159 [160]; 72, 36 [46]; Blei AT § 32 III), assunção do risco (RG 59, 3; 67, 425; 76, 115 [116], Baumann/Weber/Mitsch AT §20 nm. 48), aprovação (RGSt 72, 36 [43]; 76, 115) ou aprovação em sentido jurídico (BGHSt 7, 363 [369]; NJW 1963, 2236 [2237], NJW 1968, 660 [661]; MDR 1980, 812 (em Holtz); StV 1985, 100). Mas todos esses conceitos são usados com a mesma ambiguidade

²⁶ ENGELMANN, W. **Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung**. Aalen: Scientia Verlag, 1965, p. 53/104.

²⁷ HIPPEL, R. von. **Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit**. Leipzig: Hirzel, 1903, p. 133.

²⁸ BARJA DE QUIROGA, J. L. **Tratado de derecho penal**. Cizur Menor: Civitas; Thomson Reuters, 2010, p. 472.

que o conceito de vontade. Eles são introduzidos no conceito de dolo como descrições de uma real disposição interna do autor em relação ao resultado.²⁹

Por outro lado, a teoria da representação também influenciou a criação de novas teorias, em especial a teoria da probabilidade (que propugnava que o dolo era a representação de um resultado provável) e da possibilidade (em que se exigia que o resultado fosse antevisto pelo agente como possível).

Todas essas teorias são classificadas num grande grupo denominado *teorias volitivas*, que são aquelas em que se exige para a configuração do dolo dois elementos: o elemento cognitivo e o elemento volitivo. Atualmente as teorias volitivas são majoritárias e adotam o conceito de dolo como: *consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo penal*.

Apesar disso, as teorias volitivas hoje em dia vêm sofrendo sérias críticas, a ponto de já existir, no Direito Penal, um movimento respeitável, ainda que minoritário, de teorias que defendem que o dolo é composto apenas pelo elemento cognitivo. Essas teses, por sua vez, são classificadas no grupo denominado *teorias cognitivas*, sendo possível citar como seus defensores, Frisch³⁰, Puppe³¹, Herzberg³², Schmidhäuser³³, Jakobs³⁴ entre outros, cuja análise, por motivos óbvios, não pode ser feita em um trabalho como este³⁵.

Em que pese toda essa discussão, partindo-se de uma perspectiva pragmática, parece importante que, neste momento – além de afastar a ideia de dolo com a de má-fé e de noticiar a discussão existente na teoria do dolo do Direito Penal – focar em um dos principais problemas da teoria da imputação subjetiva: a prova do dolo.

²⁹ PUPPE, I. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 37.

³⁰ FRISCH, W. **Vorsatz und Risiko**. Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns Verlag, 1983.

³¹ PUPPE, I. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004; PUPPE, I. Der Vorstellungsinhalt des dolus eventuales. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, v. 103, n. 1, 1991.

³² HERZBERG, R. D. **Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit**: ein Problem des Objektiven Tatbestandes, Jus 1986.

³³ SCHMIDHÄUSER, E. Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (“dolus eventuales” und bewusste Fahrlässigkeit). **Juristische Schulung**, p. 241-252, 1980.

³⁴ JAKOBS, G. Gleichgültigkeit als Dolus Indirectus. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v. 114, n. 3, jan. 2002, p. 594.

³⁵ Sobre o tema já discorri algo, ainda que de modo superficial, em: CABRAL, R. L. F. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, P. C. (Org.). **Dolo e direito penal**: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 121-126. Para uma análise mais profunda sobre as teorias volitivas e cognitivas, veja-se: DÍAZ PITA, M. del M. **El dolo eventual**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994; RAGUÉS I VALLÉS, R. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: J. M. Bosch, 1999; PÉREZ BARBERÁ, G. **El dolo eventual**: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

2.3 A PROVA DO DOLO NA IMPROBIDADE (*DOLUS EX RE*)

É quase um consenso entre as teorias modernas do dolo que a prova do dolo não se faz por meio da investigação de inacessíveis estados mentais. Essa crítica parte principalmente de uma visão pragmática, pois as teorias tradicionais têm apresentado propostas de difícil aplicação cotidiana.

Ademais, há um sério antagonismo com a visão psicológica do dolo, também, sob uma perspectiva filosófica, em que se critica especialmente a visão cartesiana da mente que é subjacente a essas teorias de matriz subjetivista³⁶.

Neste trabalho, parece produtiva, porém, ainda que se tenha alguma reserva sob o ponto de vista filosófico, a exposição e defesa das denominadas teorias processuais do dolo, que atualmente vêm ganhando bastante prestígio no estudo do tema³⁷ e que constituem, sem sombra de dúvidas, um evidente avanço com relação às teorias tradicionais.

Isso porque, caso se mantenha uma visão puramente psicológica, a possibilidade de condenação – se levada a sério essa teoria – resulta em uma tarefa quase impossível³⁸.

As teorias processuais sustentam que a prova do dolo se faz mediante a análise das circunstâncias e indicadores externos da conduta do agente e não com base no que *se passa em sua cabeça*³⁹.

³⁶ Apresenta-se tal crítica com detalhes em: CABRAL, R. L. F. **O elemento volitivo do dolo**: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, P. C. (Org.). **Dolo e direito penal**: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

³⁷ Como adverte Puppe, tendo em conta que as teorias psicológicas apresentam critérios que são, em princípio, inacessíveis à investigação probatória forense, “em tempos mais recentes, o interesse científico tem-se voltado da correta definição do que é o dolo para a questão do método correto de prova do dolo” (PUPPE, I. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 60).

³⁸ Ragués i Vallés corretamente adverte sobre a quase impossibilidade lógica da averiguação do dolo caso se adote uma visão psicológica, sustentando que: “O juiz que queira ser fiel às exigências da concepção psicológica da ‘determinação do dolo’ e, portanto, somente condenar por delito doloso quando consiga comprovar conclusivamente determinados fenômenos psicológicos alheios e pretéritos, conta com um instrumental bastante precário para cumprir com sua missão. Tal instrumental se reduz, sendo otimista, a umas poucas regras de psicologia que dizem quando não existe conhecimento necessário para o dolo e alguns quantos enunciados baseados na experiência cotidiana que dificilmente se vai poder aplicar para resolver um só caso, por pressupor, uma imediatez ao momento do delito, que não costuma ocorrer na audiência de instrução e julgamento” (RAGUÉS I VALLÉS, R. **El dolo y su prueba en el proceso penal...** Op. cit., p. 259). E continua referido autor dizendo que: “A solução que admite que praticamente nunca se poderá condenar por crimes dolosos projeta negras sombras sobre a possibilidade de seguir afirmando que o Direito Penal é um meio eficaz para gerar algum efeito na sociedade. Assim, com uma aplicação coerente da concepção psicológica, os tipos delitivos em que somente se pune a realização dolosa resultam praticamente inaplicáveis e ficam de fato derrogados” (RAGUÉS I VALLÉS, R. **El dolo y su prueba en el proceso penal...** Op. cit., p. 260).

³⁹ HASSEMER, W. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Trad. de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p.

De tal maneira, parece uma boa opção⁴⁰ a defesa da teoria majoritária no Direito Penal também para a improbidade administrativa, ou seja, a de que o dolo é consciência e vontade⁴¹ de realizar os elementos dos tipos abertos da Lei de Improbidade Administrativa.

Entretanto, deve-se adicionar a esse conceito as contribuições das teorias processuais de dolo.

Desse modo, conforme adverte Muñoz Conde:

a demonstração do querer levanta, certamente, problemas de prova na prática, porém não por isso se pode prescindir dele. Como se trata de um elemento subjetivo, o melhor para a sua prova é demonstrar a existência de determinados indicadores objetivos dos quais se possa deduzir se realmente houve ou não uma decisão contrária ao bem jurídico. Entre esses indicadores se conta, em primeiro lugar, o risco ou perigo para o bem jurídico, implícito na própria ação e, em segundo lugar, a capacidade evitar o resultado, que sujeito pode ter quando age.⁴²

No que diz respeito à prova do dolo, defende-se, com base na filosofia de Wittgenstein, que existem três critérios para a aferição ou não da sua existência: a) o contexto; b) as explicações dadas pelo agente; e c) as confissões.

Repete-se aqui o que já se sustentou em outra oportunidade:

O contexto dos fatos, em Direito Penal, é seguramente o mais importante critério para atribuir as intenções (frise-se, uma vez mais, que não são estados mentais, mas atitudes públicas). Por isso, as circunstâncias do crime, a natureza

152. Sobre a compatibilização da tese de Hassemer com propostas da filosofia da linguagem, veja-se: BUSATO, P. C. Dolo e significado. In: BUSATO, P. C. (Org.). **Dolo e direito penal**: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 59-82.

⁴⁰ Pelo menos neste momento de evolução doutrinária. A tese mais adequada, porém, parece, a propugnada pela teoria da ação significativa, em que se encara o dolo como um compromisso de atuar, pois “entendendo o elemento volitivo do dolo, não naturalisticamente, como um processo psicológico, mas sim normativamente, como um compromisso de atuar, se esclarece seu conceito e começam a ter sentido não paradójico os critérios que usamos para identificá-lo” (VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 253).

⁴¹ É imprescindível deixar bem claro que vontade não se confunde com desejo. Há inúmeros casos em que o agente atua com vontade e, portanto, dolo, ainda que o resultado não lhe agrade ou que não realize seu desejo. Nesse sentido, impecável a advertência de Vives Antón: “Muitas vezes nossas intenções se foram a reboque de nosso desejos, de modo que temos a intenção de fazer justamente aquilo que desejamos; outras muitas vezes, porém, temos a intenção de fazer e, efetivamente, fazemos, coisas que não desejamos (como v.g., sair às compras em um dia tórrido ou chuvoso, ir todo dia pela manhã ao trabalho ou cuidar de um doente)” (VIVES ANTÓN, T. S. Op. cit., p. 243). Assim, o desejo é irrelevante para a configuração ou não de uma conduta dolosa. Daí porque o conceito de dolo direto de segundo grau não tem muita valia para o direito penal, pois assenta como critério distintivo entre duas formas de dolo no desejo.

⁴² MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2010, p. 273.

de eventuais objetos utilizados (armas, ferramentas e outros), o local dos golpes ou disparos, o *modus operandi*, situações temporais, compleição física e muitos outros elementos que são ricos em revelar o dolo (intenção) do agente.

As explicações, por sua vez, são as justificativas do agente, o modo como ele elabora sua manifestação, quais consequências derivam dela, quais as respostas e reações que o sujeito aceita como pertinentes.

Por exemplo, quando um indivíduo efetua disparos contra a vítima e grita: vou te matar! Tal explicação robustece a ideia de que o agente atuou com dolo direto de matar.

Por fim, a confissão é o que o agente declara como sua intenção ao agir de determinada maneira.

Vale frisar que, na confissão, não há que se levantar qualquer dúvida do agente sobre sua própria intenção. Por isso, ele não precisa de critérios para saber sua intenção. Assim que não há que se avaliar se a confissão foi equivocada, mas tão somente se foi honesta ou não.

Veja-se, ainda, que a análise dos critérios da intenção não se fixa somente no exato momento do crime (como faziam as teorias clássicas e neoclássicas do crime), mas devem também ser amplamente examinados os fatos anteriores e posteriores ao mesmo, porque muito relevantes para oferecer critérios de identificação do significado da intenção do agente.⁴³

De tal maneira, é de se aplicar a tese do *dolus ex re*, que – ao contrário do que muitos entendem – não é dolo presumido, mas é o dolo extraído das circunstâncias do fato.

Conforme explica Weber, *dolus ex re*: é aquele dolo delitivo que “sem a necessidade de confissão do acusado, pode ser reconhecido perfeitamente pelo tipo e modalidade do delito, pelas circunstâncias externas da ação concreta”.⁴⁴

Veja-se que a doutrina do *dolus ex re* vem sendo resgatada pela moderna doutrina do Direito Penal, especialmente por Volk, cuja conclusão é irretocável: “a justiça somente pode se produzir em um processo e ela não depende apenas de um conceito jurídico-material, mas também do modo em que é utilizada na prática”⁴⁵.

E, neste ponto, também concorda-se com o julgado analisado, que afirma que a constatação do dolo no caso concreto: “É *dolo in re ipsa*”⁴⁶.

⁴³ CABRAL, R. L. F. **O elemento volitivo do dolo**: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, P. C. (Org.). *Dolo e direito penal: modernas tendências*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 141.

⁴⁴ WEBER, V. **Ueber die Verschiedenen Arten des Dolus**. *Neues Archiv des Criminalrechts*, t. 7, 1825, p. 564 e ss. apud PÉREZ BARBERÁ, G. **El dolo eventual**: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 599.

⁴⁵ VOLK, K. **Dolus ex re**. *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann*. Heidelberg: Müller, Jur. Verlag, 1993, p. 624.

⁴⁶ HERMAN BENJAMIN. Voto-vencedor: STJ – REsp 951389/SC, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe

3 A CULPA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 AS MODALIDADES DE ATOS ADMINISTRATIVOS E A POSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO SUBJETIVA POR CULPA

O primeiro ponto a ser avaliado sobre a culpa⁴⁷ na improbidade administrativa é verificar quais das tipologias da improbidade administrativa podem ser imputadas a título de culpa.

Conforme consta do voto do Min. Herman Benjamin:

É assente na jurisprudência do STJ que os atos de improbidade tipificados no art. 10 podem decorrer de dolo ou culpa, porém persiste controvérsia quanto ao elemento subjetivo presente nas demais modalidades de improbidade.⁴⁸

Tal controvérsia se dá em virtude de que o art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa prevê expressamente a responsabilidade por “ação ou omissão, dolosa ou culposa” nos atos de improbidade administrativa que causem prejuízo ao erário, enquanto que nos atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º) e que atentem contra os princípios da administração pública (art. 11), o legislador nada falou sobre a possibilidade de o agente responder por culpa.

04/05/2011, p. 15. Veja-se que Vives Antón afirma também corretamente que: “não se trata de critérios externos a partir dos quais possa induzir a ser a existência ou inexistência de determinados processos internos; já que ‘tal dicotomia não existe’: determinam o uso da palavra e, portanto, os critérios são constitutivos, o dolo é sempre, portanto, *dolus in re ipsa*” (VIVES ANTÓN, T. S. Reexame do dolo. In: BUSATO, P. C. (Org.). **Dolo e direito penal**: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 114.

⁴⁷ No Direito Penal mais contemporâneo não se tem utilizado mais a expressão “culpa”, mas sim o termo *imprudência*. Sobre o tema, assim consigna Juarez Cirino dos Santos: “O substantivo culpa e o adjetivo culposo são inadequados por várias razões: primeiro, confundem culpa, modalidade subjetiva do tipo, com culpabilidade, elemento do conceito de crime, exigindo a distinção complementar de culpa em sentido estrito e culpa em sentido amplo, o que é anticientífico; segundo, induzem perplexidade no cidadão comum, para o qual crime culposo parece mais grave que crime doloso, ampliando a incompreensão de conceitos jurídicos; terceiro, o substantivo imprudência e o adjetivo imprudente exprimem a ideia de lesão do dever de cuidado ou do risco permitido com maior precisão do que os correspondentes culpa e culposo; quarto, a dogmática alemã usa o termo *Fahrlässigkeit*, que significa negligência ou imprudência, mas a natureza da maioria absoluta dos fatos lesivos do dever de cuidado ou risco permitido, na circulação de veículos ou na indústria moderna, parece melhor definível como imprudência” (CIRINO DOS SANTOS, J. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 165). Apesar disso, para fins didáticos, utilizaremos neste artigo o termo *culpa*, mesmo porque é o empregado, também, por nosso Código Penal (CP, art. 18, II).

⁴⁸ HERMAN BENJAMIN. Voto-vencedor: STJ – REsp 951389/SC, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011, p. 06.

Conforme bem noticia o ilustre relator, o Superior Tribunal de Justiça tem posições divergentes:

- enquanto a 1ª Turma tem se posicionado no sentido de que, no silêncio da lei, não existe a possibilidade da responsabilização por condutas culposas, apenas dolosas⁴⁹;
- a 2ª Turma tem o entendimento no sentido de que, no que diz respeito aos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, não é necessária a prova nem do dolo, nem da culpa, mas apenas o prejuízo material ao erário⁵⁰.

Em seguida o relator conclui, com relação às hipóteses do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, o seguinte:

Nessa esteira, parece-me que não é a ausência de menção expressa à culpa que a exclui do art. 11, pois é a essência da norma, ao censurar condutas que contrariem princípios comezinhos e de conhecimento obrigatório, que a permite.⁵¹

Por outro lado, o Min. Mauro Campbell Marques sustenta que a responsabilidade por culpa, somente é possível no caso do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, ao afirmar:

Inicialmente, destaco, ainda que sob pena de exaustão, que a natureza das sanções impostas em razão de enriquecimento ilícito ou de atentado aos princípios administrativos não comportaria a punição a título de culpa. Se por negligência, imprudência ou imperícia, os administradores violam os deveres de legalidade, honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições (que é o substrato fático que autoriza a incidência do art. 11 da Lei n. 8.429/92), por mais desaconselhável que isso seja, haverá irregularidade administrativa (e não improbidade), que também é uma infração, merecendo sanção por outras esferas de controle, tais como a de responsabilização fiscal, a dos processos administrativos disciplinares, a da fiscalização dos Tribunais de Contas e os demais mecanismos de controle interno da Administração Pública, sem embargos do não menos eficiente controle exercido pelos novéis Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público.

⁴⁹ Cita o seguinte julgado: STJ – REsp 940.629/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, , julgado em 16/08/2008, DJe 04/09/2008.

⁵⁰ Cita o seguinte julgado: STJ – REsp 737.279/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13/05/2008, DJe 21/05/2008.

⁵¹ HERMAN BENJAMIN. Voto-vencedor: STJ – REsp 951389/SC, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011, p. 09.

Note-se: essas irregularidades não podem ser entendidas como um “diminutivo” dos atos de improbidade – ensejando tratamentos pejorativos, tais como “meras” irregularidades – e elas merecem combate via controles interno e externo da Administração Pública, mas não atraem a aplicação de sanções da ordem das expressas na LIA.

[...]

Por eliminação, sobra como viável a conclusão (iii) acima enunciada, pela qual o legislador redigiu a Lei de Improbidade Administrativa nos mesmos moldes em que se redigem os tipos penais. Nesse caso, então, na ausência de menção expressa ao elemento subjetivo “culpa”, os arts. 9º e 11 só incidirão na presença de dolo.⁵²

Em nossa opinião, a razão está com o Min. Mauro Campbell.

Como se argumentou anteriormente, a gramática que sustenta a imputação subjetiva na improbidade é a penal. De tal maneira, parece irrefutável a alegação de que a responsabilização por culpa deve ser excepcional e expressamente prevista pelo legislador.

Não há como afirmar que houve uma omissão culposa do legislador ao deixar de prever expressamente essa modalidade de responsabilidade nos arts. 9º e 11 da Lei. Aqui não há espaço para uma interpretação extensiva, máxime em se tratando de responsabilidade com sérias consequências como a da improbidade administrativa.

A doutrina especializada, também, em sua maioria, tem esse mesmo entendimento⁵³, conforme se verifica do seguinte trecho da obra de Alexandre Albagli de Oliveira:

Veja-se que o legislador silenciou quanto ao elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito. Nesses casos, cabe ao intérprete verificar se o tipo ímprobo respectivo reclama condutas dolosas e/ou culposas para a sua adequação típica e conseqüente configuração. No caso do art. 9º, de seu caput e de seus doze incisos, a análise minuciosa dos atos ali mencionados leva-nos a crer, sem muito esforço, que os referidos atos reclamam condutas dolosas.⁵⁴

⁵² MARQUES, M. C. Voto-vista: STJ – REsp 951389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011, p. 31-32.

⁵³ Emerson Garcia afirma o seguinte: “Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa nesse sentido, constata-se que: a) a prática de atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 exige dolo do agente; b) a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com dolo ou com culpa; c) o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar improbidade” (GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 282-283).

⁵⁴ OLIVEIRA, A. A. Op. cit., p. 72. Assim, também: FAZZIO JUNIOR, W. Op. cit., p. 148;

Com relação ao art. 11 da Lei, continua referido autor:

a leitura do dispositivo em comento leva-nos a crer que o legislador preferiu tipificar, no caso de violação a princípios da Administração Pública, apenas condutas dolosas. Aqui servem os mesmos argumentos lançados no caso dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito.⁵⁵

Assim, parece que a melhor postura a ser adotada é no sentido de que: (i) a tipologia dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa exigem a presença de dolo; e (ii) a tipologia do art. 10 permite a responsabilização a título de dolo ou culpa.

3.2 A CONCEPÇÃO DE CULPA NA IMPROBIDADE

Conforme já consignado, a gramática que sustenta o conceito de culpa na improbidade administrativa é a do Direito Penal.

Assim, os requisitos para a responsabilização subjetiva culposa penal são os mesmos para a imputação de atos de improbidade administrativa.

Ao contrário do que ocorria com as condutas dolosas, age com culpa aquele que atua sem intenção, sem compromisso com o resultado ou com o significado da conduta, caracterizando, assim, o componente de azar ínsito aos delitos culposos⁵⁶.

A imputação a título de culpa possui alguns critérios:

O primeiro deles, inegavelmente, é a violação ao dever objetivo de cuidado, que “se determina, em princípio, a partir da normativa vigente, das normas socioculturais e da experiência comum, das quais derivam as regras que devem ser seguidas para avaliar os perigos derivados da conduta”⁵⁷, sempre avaliando o específico contexto em que a conduta se deu.

Sobre esse tema, é de se fazer uma ressalva ao modo de identificação do dever objetivo de cuidado defendido pela doutrina majoritária, que sustenta que o horizonte de determinação do dever objetivo de cuidado é a do homem médio.

⁵⁵ OLIVEIRA, A. A. Op. cit., p. 90-91. Fazzio Junior afirma: “Nem a exegese literal nem a contextual autorizam essa compreensão (*responsabilidade também por culpa – esclarecimento Rodrigo Cabral*). A excepcional sanção de atos culposos deve ser expressamente declinada no texto da norma. Não há como sancionar condutas a título de culpa sem expressa previsão legal” (FAZZIO JUNIOR, W. Op. cit., p. 302). No mesmo sentido, Roberto Oliveira: “O elemento subjetivo de tipo punitivo não se presume. Não há, pois, presunção de condutas dolosas no art. 11. Houve efetivamente apenas tipificação de condutas dolosas, não havendo espaço para interpretação extensiva” (OLIVEIRA, R. P. O. Op. cit., p. 277).

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. **Derecho penal**: parte general... Op. cit., p. 288.

⁵⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico y de la empresa**: parte general. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2011, p. 361.

Em nossa opinião, a baliza para fixar tais parâmetros – no caso particular dos agentes públicos – decorre das responsabilidades inerentes ao cargo ocupado no caso concreto, considerando-se, também, as capacidades específicas do agente, não sendo possível adotar a teoria majoritária que idealiza metafisicamente um modelo inexistente de homem, em proposta tipicamente tributária de uma filosofia da consciência.

Tal critério também determinará o segundo requisito, que é a previsibilidade subjetiva da superveniência do resultado ou significado da conduta.

Assim, sinteticamente, a ação culposa exige: i) violação do dever objetivo de cuidado; ii) previsibilidade subjetiva; iii) resultado ou significado previsto no tipo de improbidade; iv) relação entre a violação ao dever de cuidado e o resultado.

Esses são, grosso modo, os requisitos para a configuração de um ato de improbidade administrativa culposos.

CONCLUSÃO

Com essas considerações, superando-se a tese do dolo como má-fé, adotando-se a visão do dolo como consciência e vontade e extraindo-se a comprovação do dolo das circunstâncias do fato e dos critérios indicados anteriormente, não há dúvida que existirá um salto de qualidade na análise da imputação subjetiva dolosa.

Da mesma forma, a conclusão de que a imputação subjetiva a título de culpa é excepcional, podendo ser fundada apenas na tipologia do art. 10 e de que é necessário estabelecer critérios para essa modalidade de imputação, tais como o dever objetivo de cuidado, representa um aprimoramento teórico no que diz respeito à responsabilidade culposa.

Diante disso, constata-se, ainda, que o tema merece uma melhor atenção doutrinária e jurisprudencial, sendo que o acórdão analisado, apesar da discordância aqui apontada, sem sombra de dúvidas, contribui para o aprofundamento do debate sobre tema tão importante para o país e para a práxis judicial como é o da imputação subjetiva dos atos de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

- BARJA DE QUIROGA, J. L. **Tratado de derecho penal**. Cizur Menor: Civitas; Thomson Reuters, 2010.
- BERTONCINI, M. Ato de **Improbidade administrativa**: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BUSATO, P. C. Dolo e significado. In: BUSATO, P. C. (Org.). **Dolo e direito penal**: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CABRAL, R. L. F. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, P. C. (Org.). **Dolo e direito penal**: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 119-145.
- CABRAL, R. L. F.; HALLVASS FILHO, L. C. Técnicas de interpretação da lei penal. In: BUSATO, P. C. (Org.). **Fundamentos de direito penal**. Curitiba: Juruá, 2013. (Série Direito penal baseado em casos). p. 259-269.
- CIRINO DOS SANTOS, J. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.
- DÍAZ PITA, M. del M. **El dolo eventual**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.
- ENGELMANN, W. **Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung**. Aalen: Scientia Verlag, 1965.
- FAZZIO JUNIOR, W. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Atlas, 2012.
- FRISCH, W. **Vorsatz und Risiko**. Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns Verlag, 1983.
- GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- GLOCK, H.-J. **Dicionário Wittgenstein**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998.
- GRECO, L. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**: (com adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- HASSEMER, W. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Tradução: Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- HERZBERG, R. D. Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit: ein Problem des Objektiven Tatbestandes. **Juristische Schulung**, Munique, v. 4, n. 26, p. 249-262, abr. 1986.
- HIPPEL, R. von. **Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit**. Leipzig: Hirzel, 1903.
- JAKOBS, G. Gleichgültigkeit als dolus indirectus. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v. 114, n. 3, p. 765-790, jan. 2002.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico y de la empresa**: parte general. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2011.
- MUÑOZ CONDE, F. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2010.

- OLIVEIRA, A. A. A tormentosa abordagem do elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa. In: OLIVERA, A. A.; CHAVES, C.; GHIGNONE, L. **Estudos sobre improbidade administrativa em homenagem ao Prof. J. J. Calmon de Passos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- OLIVEIRA, R. P. O. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- OSÓRIO, F. M. **Teoria da improbidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PÉREZ BARBERÁ, G. **El dolo eventual**: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- PONTES DE MIRANDA, C. **Tratado de direito privado**: parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PUPPE, I. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.
- _____. Der Vorstellungsinhalt des Dolus Eventuales. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v. 103, n. 1, p. 01-42, 1991.
- RAGUÉS I VALLÉS, R. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: J. M. Bosch, 1999.
- RODRIGUES, S. **Direito civil**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- RORTY, R. **A filosofia e o espelho da natureza**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 2003.
- SCHMIDHÄUSER, E. Die Grenze Zwischen Vorsätzlicher und Fahrlässiger Straftat ("dolus eventuales" und bewusste Fahrlässigkeit). **Juristische Schulung**, Berlin, v. 20, n. 04, p. 241-252, abr. 1980.
- VENOSA, S. de S. **Direito civil**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- VIVES ANTÓN, T. S. Estudio preliminar. In: RAMOS VÁZQUEZ, J. A. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 11-63.
- _____. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- VOLK, K. Dolus ex re. In: HAFT, F. et al. **Strafgerichtigkeit**: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Heidelberg: Müller; Juristischer Verlag, 1993. p. 611-624.
- WEBER, V. Ueber die Verschiedenen Arten des Dolus. **Neues Archiv des Criminalrechts**, v. 7, p. 549-580, 1825.
- WELZEL, H. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires; Montevideo: B. de F., 2004.
- WITTGENSTEIN, L. **Investigaciones filosóficas**. 3. ed. Barcelona: Crítica, 2010.
- ZAFFARONI, E. R. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981.